

ORGAANTHEORIE IN RECHTSPERSONEN VAN PRIVAATRECHT

ORGAANTHEORIE IN RECHTSPERSONEN VAN PRIVAATRECHT

Kritisch onderzoek naar
de orgaantheorie als juridische
grondslag voor toerekening van
rechtshandelingen en onrechtmatige
dadens naar aanleiding van
bestuursoptreden in rechtspersonen
van privaatrecht

Jeroen DELVOIE



intersentia

Antwerpen – Cambridge

Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht
Jeroen Delvoie

© 2010 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be

ISBN 978-94-000-0117-6
D/2010/7849/131
NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

Aan Valérie
Aan Arthur en Thomas

VOORWOORD

1. Wie zin heeft om de juridische en maatschappelijke ontwikkelingen in perspectief te zetten, moet zich proberen voor te stellen hoe de samenleving eruit zou zien zonder bindende kracht van de overeenkomst vanaf het moment van de contractsvorming of zonder de juridische fictie van de vertegenwoordiging, ingebed in de even opvallende juridische fictie van de rechtspersoon met afzonderlijke rechtspersoonlijkheid.

Er is veel op in te zetten dat de wereld, zonder die juridische technieken, nog vele eeuwen te goed zou hebben voor hij zou worden geconfronteerd met de klimatologische bedreigingen en met de uitputting van (al dan niet vervangbare) natuurlijke grondstoffen, die een loodzware hypotheek dreigen te leggen op het welzijn van de achterkleinkinderen waar ook ter wereld, indien niet reeds de kleinkinderen worden uitverkoren om daarmee af te rekenen.

Daartegenover staat dat het westerse welvaartsniveau, in de afwezigheid van die juridische technieken, het duidelijk met veel minder zou moeten stellen.

2. Gedane zaken nemen geen keer.

Wat met de Franse Revolutie werd aangevat, door het algemeen stemrecht en een paar wereldoorlogen onder controle kon worden gehouden, maar vanaf de zeventiger jaren de westers georiënteerde samenlevingen stilaan lelijk parten is beginnen te spelen, kan niet meer met een vingerknip ongedaan worden gemaakt.

In het kielzog van de zich steeds verder ontwikkelende welvaart, eist de westerling ver uitdijende vrijheid op elk terrein, onder de slogan dat hij tot zelfontplooiing moet komen.

Het is sinds mensenheugenis bekend dat maatschappelijke structuren die op individuele vrijheid zijn gebouwd, vroeg of laat (en eerder vroeg dan laat) in de kaart van de maatschappelijk sterksten spelen. De voorbije twee eeuwen bevestigden die wijsheid.

Het komt er daarom op aan om in de volgende tientallen jaren de remedies te vinden en toe te passen, waardoor niet alleen de verworven welvaart, hopelijk grotendeels, kan worden gevrijwaard, maar ook behoedzaam het tij wordt gekeerd om af te geraken van de vrijheidsdictaten van een zich uitdunnende groep van sterksten.

3. Voor diegenen die nu al zin zouden hebben om dit voorwoord en, veel erger, dit boek te laten voor wat het is, geef ik snel toe: inderdaad, dit alles heeft vooralsnog weinig met het doctoraal proefschrift van Jeroen Delvoie te maken.

Hoewel, ... dat is slechts ogenschijnlijk het geval. Om de aan de gang zijnde maatschappelijke ontwikkelingen en uitdagingen aan te kunnen, ook juridisch, zal het broodnodig zijn op goedgevormde en goedgetrainde geesten een beroep te kunnen doen, die het kaf van het koren weten te scheiden en die hebben geleerd te vermijden zich door doodlopende straatjes of straatjes zonder einde in de luren te laten leggen.

Veel tijd voor bijkomende vergissingen zal aan de komende generaties van beslissingnemers niet (meer) worden gegund.

Voor die vorming en training kan niet meer op de overigens nog steeds noodzakelijke universitaire scholing worden gerekend.

Tengevolge van de hertekening van de universitaire curriculae is die vorming immers steeds meer de weg van een universitaire opleiding in een vakgebied opgegaan.

Het verband tussen dat vakgebied en de andere even relevante en misschien zelfs belangrijkere maatschappelijke sectoren, is daardoor geleidelijk uit het (universitaire) zicht verdwenen, zonder alternatief.

Een algemeen en tegelijk diepgaand inzicht, vanuit tal van invalshoeken, in maatschappelijke weefsels, organisatie, werking en zwakheden is evenwel onontbeerlijk om doeltreffend de tering naar de nering te kunnen zetten.

4. Sterk vereenvoudigd, zullen op alle niveaus mechanismen van vermogenstransfers moeten worden uitgedacht, ontwikkeld en toegepast om de onevenwichten die zijn ontstaan doordat private belangen, op grote schaal, voorrang op het algemeen belang (waarvan zelfs het bestaan in twijfel wordt getrokken) hebben weten te bekomen.

De instrumenten daartoe liggen in het recht voor het rapen.

Het zou naïef zijn te denken dat enkel in een fiscaal of in een sociaal zekerheidskader vermogenstransfers kunnen worden opgezet en begeleid.

In het privaatrecht, het verbintenissen- en het contractenrecht inbegrepen, liggen daartoe tal van sleutels op ontdekking te wachten.

5. Het kritisch onderzoek naar de orgaantheorie als juridische grondslag voor toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden naar aanleiding van bestuursoptreden in rechtspersonen van privaatrecht, dat u in de handen hebt, is, op zichzelf, een technisch verhelderend en diepgravend werk, dat de lezer bovendien in de ban weet te houden.

Jeroen Delvoie behaalde daarmee, oververdiend, de graad van doctor in de rechten.

Hij zet haarfijn uiteen hoe rechtspraak en rechtsleer met de zgn. orgaantheorie ten aanzien van private rechtspersonen zijn omgegaan.

Die analyse van een belangrijk maatschappelijk en juridisch onderwerp is reeds de moeite van het lezen waard, maar de uitdagende en originele aanpak die daarop volgt, spreekt nog meer aan.

Vanuit de grondslagen van het privaatrecht, die hij beheerst, klimt Jeroen Delvoie op naar inzichten die hem toelaten vlijmscherp en briljant uit te halen naar jurisprudentiële en doctrinale standpunten, tot de zwanenzang gedoemd.

Die kordate aanpak, die gestructureerde energie is, althans in de ogen van de promotor, de echte meerwaarde, die zijn doctoraal werk (niet altijd gemakkelijk, maar broodnodig zowel voor vorming en training van de betrokkene, als voor de samenleving), heeft opgeleverd.

Zij geven immers zicht op een rijpe, grondige, evenwichtige maar vastberaden geest, bron van het onderzoek en van de, daaruit volgende originele standpunten.

Die geestesgesteldheid moet door en bij meerderen worden ontwikkeld, zodat zij hopelijk (een andere en even moeilijke opdracht) de handen in elkaar kunnen slaan om, via hun doorgedreven vorming en training in het recht, de maatschappelijke pijlers uit te zetten die het bouwsel overeind en in evenwicht weten te houden.

Niet enkel dit boek, maar ook en vooral de auteur daarachter, zijn daarvoor inzetbaar: dat is bij deze gewaarmerkt.

L. CORNELIS

DANKWOORD

*“Il semble que la perfection soit atteinte
non quand il n’y a plus rien à ajouter,
mais quand il n’y a plus rien à retrancher”*

Antoine de Saint-Exupéry, *Terre des hommes*

*“The thought you cannot think controls you more
than thoughts you speak aloud”*

Eliezer Yudkowsky, “Twelve Virtues of Rationality”

Dit boek is een licht bijgewerkte versie van het doctoraal proefschrift dat ik op 26 februari 2010 aan de Vrije Universiteit Brussel heb neergelegd en waarmee ik, na openbare verdediging, op 2 juli 2010 tot doctor in de rechten promoveerde.

Symboliek is belangrijk in een mensenleven. In mijn geest heeft dit boek een zeer duidelijk startpunt, en dat was niet het academiejaar 2004-2005, toen ik daadwerkelijk aan mijn doctoraatsparcours begon. Wel een mooie augustusdag in 1998 – ik was nog student – toen Ludo Cornelis me voor het eerst over doctoreren sprak. De onversneden passie en begeestering waarmee hij dit deed, plantte die dag het zaadje dat de kiem van mijn proefschrift werd. Hij is het ook die sindsdien, onophoudelijk, het opschietende twijgje heeft gevoed en verzorgd. Zoals een *goede* tuinman. Niet door er steeds naast te staan, het zonlicht te verduisteren, of er een kasplantje van te maken. Wel door het ook ruimte en licht te gunnen. Met Ludo Cornelis als promotor weet je dat je je uiterste best zal moeten doen om goed werk af te leveren. Maar dat is dan ook meteen het enige wat telt. *Die Gedanken sind frei*. Je voelt je als doctorandus volstrekt vrij enkel je eigen wetenschappelijke inzichten te volgen, gevestigde zienswijzen in vraag stellen, of evengoed in te gaan tegen de eigen standpunten van je promotor. Ik vond het een voorrecht om in die school te worden opgeleid, en ben Ludo zeer dankbaar om mij die kans te hebben geboden.

Bijzonder veel dank ben ik daarnaast verschuldigd aan Alain François, mijn “officiële” co-promotor, en niet toevallig in dezelfde school opgeleid. Ik leerde hem kennen in diezelfde zomer van 1998, toen hij net opnieuw de advocatuur

indook aan het einde van *zijn* doctoraatsperiode. De steun en aanmoediging die hij me vanaf de eerste dag heeft gegeven, en de menselijke generositeit die hij daarbij heeft ten toon gespreid, zijn onbeschrijfelijk. Zonder hem zou dit werk eenvoudigweg niet hebben bestaan.

Dank natuurlijk ook aan alle andere leden van de jury, de professoren Hubert Bocken, Paul Alain Foriers, Hélène Casman, Koen Byttebier, en juryvoorzitter Erna Guldix, voor de tijd en de energie die zij in de beoordeling van mijn doctoraal onderzoek hebben willen steken, en voor hun pertinente en uitdagende vragen, die de gevoelstemperatuur op mijn openbare verdediging nog wat hoger joegen dan de 37 °C die het op dat ogenblik buiten was. Ik dank professor Casman ook voor de wijze waarop ik mij door haar in de loop der jaren steeds geapprecieerd en gesterkt heb mogen voelen.

Een bijzonder woord van dank gaat uit naar professor Koen Geens. De steun die ik op cruciale momenten van hem heb gekregen, was onontbeerlijk. Hij heeft ook inhoudelijk het proefschrift beïnvloed op manieren die hij wellicht zelf niet bevroedt, en zoals alleen hij dat kan: met een woord hier, een – ogenschijnlijk – simpele vraag daar, of nog erger: een opgetrokken wenkbrauw.

Het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek Vlaanderen heeft mij als aspirant vier jaar lang financieel ondersteund, en de Onderzoeksraad van de Vrije Universiteit Brussel deed hier nadien nog een schepje bij. Ik ben hen daarvoor zeer erkentelijk.

De Vrije Universiteit Brussel, en haar moederuniversiteit, de Université Libre de Bruxelles, zijn gebouwd op wetenschappelijke idealen die voor mij als student bijzonder vormend waren, en die een belangrijke rol hebben gespeeld bij mijn keuze om – na vier jaar als advocaat – te gaan doctoreren. Vrij onderzoek, zoals zij dat al sinds 1834 als stichtend beginsel propageren, is vandaag synoniem geworden voor wetenschappelijk onderzoek. “*Jusques à porter la bésace*”, zouden de geuzen zeggen, maar hopelijk hoeft het zo ver nu ook weer niet te komen. Die idealen zal ik altijd blijven meedragen.

Mijn collega's op de VUB hebben mij geholpen van het doctoraatsonderzoek niet *helemaal* gek te worden. Als reisgezellen tijdens dit avontuur, dank ik in het bijzonder Bas Schotel, Freek Louckx en Koen Nevens. Met Koen kon ik heerlijk discussiëren over onderwerpen die ons beider onderzoek aanbelangden. Deze gesprekken hebben in het bijzonder het hoofdstuk over de “feitelijke” gezagsverhouding bij aanstelling beïnvloed. Freek was mijn intellectuele aalmoezenier, en vaak mijn laatste reddingsboei voor totale mentale instabiliteit. En Bas heeft me voortdurend – al van lang voor de start van mijn onderzoek overigens – intellectueel en menselijk uitgedaagd en scherp gehouden. Zeker toen hij, nadat we

samen begonnen waren, zijn proefschrift neerlegde op het ogenblik dat ik zo ongeveer voor de eerste keer mijn pc had opgestart.

In mijn dankbetuiging mag ook Eubelius niet ontbreken, het advocatenkantoor waar ik van 2000 tot 2004 actief was, en sinds het einde van mijn onderzoek opnieuw. De steun die ik daar voor mijn academische aspiraties heb gevoeld, is enorm belangrijk geweest. De sfeer die ik er als jonge snaak aantrof, was onbeschrijfelijk. De intellectuele en juridische energie knetterde gewoonweg door de gangen, en heeft me tot in de haarpunten opgeladen. De samenwerking in dossiers, of de talrijke informele gesprekken en discussies daarbuiten, met de vele zeer bijzondere mensen die daar rondlopen, waren voor mij uitermate verrijkend en vormend. Bedankt dus Ludo, Koen, Hans, Marieke, Alain, Patrick, Kaat, Frank, Lars, David, Ignace, Matthias, Conny, Vincent en al die anderen. De lijst is te lang. Bedankt ook Arie, die helemaal op het einde, wanneer je dit als doctorandus het meeste nodig hebt, spontaan een helpende hand bood met het laatste naleeswerk.

De Amerikaanse sociologe Kristin Luker schrijft in een interessant boekje over doctoreren (*Salsa Dancing into the Social Sciences*, Harvard University Press, 2008, 323 p.) dat een belangrijke parameter voor succes, een groep goede vrienden is waarbij je jezelf kan zijn, en met wie je op gezette tijdstippen de existentiële twijfel van het doctoraatsonderzoek kan vergeten. In dat geval is duidelijk waarom ik toch gedoctoreerd ben geraakt. Ik ben gezegend met een grote groep zeer trouwe vrienden en ik heb vaak bij hen toevlucht kunnen nemen. Bedankt, allemaal!

Bij het bereiken van deze persoonlijke mijlpaal voel ik ook onnoemelijk veel dankbaarheid voor mijn familie: mijn vader en moeder, mijn grootouders, mijn broer, mijn zus, en alle anderen. Ik ben mogen opgroeien in een omgeving waar nieuwsgierigheid en zelfstandig denken gestimuleerd werden, en tegelijkertijd de absolute geborgenheid werd geboden zonder dewelke die eigenschappen niet volwassen kunnen worden. Ik ben daar enorm dankbaar voor.

Ik kom op het punt waar woorden slechts vluchtige schimmen zijn. Aan Valérie, wier onvoorwaardelijke steun en vertrouwen – zo vanzelfsprekend – even levensnoodzakelijk was als de lucht die ik inademde, en aan Arthur en Thomas, onze grootste schatten, is dit werk vanuit het diepste van mijn wezen opgedragen.

INHOUD

<i>Voorwoord</i>	vii
<i>Dankwoord</i>	xi
<i>Toelichting bij de citeerwijze</i>	xxvii
 Inleiding	 1
1. Probleemstelling	1
2. Afbakening van het onderzoek	5
3. Overzicht.....	9
 DEEL 1.	
DE ORGAANTHEORIE ALS JURIDISCHE CONSTRUCTIE.....	13
 Hoofdstuk 1.	
Noodzaak van het onderscheid tussen orgaanbegrip <i>lato sensu</i> en orgaantheorie <i>stricto sensu</i>	17
1. Orgaanbegrip <i>lato sensu</i> : gangbare terminologie.....	17
2. Orgaantheorie is meer dan gebruik van het orgaanbegrip <i>lato sensu</i>	19
 Hoofdstuk 2.	
De belofte van de orgaantheorie	23
1. Opkomst van de orgaantheorie.....	24
1.1. Gierke	25
1.2. De Franse receptie	28
1.2.1. Mestre.....	29
1.2.2. Saleilles.....	30
1.2.3. Michoud.....	32
1.2.4. De start van een insijpelingsproces.....	35
1.3. De Belgische receptie	36
2. Kernaanspraken van de orgaantheorie	40
2.1. Het orgaan “incarneert” de rechtspersoon.....	40
2.1.1. Het incarnatiemechanisme.....	40
2.1.2. Het incarnatiemechanisme is inherent aan het rechts- persoonlijkheidsbegrip	42
2.1.3. Het incarnatiemechanisme is één en ondeelbaar	45

2.1.4. Aard van het incarnatiemechanisme: van organische realiteit naar juridische toerekening	47
2.2. "Directe" toerekening van rechtshandelingen	50
2.3. "Directe" toerekening van onrechtmatige daden	53
3. Besluit: de belofte van de orgaantheorie	57
Hoofdstuk 3.	
Falen van de orgaantheorie: prelude	61
1. De orgaantheorie als juridische constructie	61
2. De orgaantheorie als <i>petitio principii</i>	63
2.1. Inleiding	63
2.2. Eenheid tussen orgaan en rechtspersoon: het antwoord gepostuleerd	63
2.3. Interne coherentie orgaantheorie onder druk	66
2.4. De enige uitweg: incarnatie inductief construeren uit de positieve rechtsstof	69
DEEL 2.	
VERTEGENWOORDIGING, LASTGEVING EN AANSTELLING:	
DRIE SCHARNIERPUNTEN VAN GEMEEN PRIVAATRECHT	71
Hoofdstuk 1.	
Vertegenwoordiging en lastgeving	75
1. Inleiding	75
2. Vertegenwoordiging herleid tot lastgeving: misplaatst gevolg van de historische rol van lastgeving bij ontwikkeling van de vertegenwoordig- ingstechniek	77
3. Lastgeving herleid tot vertegenwoordiging: misplaatst gevolg van de doctrinale poging om orde te scheppen in de typologie der bijzondere overeenkomsten	80
4. Besluit van Hoofdstuk 1	86
Hoofdstuk 2.	
Vertegenwoordiging en buitencontractuele aansprakelijkheid	89
1. Inleiding	89
2. Vertegenwoordiging als juridisch mechanisme dat rechtshandelingen toerekent aan een ander	90
2.1. Vertegenwoordiging is van oorsprong een juridische constructie	90
2.2. Beperking van vertegenwoordiging tot rechtshandelingen is <i>prima facie</i> verdedigbaar	91

3. Vertegenwoordiging staat “toerekening” aan principaal van rechtsgevolgen uit feitelijk handelen niet in de weg.....	95
3.1. Klassiek vertegenwoordigingsbegrip uitgedaagd	95
3.2. Vertegenwoordigingsbegrip verhindert niet dat bij de principaal rechtsgevolgen uit feitelijk handelen van de vertegenwoordiger ontstaan	97
3.3. Positiefrechtelijke voorbeelden waar rechtsgevolgen bij principaal ontstaan als gevolg van feitelijk handelen van vertegenwoordiger ...	100
3.3.1. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bij de principaal .	101
A. Artikel 1384, lid 3 B.W	101
B. Andere gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsgronden ...	102
3.3.2. Rechtsgevolgen voor contractuele rechtspositie van de principaal.....	105
A. Bedrog bij het sluiten van de overeenkomst	105
B. Contractuele fouten van de vertegenwoordiger	108
3.3.3. De aan de vertegenwoordigingsopdracht inherente onrechtmatige daad: een afzonderlijke categorie?	112
3.4. Besluit met betrekking tot de toerekening aan de principaal van rechtsgevolgen uit feitelijk handelen	114
4. Verruiming van het vertegenwoordigingsbegrip lijkt vooralsnog niet wenselijk	115
4.1. Inleiding.....	115
4.2. FORIERS en VAN GERVEN: geen alternatieve omschrijving	116
4.3. Toerekening van rechtsgevolgen.	118
4.4. SCHOLTEN – VAN DER GRINTEN – KORTMANN: toerekening van feitelijke handelingen.....	120
5. Besluit van Hoofdstuk 2	125
Hoofdstuk 3.	
Lastgeving, aanstelling en de gezagsverhouding “in feite”	127
1. Inleiding	127
2. De aanstellingsverhouding is een rechtsfeit	128
2.1. Historische overlapping	128
2.2. Regime van het Burgerlijk Wetboek: aanstelling als rechtsfeit uit het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht	130
2.3. Contractuele lastgevingslogica wijkt voor buitencontractuele aanstellingslogica	131
3. Nood aan aanwezigheid (in de feiten) van een gezagsverhouding voor aanstelling vereist geen aanwezigheid van “feitelijk” gezag	133
3.1. Inleiding: de zoektocht naar de gezagsverhouding “in feite”	133

3.2. De gezagsverhouding “in feite” klassiek begrepen: breed spectrum gaande van formeel-juridisch gezag enerzijds tot materieel-feitelijk gezag anderzijds	136
3.2.1. Traditionele nadruk op de <i>juridische verhouding</i> tussen aansteller en aangestelde	136
3.2.2. Juridische gezagsverhouding verenigbaar met breed spectrum contractuele verhoudingen	137
3.2.3. Juridische gezagsverhouding vereist geen “feitelijke” (materiële) gezagsuitoefening	139
3.2.4. Ook de “louter feitelijke” gezagsverhouding volstaat	142
3.3. De gezagsverhouding “in feite”: enkel nog bij “feitelijk” gezag?	144
3.3.1. Probleemstelling: groeiende nadruk op de “feitelijke” gezagsverhouding?	144
3.3.2. De louter feitelijke gezagsverhouding kwam <i>naast</i> , niet <i>in de plaats van</i> juridische gezagsverhoudingen in het klassieke aanstellingspectrum	146
3.3.3. Uitzondering: de doorslaggevende rol van de feitelijke gezagsverhouding bij terbeschikkingstelling van personeel ..	148
3.3.4. De uitzondering mag niet de regel worden	155
3.3.5. Het cassatiearrest van 3 januari 2002 (Sint-Jozef)	159
A. Feiten en beslissing	159
B. Einde van juridisch gezag als voldoende grondslag voor aanstelling?	160
C. Voor een beperktere interpretatie van het arrest	163
3.4. Besluit over de gezagsverhouding “in feite”: formeel-juridische gezagsverhouding nog steeds voldoende.	165
Besluit van Deel 2.	167
DEEL 3.	
RECHTSHANDELINGEN: BESTUUR ALS LASTGEVING	171
Hoofdstuk 1.	
Vertegenwoordiging staat buiten kijf	175
1. Vertegenwoordiging versus organieke incarnatie?	175
2. Organieke incarnatie: kleurrijke beeldspraak is onvoldoende	177
3. Vertegenwoordiging: niet incompatibel met het rechtspersoon- lijkheidsbegrip	181
4. Besluit van Hoofdstuk 1	184

Hoofdstuk 2.	
Lastgeving: de logische weg	187
1. Inleiding: van vertegenwoordiging naar lastgeving.	187
2. Bestuur als lastgeving: <i>prima facie</i> sterk compatibel	189
3. Lastgeving: historische motor voor ontwikkeling van toerekening aan de rechtspersoon.	194
3.1. Inleiding	194
3.2. “Gemeen” vennootschapsrecht: stroomlijning via lastgeving in de maatschap en de vennootschap onder firma	198
3.2.1. Periode voor het Burgerlijk Wetboek	198
A. Lastgeving duikt in de middeleeuwse compagna op samen met toerekening aan “de vennootschap”	198
B. Lastgeving en vertegenwoordiging hadden nog niet de moderne contouren	200
3.2.2. Na het Burgerlijk Wetboek: stroomlijning via lastgeving en (volmaakte) vertegenwoordiging	203
A. Inleiding	203
B. Bestuursopdracht impliceert vertegenwoordigings- bevoegdheid (art. 1859, 1° B.W.; art. 36, 1° W.Venn.)	204
a) Inleiding	204
b) Standpunt van POTHIER	205
c) Bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (nu Wetboek van Vennootschappen)	206
d) Standpunt van VANANROYE	209
e) Besluit	211
C. Elke zaakvoerder is een lasthebber	212
D. Zaakvoerder verbindt steeds als (volmaakt) vertegen- woordiger.	213
E. Vennootschap onder firma: variatie op een thema.	215
3.2.3. Besluit: vertegenwoordiging via lastgeving in de maat- schap en de vennootschap onder firma.	220
3.3. Commanditaire vennootschap en naamloze vennootschap	221
3.3.1. Commanditaire vennootschap.	222
3.3.2. Naamloze vennootschap	224
3.4. Besluit	225
4. Artikel 61 § 1 W.Venn. en zijn oorsprong: geen wettelijke keuze voor orgaantheorie en tegen lastgeving.	227
4.1. Inleiding	227

4.2. Artikel 13 in de parlementaire voorbereiding van de Vennootschappenwet van 18 mei 1873	228
4.2.1. Totstandkoming van artikel 13 Venn.W. en de woorden van PIRMEZ	228
4.2.2. Artikel 13 Venn.W.: geen wettelijke grondslag voor de orgaantheorie	230
4.3. Artikel 61 § 1 W.Venn.	237
5. Besluit van Hoofdstuk 2	240
Hoofdstuk 3.	
Voornaamste bezwaren tegen lastgeving gewogen en te licht bevonden	241
1. Is de bestuursopdracht nog een vertegenwoordigingsopdracht?	242
1.1. Inleiding	242
1.2. Vertegenwoordigingsopdracht is niet beperkt tot vertegenwoordigingshandelingen	242
1.3. Bestuursopdracht is vertegenwoordigingsopdracht	245
2. Conventionele grondslag <i>versus</i> rol van de wet	247
2.1. Inleiding	247
2.2. Bestuursoptreden wortelt in conventionele rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en zijn bestuurder(s)	249
2.3. Deductief tegenargument op grond van het “kosmologisch orgaanbewijs” faalt	252
A. Soms vage grens met ontkenning van vertegenwoordiging in het algemeen	253
B. Zwakte van het argument als het specifiek tegen de conventionele bron van de vertegenwoordigingsopdracht is gericht	254
2.4. Inductief tegenargument op grond van de rol van de wet faalt.	257
2.5. Besluit	262
3. Publiciteit: Bijzonder regime voor openbaarmaking en derdenwerking van begin en einde van de bestuursopdracht	262
3.1. Inleiding	262
3.2. Geen theoretische doodsteek voor lastgeving	263
3.3. Derdenwerking van het publiciteitsregime voor benoeming en ambtsbeëindiging van bestuurders is sterk ingebed in het gemeen lastgevingsrecht	264
3.3.1. Inleiding	264
3.3.2. Derdenwerking van rechtshandelingen in het algemeen en van lastgeving in het bijzonder	266
A. Rechtshandelingen in het algemeen	266
B. Lastgeving	268

3.3.3. Derdenwerking van benoeming en ambtsbeëindiging van bestuurders in het rechtspersoonlijke publiciteitsregime	271
A. Benoeming	271
a) In geval van publicatie	271
b) In geval van niet-publicatie	272
c) De bijzondere regel van artikel 77 W.Venn.: onregelmatigheid in benoeming niet tegenwerpelijk na publicatie.	275
d) Besluit met betrekking tot publicatie van de benoeming	278
B. Ambtsbeëindiging	278
C. Besluit	280
4. Prokura: Bijzonder regime voor derdenwerking van bevoegdheidsgrenzen	281
4.1. Inleiding	281
4.2. Geen theoretische doodsteek voor lastgeving	283
4.3. Prokura: variatie op, eerder dan ontkenning van lastgevingsregime	287
4.3.1. Exacte draagwijdte van de wettelijke prokuraregeling: correctie op derdenwerking van gepubliceerde bevoegdheidsgrenzen	288
4.3.2. Prokura: geen met lastgeving strijdige <i>summa divisio</i> tussen de interne en de externe sfeer	290
A. Prokura creëert geen “organen van externe vertegenwoordiging” met een exclusief wettelijk te begrijpen opdracht	290
B. Blijvende juridische relevantie van statutaire beperkingen voor goed begrip van extern bestuurs-optreden	296
4.3.3. Correctie embryonaal aanwezig in gemeen lastgevingsrecht, maar doorkruist door wettelijk publiciteitsregime in vennootschappen	300
A. Lastgeving in het algemeen: toerekening aan de lastgever altijd al deels geabstraheerd van zijn relatie met de lasthebber	300
B. Vennootschapsbestuur: toerekening buiten interne bevoegdheidsgrenzen oorspronkelijk nog sterker aanwezig, maar beïnvloed door wettelijk publiciteitsregime	306
4.3.4. Besluit	312
Besluit van Deel 3	313

DEEL 4.	
ONRECHTMATIGE DADEN: BESTUUR ALS AANSTELLING	315
Hoofdstuk 1.	
Reikwijdte van de orgaantheorie in het rechtspersoonlijke buiten- contractuele aansprakelijkheidsrecht: enkel foutief bestuurshandelen	319
1. Inleiding	319
2. Objectieve aansprakelijkheid: geen rol voor de orgaantheorie	320
2.1. Geen fout nodig voor objectieve aansprakelijkheid	320
2.2. Orgaantheorie: een overbodige omweg.	321
2.3. Orgaantheorie: een gevaarlijke omweg	322
2.4. Besluit: geen fout, geen orgaantheorie.	326
3. Foutaansprakelijkheid: enkel bij foutief gedrag van (bestuurs)organen . .	327
3.1. Rechtstreekse aansprakelijkheid op grond van artikel 1382- 1383 B.W.	327
3.2. Geen orgaan, geen orgaantheorie.	328
4. Besluit van Hoofdstuk 1	328
Hoofdstuk 2.	
Foutief bestuurshandelen: geen orgaantheorie maar aanstelling	331
1. Inleiding	331
2. Buitencontractuele aansprakelijkheid voor foutief bestuurshandelen: <i>prima facie</i> compatibiliteit van het aanstellersregime van artikel 1384, lid 3 B.W.	332
2.1. Inleiding	332
2.2. Bestuurders als aangestelden: historisch diepgeworteld	333
2.3. Bestuurders als aangestelden: <i>prima facie</i> sterk compatibel	341
2.3.1. Algemeen: objectieve aansprakelijkheid.	341
2.3.2. Toepassingsvoorwaarden voor aanstellersaansprakelijkheid .	344
A. Een aangestelde.	344
B. Een onrechtmatige daad van de aangestelde	345
C. In de bediening.	349
2.3.3. Aansprakelijkheidsgevolgen.	351
A. Extern: buitencontractuele aansprakelijkheid ten aanzien van het slachtoffer	351
B. Intern: regres van aansteller op aangestelde	352
C. Besluit over de aansprakelijkheidsgevolgen.	356
2.4. Besluit: <i>prima facie</i> compatibiliteit van het aanstellersregime van artikel 1384, lid 3 B.W.	357

3. Huidige opvatting steunt op toepassing van artikel 1382-1383 B.W. via orgaantheorie.....	358
3.1. Inleiding.....	358
3.2. Toepassingsvoorwaarden.....	359
3.2.1. Een orgaan.....	359
3.2.2. Een fout van het orgaan.....	360
3.2.3. Binnen de (schijnbare) grenzen van de functie.....	363
A. Enkel orgaan binnen de functie.....	363
B. Van “acte de fonction” naar daad in de uitvoering van de functie.....	364
C. De schijnbaar binnen bevoegdheid begane fout?.....	367
D. Nog steeds beperkter dan bij aanstelling.....	367
3.3. Aansprakelijkheidsgevolgen.....	368
3.3.1. Extern: buitencontractuele aansprakelijkheid ten aanzien van het slachtoffer.....	368
3.3.2. Intern: regres tussen rechtspersoon en orgaan.....	369
4. Falen van de orgaantheorie inzake foutief bestuurshandelen: een slechte imitatie van aanstellersaansprakelijkheid.....	370
4.1. Opvallende gelijkenis.....	370
4.2. Het orgaanvereiste.....	372
4.2.1. Strikte toepassing van orgaanvereiste is in het buiten- contractuele aansprakelijkheidsrecht ondoelmatig en beleidsmatig inopportuun.....	373
4.2.2. Gevolg: orgaanvereiste wordt zelden ernstig toegepast.....	376
4.2.3. Orgaantheorie in moeilijkheden.....	377
4.3. Verband tussen daad en functie.....	381
4.4. Persoonlijke externe aansprakelijkheid van bestuurders.....	387
4.4.1. Goede kandidaat voor juridische eigenheid van het organieke toerekeningsmechanisme.....	387
4.4.2. TILQUIN en SIMONART: logica van de orgaantheorie leidt tot buitencontractuele immuniteit.....	388
4.4.3. Traditionele oplossing in de Belgische rechtspraak en rechtsleer: geen immuniteit, maar ook geen verklaring hiervoor binnen de orgaantheorie.....	393
4.4.4. Een derde weg? Het argument van MAZEAUD en MAZEAUD.....	398
4.4.5. Besluit.....	400
4.5. Regres tussen rechtspersoon en orgaan.....	402
4.5.1. Traditionele oplossing strijdig met toepassing van artikel 1382-1383 B.W. op de rechtspersoon.....	402
4.5.2. Babelse spraakverwarring omtrent rechtstreekse aansprakelijkheid?.....	404
4.6. Besluit: <i>if it looks like a duck and quacks like a duck...</i>	407

5. Falen van de orgaantheorie: twee illustraties uit aanpalende domeinen . .	409
5.1.1. De burgerlijke vordering tegen de rechtspersoon uit misdrijf van het orgaan	409
A. Probleemstelling.	409
B. Verjaring	411
C. Burgerlijke vordering voor de strafrechter.	412
5.1.2. De vordering tot staking van een inbreuk op de W.H.P.C. . .	413
6. Bestuurders als aangestelden van de rechtspersoon	418
6.1. Inleiding: een evidente vraag	418
6.2. Ondergeschiktheid <i>stricto sensu</i> op de terugweg.	420
6.2.1. Een korte blik over de grenzen: ondergeschiktheid op de terugweg als uniek en uniform aanknopingspunt	420
6.2.2. België: evolutie minder met naam genoemd, maar bouwstenen aanwezig	423
A. Een meer soepele aanpak heeft steun in artikel 1384, lid 3 B.W.	423
B. Naar een (meer openlijke) multifactorbenadering in België?	425
6.3. Bestuurders zijn aangestelden van de rechtspersoon	428
A. Bestuurders passen in een neoklassieke lezing van artikel 1384, lid 3 B.W.	428
a) Bestuurders: aangesteld in een functie (bediening) van de rechtspersoon in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W.	428
b) Onafhankelijkheid van de bestuursfunctie: geen beletsel voor artikel 1384, lid 3 B.W.	432
B. Blijvende steun in hedendaagse bronnen: traditie nooit volledig verdwenen	438
6.4. Besluit: tijd voor herontdekking.	444
7. Besluit van Hoofdstuk 2	445
Hoofdstuk 3.	
Aanstelling als hoeksteen voor een ruimer neoklassiek model	449
1. Inleiding	449
2. Naar 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon zonder orgaan- theorie	450
2.1. 1382-aansprakelijkheid zonder orgaantheorie: onverwacht maar actueel.	450
2.1.1. Een onverwachte vraag?	450
2.1.2. Een actuele vraag	451
2.2. Subjectieve schuld en objectieve onrechtmatigheid in de fout	456

2.3. Objectieve onrechtmatigheid en wetsovertreding via inbreuk op specifieke rechtsregel	461
2.4. Geen nieuw autonoom rechtspersoonlijk toerekeningsmechanisme.....	466
2.5. Samenspel met artikel 1384, lid 3 B.W. blijft nodig.	469
2.5.1. Artikelen 1382-1383 B.W. niet de heilige graal voor rechtspersonen	469
2.5.2. Artikel 1384, lid 3 B.W. en de specifieke regel	470
A. Een probleem?.....	470
B. Foutbeoordeling <i>in abstracto</i> , waarbij regel deel is van het (professionele) feitelijke kader waarin gedrag wordt beoordeeld.....	471
C. De onrechtmatige daad die schade veroorzaakt in de bediening.....	474
D. Eigen 1382-aansprakelijkheid	480
E. Besluit: vele wegen leiden naar Rome	481
2.6. Ook zonder inbreuk op specifieke norm?	482
3. Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders: naar een beter begrip van het juridische regime.	487
3.1. Externe aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden	487
3.1.1. Inleiding.....	487
3.1.2. Neoklassieke benadering: artikel 1382-1383 B.W. onverkort van toepassing, maar persoonlijke fout vereist	488
3.1.3. Eerste nuance: geval waarin aansprakelijkheid van de rechtspersoon niet op schadeberokkenend gedrag van de aangesproken bestuurder steunt	490
3.1.4. Tweede nuance: geval waarin aansprakelijkheid van de rechtspersoon op inbreuk op specifieke norm steunt.....	492
3.1.5. Derde nuance: geval waarin aansprakelijkheid van de rechtspersoon wel op schadeberokkenend gedrag van aangesproken bestuurder steunt, maar dit in diens hoofde geen persoonlijke fout oplevert	494
3.1.6. Besluit.....	496
3.2. Intern verhaal tussen bestuurders en rechtspersoon.	497
3.2.1. Inleiding.....	497
3.2.2. Neoklassieke benadering: belang van de contractuele verhouding.....	499
3.3. Besluit.....	506
4. Besluit van Hoofdstuk 3	508

Hoofdstuk 4.	
Verkeersopvattingen: naar een corporatief handelingsbegrip?	511
1. Inleiding: het opmerkelijke pleidooi van Joeri Vananroye	511
2. Wankele basis van het kernargument voor verkeersopvattingen <i>de lege lata</i>	514
2.1. Aantal treffende vaststellingen, die echter goed passen in neoklassiek regime	514
2.2. Een wankele stap	516
3. “Materiële” toerekening naar verkeersopvattingen <i>de lege ferenda</i> : geen oplossing	520
3.1. Verkeersopvattingen: einde van het recht?	520
3.2. Het onderscheid tussen “materiële” en “juridische” toerekening....	521
3.3. Materiële toerekening laat nog geen foutbeoordeling in de zin van artikel 1382-1383 B.W. toe	525
3.3.1. Subjectieve schuld: een vals probleem.	525
3.3.2. Objectieve onrechtmatigheid bij inbreuk op specifieke norm: een valse parallel.	526
3.3.3. Gedragsbeoordeling onder algemene zorgvuldigheids- norm: een echt probleem.	527
4. Daderschap naar verkeersopvattingen: naar een corporatief handelingsbegrip in het privaatrecht?	531
4.1. Een autonoom corporatief handelingsbegrip.	531
4.2. Complexe en potentieel subversieve oefening	534
5. Meerwaarde naar Belgisch recht twijfelachtig	538
5.1. Verkeersopvattingen vervangt het huidige systeem: onwaar- schijnlijk en onverdedigbaar	538
5.2. Cumulatieve werking: weinig meerwaarde	540
5.2.1. Wat aansprakelijkheid van de rechtspersoon betreft	540
5.2.2. Wat persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders betreft .	546
A. Externe aansprakelijkheid	546
B. Intern verhaal	548
6. Besluit	551
Besluit van Deel 4.	557
<i>Algemeen besluit</i>	563
<i>Epiloog</i>	571
<i>Bibliografie</i>	573

TOELICHTING BIJ DE CITEERWIJZE

Bij herhaling van een referentie in voetnoot wordt enkel nog auteur, titel en pagina- of randnummer geciteerd. Van een aantal frequent geciteerde werken wordt ook de titel verkort weergegeven. In de bibliografie achteraan is steeds de volledige referentie te vinden. Om snelle consultatie te bevorderen, wordt daar alle geciteerde rechtsleer alfabetisch gerangschikt, zonder bijkomende indeling naargelang het type werk of het land van publicatie.

Naar randnummers wordt als algemene regel enkel verwezen waar dit de opzoeking substantieel vergemakkelijkt.

Werken die uit meerdere delen bestaan, worden de eerste maal geciteerd met verwijzing naar het aantal delen en, indien zij over meerdere jaren werden gepubliceerd, naar het publicatiejaar van het eerste en het laatste deel. Bij herhaling wordt enkel nog de titel en het geciteerde boekdeel (Romeins cijfer) vernoemd.

Naar de werken van R.-J. POTHIER wordt verwezen in de gebundelde uitgave verzorgd door DUPIN, uitgegeven te Brussel bij Tarlier, 1829-1834, met verwijzing naar het boekdeel (Romeins cijfer) en het paginanummer. Om de opzoeking in andere uitgaven te vergemakkelijken, wordt tussen haakjes ook steeds de titel van het oorspronkelijke deel en het randnummer opgegeven. In onmiddellijk opeenvolgende verwijzingen naar hetzelfde deel, wordt weliswaar niet telkens de titel herhaald, maar wordt tussen haakjes enkel nog het randnummer gegeven.

H. DE PAGE's *Traité élémentaire de droit civil belge* stelt bijzondere uitdagingen. Niet alleen strekt publicatie van de delen zich uit over meerdere jaren, bovendien volgen de opeenvolgende uitgaven elkaar per deel in verschillend tempo op, zodat de verschillende uitgaven chronologisch door elkaar lopen. Recent kwamen er bovendien diverse postume co-auteurs bij. Aan de andere kant, maakt de prominentie van dit werk het bij gelegenheid nodig om naar verschillende edities te verwijzen. Om de opzoeking voor de lezer beheersbaar te houden en tegelijk coherent te blijven, kreeg elke verwijzing de volgende vorm: H. DE PAGE, *Traité*, boekdeel (Romeins cijfer), jaartal, paginanummer.

INLEIDING

1. PROBLEEMSTELLING

1. Op 16 februari 2001 besliste het Hof van Cassatie dat het vennootschapsorgaan of de lasthebber die, bij besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid, een fout begaat, daarmee de vennootschap of lastgever tot vergoeding verplicht, en niet zichzelf.¹ Op 20 juni 2005 besliste ditzelfde Hof van Cassatie in een gelijkaardig geval dat zulke fout weliswaar tot rechtstreekse aansprakelijkheid van de vennootschap leidt, maar dat dit persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan *niet* uitsluit en er net *samen* mee bestaat.² In de andersluidende conclusie voor dit laatste arrest, had het openbaar ministerie er uitdrukkelijk voor gepleit de leer van het arrest van 16 februari 2001 toe te passen en de aansprakelijkheid van het orgaan uit te sluiten.³ Het steunde hiervoor uitdrukkelijk op de *orgaantheorie* en verwees naar een bijdrage waarin Valérie SIMONART op grond van deze theorie persoonlijke buitencontractuele immuniteit van het orgaan eerder al had bepleit.⁴

De orgaantheorie werd hiermee in het eerste decennium van de 21e eeuw ook in het privaatrecht opnieuw naar het voorplan van de juridische actualiteit geslingerd. In het strafrecht had de wet van 4 mei 1999 over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen al een schot voor de boeg gelost, door de orgaantheorie aan de kant te laten.⁵ Ook inzake overheidsaansprakelijkheid ging het met de invloed van de orgaantheorie achteruit. De wet van 10 februari 2003 betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen, had voor buitencontractuele aansprakelijkheid van de overheid het model van de orgaantheorie grotendeels vervangen door dat van artikel 1384, lid 3 B.W. En dankzij het spectaculaire bochtenwerk van het Hof van Cas-

¹ Cass. 16 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 303, *T.B.H.* 2002, 698, noot C. GEYS, *R.W.* 2002-03, 340, *R.P.S.* 2001, 348. Dit was een beslissing van de *eerste* kamer, *Nederlandstalige* afdeling.

² Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1354, concl. J.F. LECLERCQ, *J.T.* 2006, 435, *R.P.S.* 2005, 183, noot Y. DE CORDT, *T.B.H.* 2006, 418, noot A. COIBION, *R.G.A.R.* 2006, nr. 14106, noot C. DALCQ, *DAOR* 2005, 340, noot G. GATHEM, *R.A.G.B.* 2005, 1549, noot I. BLOCKX en E. JANSSENS. Dit was een beslissing van de *derde* kamer, *Franstalige* afdeling.

³ J.-F. LECLERCQ, Concl. bij Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1355.

⁴ J.-F. LECLERCQ, Concl. bij Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1356 en voetnoot 1 op p. 1355. De bijdrage in kwestie is: V. SIMONART, "La quasi-immunité des organes en droit privé", noot bij Cass. 7 november 1997, *R.C.J.B.* 1999, 732-774.

⁵ Zie hierover: M. FAURE, "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de onderneming", *T.P.R.* 2000, 1299-1301.

satie tussen 2001 en 2005, werd dus ook in het privaatrecht de wonderlijke wereld van dit fundamentele leerstuk herontdekt.⁶

Het beeld dat uit die prille discussie naar voren komt, is bijzonder schizofreen. De orgaantheorie – of minstens *verwijzing* daarnaar – heeft een lange en rijke traditie in ons recht⁷, al werd ook voor de recente cassatietwisten al wel eens terecht opgemerkt dat zij op de keper beschouwd weinig uitgewerkt was.⁸ Maar nu begonnen plots radicaal verschillende diagnoses te circuleren omtrent de fundamentele gezondheidstoestand van dit leerstuk. De vraag of organen aan de orgaantheorie persoonlijke immuniteit ontleen, lijkt daarbij maar golfslag aan de oppervlakte. De breuklijnen gingen snel veel dieper. Voor auteurs zoals Pierre VAN OMMESLAGHE, Thierry TILQUIN en Valérie SIMONART, vormt de orgaantheorie de absolute en onontbeerlijke grondslag voor een adequate inpassing van de

⁶ Zie, naast de nootschrijvers *supra* vermeld in voetnoot 1 en 2: A.-P. ANDRÉ-DUMONT, C. BRÜLS en H. CULOT, “Responsabilité des organes de société: la restauration?” in X (ed.), *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, 21-39; L. BIHAIN, “Responsabilité des dirigeants de société à l’égard des tiers. Pas d’immunité de principe en faveur des organes de société”, *J.T.* 2006, 421-427; M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, in X (ed.), *Guide juridique de l’entreprise*, Titel I – boek 11.1, 2e uitgave, Brussel, Kluwer, 2002, 14 e.v.; Y. DE CORDT en M.A. DELVAUX, “La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier” in Y. DE CORDT en D. PHILIPPE (eds.), *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Brussel, La Charte, 2007, 2-85; H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders” in X (ed.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 517-546; H. DE WULF en S. S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers” in X (ed.), *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 103-191; X. DIEUX, “La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers: une révolution de velours” in X (ed.), *Mélanges John Kirkpatrick*, Brussel, Bruylant, 2004, 225-242; X. DIEUX, “La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme: questions de principe!” in A. PUTTEMANS (ed.), *Actualités en droit des sociétés*, Brussel, Bruylant, 2006, 103-140; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Brussel, Larcier, 2006, 167 e.v.; P.A. FORIERS en L. SIMONT, “Observations sur un revirement de jurisprudence: représentation et responsabilité aquilienne des organes et mandataires de société” in X (ed.), *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, 419-431; K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA” in K. GEENS (ed.), *Vennootschaps- en financieel recht*, Themischahier 11, Brugge, die Keure, 2001-2002, 16; D. PHILIPPE en G. GATHEM, “A quelles conditions le dirigeant peut-il engager sa responsabilité aquilienne personnelle à l’égard des tiers? Les pièges de l’article 1382 du Code Civil” in Y. DE CORDT en D. PHILIPPE (eds.), *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Brussel, La Charte, 2007, 87-152; V. SIMONART, “La théorie de l’organe” in Y. POULLET, P. WÉRY en P. WYNANTS (eds.), *Liber amicorum Michel Coipel*, Brussel, Kluwer, 2004, 713-732; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes” in Y. POULLET, P. WÉRY en P. WYNANTS (eds.), *Liber amicorum Michel Coipel*, 765-786; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties” in X (ed.), *Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme*, Brussel, E. Story-Scientia, 2004, 753-793; J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid” in K. GEENS (ed.), *Vennootschaps- en financieel recht*, Themischahier 29, Brugge, die Keure, 2004-2005, 81 e.v.

⁷ Zie *infra* p. 13 e.v.

⁸ B. TILLEMANS, *Lastgeving in A.P.R.*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 363.

rechtspersoon in het rechtssysteem.⁹ In het *Traité des sociétés* van de twee laatstgenoemde auteurs, staat de orgaantheorie zeer centraal, en vormt zij dé invalshoek voor bespreking van het functioneren van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid in het algemeen.¹⁰ Aan de andere kant van het spectrum, oordeelt Joeri VANANROYE dat de orgaantheorie in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht – toch haar favoriete podium – kan worden begraven, meer zelfs, dat zij *de facto* al begraven is:

“De klassieke orgaantheorie, door de burgerlijke rechter enkel nog met de lippen beleiden en door de strafwetgever geliquideerd, kan definitief uit het aansprakelijkheidsrecht worden geschrapt”.¹¹

In Nederland werd de orgaantheorie volgens deze auteur overigens al eerder bijgezet in het “*rechtshistorisch rariteitenkabinet*”.¹² Als alternatief stelt hij dan ook aan het Nederlandse recht ontleende *toerekening via verkeersopvattingen* voor. Deze opgemerkte analyse kon al op prominente bijval rekenen.¹³ Het inspireerde Walter VAN GERVEN zelfs tot een fingerwijzing naar de volgende druk van zijn *Verbintenissenrecht*.¹⁴ Ook Michel COIPEL lanceerde een opmerkelijke oproep. In eerder werk, had deze auteur een vrij traditioneel orgaantheoretisch pad gevolgd.¹⁵ Maar in recenter werk, wijdt hij enkele zeer penetrante – en tegelijk zeer kritische – passages aan de orgaantheorie.¹⁶ Hij noemt haar simplistisch, artificieel en bovendien niet onontbeerlijk voor de techniek van de rechtspersoonlijkheid.¹⁷ COIPEL roept dan ook op tot “*un réexamen radical de la théorie traditionnelle de l’organe*”.¹⁸

2. Opvallend zijn niet enkel deze plotse uitersten over een leerstuk dat lang in rustig vaarwater leek te zitten.¹⁹ Het besef wint veld dat de fragmentatie deels volgt uit het feit dat de orgaantheorie op diepgaande en vaak onopgeloste manier interageert met een aantal fundamentele vraagstukken uit het gemeen privaatrecht.

⁹ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, III dln., Diegem, Kluwer, 1996-2005, I, 693 e.v.; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 713, 718, 731-732; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765-766.

¹⁰ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 693-771.

¹¹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 791-792.

¹² J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 759.

¹³ X. DIEUX en Y. DE CORDT, “Examen de jurisprudence (1991-2005): Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.* 2008, 516; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2e uitgave, Leuven, Acco, 2006, 373-374. Zie ook de uitgebreide (maar kritische) bespreking bij: H. DE WULF en S. S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 151-161.

¹⁴ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 374 en voetnoot 60.

¹⁵ M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés” in X (ed.), *Répertoire notarial*, XII – 2, Brussel, Larcier, 1982, 184 e.v., 317, 231, 237 e.v.

¹⁶ M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, 15-25.

¹⁷ M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, 24.

¹⁸ M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, 16, 24 e.v.

¹⁹ P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765.

recht. Paul Alain FORIERS gaf aan dat de problemen “*découlent pour une large partie des incertitudes du droit de la responsabilité civile et du concept de représentation*”.²⁰ Xavier DIEUX voorspelde dat de materie nog heel wat jaren actueel zou blijven, omdat zij samenhangt met “*prises de position plus fondamentales en ce qui concerne certains principes de droit commun*”.²¹ Hans DE WULF concludeerde dat “*het Hof van Cassatie en alle juristen (...) nog hard [zullen] moeten nadenken en vele standpunten (...) zullen moeten herzien worden vooraleer we in België een dogmatisch en beleidsmatig coherent en opportuun systeem*” zullen hebben ontwikkeld, in het bijzonder vanuit de algemene problematiek van buitencontractuele aansprakelijkheid in vertegenwoordigingsverhoudingen.²² Volgens Denis PHILIPPE en Grégoire GATHEM behoren de vragen die de materie aan de orde stelt zelfs tot “*les matières les plus incertaines et le plus complexes du droit privé*”.²³

Volledig afwezig, was dit besef overigens ook voor het cassatiesalvo van 2001-2005 niet. Ludo CORNELIS had eerder al aangestipt dat de orgaantheorie heel wat vragen deed rijzen over de gemeenrechtelijke interactie tussen vertegenwoordiging en buitencontractuele aansprakelijkheid, en haar inpassing op dit punt niet steeds coherent was. Het verleidde deze auteur toen al tot een wenk om de orgaantheorie “*aan hernieuwd onderzoek te onderwerpen*”.²⁴

3. Met het doctoraal onderzoek waarvan dit werk de neerslag vormt, werd die handschoen – althans voor het privaatrecht – opgenomen. Nadrukkelijk was daarbij van bij aanvang het opzet om de materie vanuit zijn privaatrechtelijke fundamente te benaderen. Wat is vertegenwoordiging? Is organiek optreden vertegenwoordiging? Indien niet, waarom niet? Indien wel, waarom wel? Leert het antwoord op deze vraag ons iets over de rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en de personen die een organieke rol spelen? Zijn bestuurders lasthebbers? Welke weerslag heeft dit op het regime van buitencontractuele aansprakelijkheid? Kunnen buitencontractuele fouten via vertegenwoordiging aan een

²⁰ P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes. Annotations sur le régime général de responsabilité” in VANHAM & VANHAM (ed.), *Les responsabilités des administrateurs, dirigeants et conseillers*, Studiedag 30 september 2004, p. 46.

²¹ X. DIEUX, “La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers: une révolution de velours”, 241. Zie ook: X. DIEUX en Y. DE CORDT, “Examen de jurisprudence (1991-2005): Les sociétés commerciales (suite)”, 613-614 (“*un sujet d’interrogations et de perplexité*”).

²² H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, 546. Dit vormt ook de rode draad in: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 103-191.

²³ D. PHILIPPE en G. GATHEM, “A quelles conditions le dirigeant peut-il engager sa responsabilité aquilienne personnelle à l’égard des tiers? Les pièges de l’article 1382 du Code Civil”, 152.

²⁴ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad*, Antwerpen-Brussel, Maklu-Bruylant, 1989, 444.

principaal²⁵ worden toegekend? En wat betekent dit voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger? Kan een rechtspersoon een fout begaan? En wat is in dit verband het verschil tussen foutaansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor andermans daad? Het zijn dit soort prachtige vragen van gemeen verbintenissenrecht waartoe de orgaantheorie – niet eens zo diep – onder de oppervlakte aanleiding geeft. De opperste verwarring waarin de orgaantheorie als rechtsdogmatisch leerstuk zich vandaag blijkbaar bevindt, vloeit misschien deels voort uit onvoldoende inzicht in, en aansluiting bij, deze vragen uit het ruimere privaatrecht. Dit was de intuïtie bij aanvang van het onderzoek. Het vormde dan ook het uitgangspunt om het nader af te bakenen

2. AFBAKENING VAN HET ONDERZOEK

4. De orgaantheorie beweert in essentie het rechtsdogmatische fundament te leveren waarop de deelname van rechtspersonen aan het rechtsverkeer steunt.²⁶ Zij roept hiervoor een juridisch mechanisme *sui generis* in – organieke incarnatie – dat van de klassieke mechanismen van privaatrecht zoals vertegenwoordiging via lastgeving en aansprakelijkheid voor andermans daad essentieel zou afwijken. Dit onderzoek ambieert vooral deze aanspraak rechtswetenschappelijk te analyseren vanuit de fundamentele principes van het verbintenissenrecht. Hiertoe bleek het absoluut onontbeerlijk het onderzoeksdomein nauw te omschrijven. Als onderzoeksobject draagt de orgaantheorie een groot risico in zich. Het is een leerstuk met bijzonder weinig *inherente* beperkingen. Haar explicitering als juridische theorie is sterk verweven met het grote rechtspersoonlijksdebat van de tweede helft van de 19e en de eerste helft van de 20e eeuw.²⁷ Het begrip rechtspersoonlijkheid alleen al, blijft een schijnbaar onuitputtelijke bron van onderzoek.²⁸ Boven-

²⁵ Als algemene regel wordt in wat volgt de generieke term *principaal* gebruikt, eerder dan het visueel meer verwarrende en minder elegant klinkende *vertegenwoordigde*.

²⁶ Dit wordt uitgebreid toegelicht *infra* p. 13 e.v.

²⁷ “Geen vraag van privaatrecht heeft in de 19e en in de eerste decennia der 20e eeuw zozeer tot theoretische beschouwingen aanleiding gegeven als die naar de aard van de rechtspersoon”: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon* in Asser-reeks, II/2, 8e uitgave, Deventer, W.E.J. Tjeenk-Willink, 1997, 1. Tegen het midden van de 20e eeuw was hieromtrent duidelijk theoriemoetheid opgetreden: H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 613 (“*Ce rébus philosophique, dépourvu de tout intérêt pratique*”) en 614 (“*toutes ces discussions [...] sont aujourd’hui complètement périmées. Elles appartiennent au domaine de la théorie pure*”); J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 3e uitgave, Leuven, Acco, 1975, 230 (“*nutteloze ballast van overdreven theoretische beschouwingen*”) en ook 232. Zie voor een overzicht van dit debat: V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel, Bruylant, 1995, 15 e.v.

²⁸ Het blijft ook recent nog doctoraal onderzoek genereren. Zie in België: V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, 670 p. In Frankrijk: N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, Parijs, L.G.D.J., 2004, 436 p.; F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Parijs, L.G.D.J., 1997, 334 p.; J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, Parijs, L.G.D.J., 2009, 416 p.

dien overstijgt die discussie snel het domein van de rechtswetenschap. Het werk van Otto von GIERKE, veelgenoemd grondlegger van de orgaantheorie²⁹, heeft uitgesproken historische, filosofische, en zelfs politieke ambities.³⁰ Maar zelfs dichter bij actuele juridische sferen, is het met de orgaantheorie soms moeilijk grenzen trekken. Als ook overheden rechtspersoonlijkheid hebben, moet dan de publiek-rechtelijke rechtsverhouding tussen de overheid en zijn functionarissen³¹, of zelfs het overheidsoptreden in het algemeen worden onderzocht? En zelfs als de materie tot rechtspersonen van privaatrecht wordt beperkt, is dan elk geval waarin de term “orgaan” gehanteerd wordt, van belang? Als de commissaris die de jaarrekening controleert³² of de algemene vergadering van obligatiehouders³³ “organen” zijn³⁴, moet dan ook hun juridische regime in het onderzoek worden betrokken? En zelfs als enkel het “externe” optreden van rechtspersonen aan de orde komt, moeten dan alle materiële rechtsdomeinen waaraan de rechtspersoon deelneemt op de werking van de juridische aangrijppunten daartoe, worden onderzocht?

5. Dit zou geen zinvol doctoraal onderzoeksproject meer zijn. Het zou ook haaks staan op de ambitie om het onderzoek sterk toe te spitsen op wat voor het privaatrecht rechtswetenschappelijk het meest fundamentele luik leek: de interactie tussen het theoretische *suigenerisverhaal* van de orgaantheorie en de meer klassieke principes van privaatrecht. Het strafrecht en het publiek recht werden grotendeels buiten het onderzoek gelaten. Het onderzoeksdomein werd verder beperkt tot de toerekening van *rechtshandelingen* en *onrechtmatige daden* aan rechtspersonen van *privaatrecht* naar aanleiding van het optreden van *bestuursorganen*. Dit is de harde kern van de orgaantheorie in het privaatrecht.³⁵ Ondanks

²⁹ Zie hierover meer uitgebreid *infra* p. 25 e.v.

³⁰ A. BLACK, “Editor’s introduction” in A. BLACK (ed.), *Community in historical perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, xiv-xxx. Zie ook – ouder en duidelijk voor GIERKE partij kiezend maar inhoudelijk nog steeds zeer sterk – de inleiding van MAITLAND in F.W. MAITLAND (ed.), *Political Theories of the Middle Ages by Otto Gierke*, Cambridge, Cambridge University Press, 1968 (eerste uitgave 1900), 197 p. Zie ook als illustratie hiervan (maar inhoudelijk gedateerd): S. MOGI, *Otto von Gierke. His political teaching and jurisprudence*, Londen, P.S. King & Son, 1932, 291 p.

³¹ Zie hierover recent het proefschrift van Alexander DE BECKER: A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel. Juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 672 p.

³² Art. 142 e.v. W.Venn.

³³ Art. 292 e.v. (BVBA) en art. 568 e.v. (NV).

³⁴ Voor de commissaris, zie: J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973 tot aanpassing aan de eerste E.E.G.-Richtlijn van 9 maart 1968*, Gent, Story-Scientia, 1973, 155; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 703; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, I, 417. Maar zie ook de kritiek bij de auteurs geciteerd *infra* voetnoot 38 (waaronder SIMONART, die daarmee haar positie bijstelt). Voor de algemene vergadering van obligatiehouders: zie telkens de indeling onder de titel “Organen” in het Wetboek van Vennootschappen.

³⁵ Tenzij uit de context anders blijkt, verwijst in wat volgt de term *rechtspersoon* zonder verdere kwalificatie naar de rechtspersoon van privaatrecht.

haar theoretische grootspraak³⁶, is nooit duidelijk uitgewerkt wat zij concreet betekent voor, bijvoorbeeld, de algemene vergadering van aandeelhouders³⁷ laat staan voor de commissaris.³⁸ Meer algemeen, bestaat zeer weinig aanwijzing – noch in de theorievorming, noch in concrete rechtsgevolgen – over wat de orgaantheorie zou meebrengen in de interne verhouding tussen rechtspersoonlijke actoren.³⁹ Een theorie die overal is, is nergens. Een theorie die om het even welk resultaat kan verklaren, verklaart niets. In een poging om de orgaantheorie vast te pinnen waar zij rechtswetenschappelijk echt kan worden getoetst, werd het onderzoek dus beperkt tot het domein waarin zij met haar organieke incarnatiemechanisme de meest systematisch uitgewerkte, herkenbare en dus ook falsifieerbare uitspraken doet. Het *externe optreden* van rechtspersonen is de harde kern van de orgaantheorie. *Rechtshandelingen* en *onrechtmatige daden* vormen de harde kern van het externe optreden van rechtspersonen. En *bestuursorganen* zijn – zeker in de orgaantheorie – de harde kern voor het juridische mechanisme voor toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden.

6. Bovenop die *kwantitatieve* beperking komt een *kwalitatieve* beperking van het onderzoek. Het is niet de bedoeling een beschrijvend overzicht te geven van alle probleemgebieden die met het onderzoeksdomein verband houden, noch van het omvangrijke bronnenmateriaal dat hieromtrent kan worden verzameld. Wel om te trachten tot de rechtswetenschappelijke grondslagen door te dringen van de orgaantheorie als theoretisch verklaringsmodel *sui generis* voor deelname van rechtspersonen aan het rechtsverkeer, en dit in vergelijking met de klassieke mechanismen van privaatrecht. In die optiek wordt steeds betracht de aangesneden onderwerpen te belichten vanuit die invalshoek die vanuit wetenschappelijk oogpunt meest relevant lijkt. Dit heeft heel wat nadelen. Het bevordert niet steeds de “herkenbaarheid” van de structuur van het betoog ten aanzien van gangbare voorstellingswijzen. Populaire thema’s blijven soms links liggen. En het gaat zeker

³⁶ Zie *infra* p. 42 e.v. en het besluit p. 57.

³⁷ Het orgaan zou bijvoorbeeld, volgens een veelgenoemd onderscheidingscriterium, in tegenstelling tot de lasthebber van gemeen recht, geen volmacht hoeven voor te leggen omdat het zijn bevoegdheid kan bewijzen aan de hand van publicatie van de benoeming (J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 363; J. VAN RYN, *Principes*, I, 259). Maar voor de algemene vergadering is er van “publicatie van een benoeming” natuurlijk geen sprake.

³⁸ M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, 25; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 720-721.

³⁹ TILQUIN en SIMONART houden voor dat de orgaantheorie ook de interne werking van een vennootschap en de verhouding tussen organen aangaat. Maar dit blijft op het niveau van een algemene uitspraak (T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 696). Léon MICHOU, grondlegger van de orgaantheorie in het Frans-Belgische recht (*infra* p. 32), concludeerde op grond van de orgaantheorie dat er tussen organen geen werkelijke conflicten in de juridische zin kunnen bestaan: L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3e uitgave, II dln., Parijs, L.G.D.J., 1932 (eerste uitgave 1906), I, 137, 148 e.v. Veel lijkt de theorie over de onderlinge rechtsverhouding dan ook niet meer te vertellen te hebben.

ten koste van volledigheid in de presentatie van bronnenmateriaal. Maar voor een doctoraal onderzoek leek dit de enige juiste keuze. Dit is geen overzichtswerk over het positiefrechtelijke regime voor toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden aan de rechtspersoon. En al helemaal geen handboek “rechtspersonen in het contractenrecht en in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht”. Het is een poging tot wetenschappelijk onderzoek naar de orgaantheorie als beweerd theoretische grondslag voor de rechtsdogmatiek waarmee we deze rechtsdomeinen benaderen.

7. Die benadering inspireert drie meer pragmatische keuzes.

In de eerste plaats wordt in wat volgt, vaak op generieke wijze verwezen naar “bestuursorganen” of naar “bestuurders”, zonder de concrete rechtspersoonsvorm, het bestuursniveau of de exacte benaming van de betrokkenen daarin te specificeren. Bestuurders zijn in dit werk personen die in een rechtspersoon van privaatrecht een bestuursopdracht hebben. Wat de bestuursopdracht inhoudt, wordt in onze positieve teksten amper geëxpliciteerd, net zoals *besturen* een notoir vaag begrip is.⁴⁰ De keuze hier is louter terminologisch en heeft niet de ambitie op die problematiek in te gaan of er standpunt over in te nemen.

Ten tweede wordt aangenomen dat bestuurders natuurlijke personen zijn. Positiefrechtelijk is dit natuurlijk een vereenvoudiging. In de meeste rechtspersoonvormen en op de meeste bestuursniveaus kunnen intussen ook rechtspersonen een bestuursopdracht opnemen.⁴¹ Uitdrukkelijke inweving van dit gegeven, zou echter in de tekst voortdurend onderscheiden noodzaken die aan de kern van het betoog afbreuk doen en bovendien vanuit theoretisch oogpunt minder cruciaal lijken. Het startpunt van elke moderne poging om rechtspersoonlijk optreden juridisch te conceptualiseren, luidt steeds dat rechtspersonen natuurlijke personen nodig hebben om hun activiteit vorm te geven. De mogelijkheid om rechtspersonen bestuurder te maken, verandert hier fundamenteel niets aan. De tussenplaatsing van een extra rechtspersoonlijke laag op bestuursniveau geeft ongetwijfeld aanleiding tot technisch relevante en interessante complicaties in de analyse. Maar er werd voor gekozen het onderzoek in deze fase te beperken tot wat hoe dan ook het standaardmodel blijft: bestuur door fysieke personen. In functie van de resultaten, kan dan blijken dat later de analyse verfijnd of aangepast moet worden om ook voor rechtspersoonlijke bestuurders plaats te bieden.

Tot slot, wordt het hele domein van proceshandelingen van rechtspersonen niet behandeld. Dit is misschien wel de moeilijkste keuze, omdat de orgaantheo-

⁴⁰ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 3, 15 en 122 e.v.

⁴¹ Zie voor vennootschappen in het algemeen art. 61 § 2 W.Venn. Dit is het gevolg van een graduele evolutie waarop hier niet wordt ingegaan. Zie in het algemeen: B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 2e uitgave, Brugge, die Keure, 2005, 44 e.v. Voor de BVBA is dit nog maar mogelijk sinds met art. 14 van de wet “corporate governance” van 2 augustus 2002 het woordje “natuurlijke” in art. 255 W.Venn. werd geschrapt.

rie hier ongetwijfeld relevantie wordt toegedicht.⁴² Alleen lijkt die minder fundamenteel-theoretisch van aard. Bij de intellectuele stamvaders van de orgaantheorie, spelen proceshandelingen niet zo een belangrijke rol. Op meest fundamenteel niveau, zeker vanuit het rechtspersoonlijke optreden bekeken, gaat het om een subcategorie van rechtshandelingen. Anderzijds is de materie technisch vrij specifiek, wat tot heel wat positiefrechtelijke beschrijving van aspecten van gerechtelijk recht zou dwingen. Alleen al aan de verwickelingen rond het optreden van rechtspersonen voor de Raad van State kan een omvangrijk hoofdstuk worden gewijd. Maar of dit nodig is voor een goed begrip van de theoretische kern van het verhaal, leek *prima facie* twijfelachtig. Dus werd ook dit luik op het prikbord geplaatst.

3. OVERZICHT

8. Aldus beperkt, luidt de vraag waarmee dit onderzoek werd aangevat als volgt. Vormt de orgaantheorie *de lege lata* de juridische grondslag voor toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden naar aanleiding van het optreden van bestuursorganen in rechtspersonen van privaatrecht? Waarin onderscheidt zij zich van het juridische kader dat het klassieke privaatrecht hiervoor aanbiedt?

Die vraag werd benaderd vanuit een welbepaalde hypothese. Bij de probleemstelling, werd al aangegeven dat het onderzoek van de intuïtie vertrok dat meer aansluiting bij de dieperliggende mechanismen van privaatrecht waarop de orgaantheorie ingrijpt, misschien nuttig kon zijn om haar actuele problemen te begrijpen en op te lossen. Zeer vroeg in het onderzoek, groeide dit uit tot een meer specifieke hypothese. Die luidt dat de theoretische basis van de orgaantheorie bijzonder wankel is, terwijl anderzijds de klassieke instrumenten van privaatrecht zoals vertegenwoordiging, lastgeving, en aanstellersaansprakelijkheid voor andermans daad, veel beter op de taak toegesneden zijn dan onder invloed van de orgaantheorie wordt beweerd. Deze hypothese speelde een belangrijke rol bij de indeling van het werk, en bij de keuze van de behandelde onderwerpen.

Deel 1 onderzoekt welke juridische aanspraken de orgaantheorie in een hedendaagse rechtswetenschap moet maken, om als rechtsdogmatische grondslag voor deelname van rechtspersonen aan het rechtsverkeer te kunnen doorgaan.⁴³ Organieke incarnatie is vandaag geen uitspraak over de fysieke werkelijkheid, maar valt evenmin rechtstreeks uit de positiefrechtelijke teksten af te leiden. Dit leidt tot het besluit dat de orgaantheorie een *juridische constructie* is, en ook

⁴² P. Taelman, "Het optreden in rechte van (privaatrechtelijke) entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid en rechtspersonen voor de judiciële rechtscolleges" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 64; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 547 e.v.; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 696; J. VAN RYN, *Principes*, I, 260.

⁴³ Zie *infra* p. 13 e.v.

als zodanig moet worden getoetst. Dit is belangrijk, omdat het de richting aangeeft voor wat volgt. Het laat toe heel wat retorische complicaties omtrent organieke incarnatie aan de kant te laten, en de onderliggende mechanismen uitdrukkelijk te toetsen aan het meer eenvoudige verklaringsmodel dat het klassieke privaatrecht biedt.

Vooraleer die oefening frontaal kan aanvangen in rechtspersoonlijk verband, moesten drie pijnpunten uit het klassieke privaatrecht worden uitgeklaard. Dit gebeurt in **Deel 2**.⁴⁴ Het gaat meer bepaald om de verhouding tussen vertegenwoordiging en lastgeving⁴⁵, de verhouding tussen vertegenwoordiging en buitencontractuele aansprakelijkheid⁴⁶, en de verhouding tussen lastgeving en aanstelling en de rol van de “feitelijke” gezagsverhouding daarin.⁴⁷ Dit zijn drie probleemgebieden die de vlotte inpassing van de onderzochte rechtspersoonlijke fenomenen gemeenrechtelijk lijken te bemoeilijken, en de perceptie dat de orgaantheorie als constructie een noodzakelijke meerwaarde biedt, voeden. In dit deel blijkt dat deze problemen minder groot zijn dan soms gedacht.

Deel 3 is gewijd aan toerekening van rechtshandelingen.⁴⁸ Kan ons privaatrechtelijk systeem voor “gewilde” deelname van rechtspersonen aan het rechtsverkeer – dus via rechtshandelingen – beter begrepen worden door de bril van orgaantheorie en organieke incarnatie dan op grond van gemeenrechtelijke vertegenwoordiging via lastgeving? Het eerste hoofdstuk stelt vast dat de orgaantheorie in zijn moderne vorm geen uitdaging meer vormt voor vertegenwoordiging in het algemeen.⁴⁹ Maar als organiek optreden gewoon vertegenwoordiging mag heten, komt lastgeving nadrukkelijk in beeld als grondslag voor de vertegenwoordigingsverhouding. In het tweede hoofdstuk wordt toegelicht dat de lastgevingskwalificatie *prima facie* bijzonder goed steek houdt.⁵⁰ Het derde hoofdstuk⁵¹ weerlegt dan vier voornamelijk bezwaren hiertegen: de rol van niet-vertegenwoordigingsprestaties in de bestuursopdracht⁵², de rol van de wet⁵³, het regime van derdenwerking rond benoeming en beëindiging van het bestuursmandaat⁵⁴, en het regime van derdenwerking rond beperkingen aan de bestuursbevoegdheid.⁵⁵ Het besluit luidt dat wat toerekening van rechtshandelingen betreft, de orgaantheorie als juridische constructie op fundamenteel niveau geen rechtsdogmatische meer-

⁴⁴ Zie *infra* p. 71 e.v.

⁴⁵ Zie *infra* p. 75 e.v.

⁴⁶ Zie *infra* p. 89 e.v.

⁴⁷ Zie *infra* p. 127 e.v.

⁴⁸ Zie *infra* p. 171 e.v.

⁴⁹ Zie *infra* p. 175 e.v.

⁵⁰ Zie *infra* p. 187 e.v.

⁵¹ Zie *infra* p. 241 e.v.

⁵² Zie *infra* p. 242 e.v.

⁵³ Zie *infra* p. 247 e.v.

⁵⁴ Zie *infra* p. 262 e.v.

⁵⁵ Zie *infra* p. 281 e.v.

waarde biedt tegenover het meer eenvoudige verklaringsmodel dat bestuur als lastgeving opvat.⁵⁶

Deel 4 handelt over toerekening van onrechtmatige daden.⁵⁷ Het eerste hoofdstuk omschrijft nauwkeuriger de hedendaagse rol van de orgaantheorie in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht voor rechtspersonen.⁵⁸ Zij speelt enkel bij foutaansprakelijkheid naar aanleiding van bestuurshandelen een rol. Over objectieve aansprakelijkheid heeft het leerstuk vandaag niets zinnigs meer te zeggen. Het tweede hoofdstuk onderzoekt de centrale aanspraak van de orgaantheorie: foutief bestuursoptreden leidt via organieke incarnatie tot eigen foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon, en niet via artikel 1384, lid 3 B.W. tot objectieve aansprakelijkheid voor andermans daad.⁵⁹ Dit bracht het tot in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Nochtans blijkt zelfs dit koninginnenstuk, indien het uitdrukkelijk als juridische constructie wordt getoetst, geen stand te houden. Bovendien is het *de lege lata* heel wat makkelijker bestuurders als aangestelden in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. te kwalificeren dan onder invloed van de orgaantheorie wordt voorgehouden. Verwerping van de orgaantheorie, zelfs voor foutief bestuursgedrag, laat dan in het derde hoofdstuk toe twee interessante probleemgebieden in nieuw perspectief te zien⁶⁰: de mogelijkheid van eigen foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon *zonder* orgaantheorie enerzijds, en het regime van persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders anderzijds. In het vierde en laatste hoofdstuk wordt dan kritisch ingegaan op de nieuwste poging tot herconceptualisering van het buitencontractuele aansprakelijkheidsregime in rechtspersoonlijk verband: toerekening via verkeersopvattingen.⁶¹

In het **algemeen besluit**⁶² wordt de onderzoeksvraag negatief beantwoord. Als juridische constructie getoetst, kan de orgaantheorie zich niet handhaven als grondslag voor toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden naar aanleiding van het optreden van bestuursorganen in rechtspersonen van privaatrecht. Zij slaagt er niet in zich zinvol te onderscheiden van het juridische kader dat het klassieke privaatrecht hiervoor aanbiedt. Dit laatste blijft het meest zinvolle prisma om de positieve rechtsstof in dit rechtsdomein te begrijpen. Contractueel zijn bestuurders lasthebbers die de rechtspersoon vertegenwoordigen. Buitencontractueel brengen zij, binnen een ruimer gemeenrechtelijk regime, zijn aansprakelijkheid als aansteller in het gedrang. De werkhypothese waarmee het onderzoek startte, werd daarmee bevestigd.

⁵⁶ Zie *infra* p. 313 e.v.

⁵⁷ Zie *infra* p. 315 e.v.

⁵⁸ Zie *infra* p. 319 e.v.

⁵⁹ Zie *infra* p. 331 e.v.

⁶⁰ Zie *infra* p. 449 e.v.

⁶¹ Zie *infra* p. 511 e.v.

⁶² Zie *infra* p. 563 e.v.

DEEL 1

**DE ORGAANTHEORIE ALS
JURIDISCHE CONSTRUCTIE**

10. In dit deel komt in hoofdzaak de orgaantheorie zelf aan het woord. Haar aanspraken worden zowel historisch als thematisch gekaderd, en er wordt verduidelijkt waarom zij, op haar eigen termen, grote belofte inhoudt voor de rechtspersoonlijke rechtsdogmatiek (*infra* Hoofdstuk 2). Daartoe moet echter eerst kort het onderscheid worden verduidelijkt tussen generiek gebruik van het orgaanbegrip *lato sensu* en formele orgaantheorie *stricto sensu* (*infra* Hoofdstuk 1). Het is immers de orgaantheorie als juridische toerekeningsconstructie die ons interesseert, daar waar gebruik van het orgaanbegrip tot op zekere hoogte terminologisch contingent is. Tot slot van dit deel, wordt de orgaantheorie een eerste maal geproblematiseerd (*infra* Hoofdstuk 3). De constructie blijkt op een *petitio principii* te berusten en daardoor weinig *prima facie* bewijswaarde te hebben.

HOOFDSTUK 1

NOODZAAK VAN HET ONDERSCHIED TUSSEN ORGAANBEGRIIP *LATO SENSU* EN ORGAANTHEORIE *STRICTO SENSU*

11. Voor een goed begrip van de orgaantheorie moet eerst een misverstand uit de weg wordt geruimd. Orgaantheorie staat niet gelijk met gebruik van het begrip *orgaan*. Er is een onderscheid tussen het generieke orgaanbegrip als grotendeels terminologische keuze (*infra* 1), en de orgaantheorie als juridische constructie die aan het orgaanbegrip een specifieke technische invulling geeft (*infra* 2).

1. ORGAANBEGRIIP *LATO SENSU*: GANGBARE TERMINOLOGIE

12. Op de vraag hoe de rechtspersoon aan het rechtsverkeer deelneemt, luidt in de Belgische rechtspraak en rechtsleer het antwoord vrij algemeen: via zijn organen.

[L]'être moral ne peut agir qu'à l'intervention des personnes physiques, ses organes.⁶³

De natuurlijke personen, door middel waarvan de rechtspersoon zijn rechten uitoefent, noemt men de organen van de rechtspersoon.⁶⁴

[L]a personne morale vit et agit par l'intermédiaire d'organes.⁶⁵

[La personne morale] ne peut agir que par ses organes qui sont le support à la fois de l'expression de sa volonté, activement et passivement, et de ses moyens d'actions.⁶⁶

Analoge uitspraken vindt men bij heel wat hedendaagse auteurs.⁶⁷

⁶³ R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 31 mei 1957, *Pas.* 1957, I, 1185.

⁶⁴ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (ed.), *Beginnselen van Belgisch privaatrecht*, I, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 148.

⁶⁵ H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 637.

⁶⁶ P. VAN OMMEFLAGHE, "La théorie de l'organe: évolutions récentes", 765.

⁶⁷ Zie onder meer: A. COIBION, "Responsabilité extracontractuelle des administrateurs ou gérants: retour à une interprétation orthodoxe de la théorie de l'organe", noot bij Cass. 20 juni

13. Met zo een grote – zij het oppervlakkige – eensgezindheid, is het merkwaardig vast te stellen dat de wet het orgaanbegrip tot voor kort zelden of nooit in de mond nam. Het Burgerlijk Wetboek van 1804 zweeg in alle talen over rechtspersoonlijkheid, dus zeker over organen van rechtspersonen. Het Wetboek van Koophandel van 1807 herhaalde die prestatie kort nadien. Een uitdrukkelijke verwijzing naar rechtspersoonlijkheid deed zijn wettelijke intrede met de wet van 18 mei 1873 op de handelsvennootschappen, die de betrokken titel in het Wetboek van Koophandel kwam vervangen.⁶⁸ Artikel 2 van deze wet bepaalt dat de vijf daarin opgesomde soorten handelsvennootschappen een “*individualité juridique distincte de celle des associés*” vormen. Maar ook in deze wet blijft het naar het begrip “orgaan” vruchteloos zoeken.⁶⁹ De wet bevat wel een uitdrukkelijk in actieve vorm geformuleerd artikel over het “optreden” van vennootschappen: artikel 13 Venn.W. bepaalt dat vennootschappen handelen door hun zaakvoerders of bestuurders. De VZW-wet van 27 juni 1921⁷⁰ bevat geen gelijkaardige bepaling. Maar in artikel 14 staat te lezen dat de vereniging aansprakelijk is voor de “*misgrepen die kunnen toegeschreven worden, hetzij aan hare aangestelden, hetzij aan de organen, waardoor haar wil wordt uitgevoerd*”. In de vennootschapswetgeving zelf is het voor een uitdrukkelijke verwijzing naar het orgaanbegrip wachten tot de omzetting van de eerste Europese vennootschappenrichtlijn van 1968⁷¹, hoewel die verwijzing zelfs dan nog bijzonder beperkt is.⁷² Met wetswijzigingen in 1984⁷³ en 1991⁷⁴ kwamen er nog enkele voorbeeldjes bij. In 1995 vervolgens,

2005, T.B.H. 2006, 421; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, III dln., Brussel, Bruylant, 1954-1955, I, 47; J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 3e uitgave, Diegem, Story-Scientia, 1997, 311; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Brussel, Bruylant, 2004, 201; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 533; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, 693; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, 554; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 713; J. VAN RYN, *Principes*, I, 258.

⁶⁸ Wet van 18 mei 1873 op de handelsvennootschappen, B.S. 25 mei 1873. De gezaghebbende bundeling van de parlementaire voorbereiding van de Vennootschappenwet is J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales en Belgique*, Brussel, Bruylant, 1878, 572 p.

⁶⁹ Verslaggever van de Kamercommissie E. PIRMEZ neemt het *in extremis* wel in de mond tijdens een tussenkomst in de Kamer. Zie hierover *infra* p. 228 e.v.

⁷⁰ Wet van 27 juni 1921 waarbij aan de vereniging zonder winstgevend doel en aan de instellingen van openbaar nut rechtspersoonlijkheid wordt verleend, B.S. 1 juli 1921.

⁷¹ Eerste Richtlijn van de Raad 68/151/EEG van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van art. 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, P.B. L. 14 maart 1968, afl. 65, p. 8 (de “Eerste vennootschapsrichtlijn”). De Eerste vennootschapsrichtlijn werd in het Belgische recht omgezet door de wet van 6 maart 1973, B.S. 23 juni 1973.

⁷² Met name in art. 12 (over een aantal openbaar te maken gegevens die “*in een door de bevoegde organen van de vennootschap ondertekende verklaring*” moeten worden vermeld) en art. 13 (over de niet-tegenwerpbaarheid aan derden van een onregelmatigheid in de benoeming van “*personen die als orgaan van de vennootschap bevoegd zijn om deze te verbinden*”).

⁷³ Wet van 5 december 1984, B.S. 12 december 1984.

⁷⁴ Wet van 18 juli 1991, B.S. 26 juli 1991.

kende het aantal verwijzingen naar het orgaanbegrip een exponentiële groei, in hoofdzaak door een consequent gebruik, in de nieuwe afdelingen over fusie, splitting en inbreng van algemeenheid of bedrijfstak, van de generieke term “bestuursorgaan” om in één beweging te kunnen verwijzen naar alle vennootschappen die bij dit soort verrichtingen betrokken kunnen zijn.⁷⁵ Maar ook dan nog viel er niet aan voorbij te gaan dat in geen enkele van de kernbepalingen van de Vennootschappenwet over “organieke” structuur, bevoegdheid of aansprakelijkheid, het begrip “orgaan” werd gebruikt.

14. Pas in 1999 komt hier met het Wetboek van Vennootschappen verandering in.⁷⁶ Voortaan handelen vennootschappen niet langer *door hun zaakvoerders of bestuurders* (art. 13 Venn.W.), maar *door hun organen* (art. 61 W.Venn.). Deze bepaling werd ondergebracht in een titel genaamd “Organen” in boek IV dat betrekking heeft op bepalingen gemeenschappelijk aan alle rechtspersonen geregeld in het Wetboek. Een afzonderlijke hoofding “Organen” duikt ook op in de respectieve delen gewijd aan de BVBA, de CV en de NV. Gebruik van het orgaanbegrip wordt daarnaast verder gestroomlijnd.

De wettekst komt zo meer in overeenstemming met een terminologie die gangbaar was geworden in rechtspraak en rechtsleer. Maar voor de onderzoeksvraag van dit proefschrift valt hier niet zo heel veel uit af te leiden. De orgaantheorie is immers een *toerekeningstheorie* die geen genoegen neemt met generiek gebruik van het orgaanbegrip *lato sensu*.

2. ORGAANTHEORIE IS MEER DAN GEBRUIK VAN HET ORGAANBEGRIP *LATO SENSU*

15. Op zich is het orgaanbegrip puur terminologie. In zijn meest algemene betekenis is “orgaan” eenvoudigweg de naam die kan worden geplakt op een onderdeel van een organisatiestructuur, op een functie binnen een organisatie.⁷⁷ De personen die deze functie vervullen, alleen of gezamenlijk, “orgaan” noemen, zegt op zich niets over de mechanismen die de toerekening van het optreden van die personen aan de rechtspersoon juridisch vorm geven. Zo begrepen, is het orgaanbegrip zelfs niet beperkt tot organisaties met rechtspersoonlijkheid. Ook in organisaties zonder rechtspersoonlijkheid kunnen “organen” in deze betekenis functioneren. Statuten van een feitelijke vereniging kunnen een hoofdstuk “organen” bevatten, en noch taalkundig, noch juridisch valt hier veel tegen in te bren-

⁷⁵ Wet van 13 april 1995, B.S. 17 juni 1995.

⁷⁶ Wet van 7 mei 1999 houdende het Wetboek van Vennootschappen, B.S. 6 augustus 1999 (W.Venn.).

⁷⁷ G. CORNU (ed.), *Vocabulaire juridique*, Parijs, PUF, 1987, 550 (onder *organe*, 1°); V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 713.

gen. Maar opnieuw zegt dit op zich niets over de wijze waarop de toerekening van het optreden van de personen die deze organen bevolken, aan de organisatie wordt gestroomlijnd.⁷⁸ Valérie SIMONART, één van de voornaamste hedendaagse pleitbezorgers van de orgaantheorie in België, geeft zelf aan dat veel van het hedendaagse gebruik van het orgaanbegrip, enkel deze algemene, generieke betekenis heeft.⁷⁹

16. De orgaantheorie van haar kant, heeft een veel specifiekere inhoud: “[elle] ne concerne que les organes au sens technique”.⁸⁰ Zij ontwikkelt een juridisch verhaal over hoe rechtspersonen “optreden”, met andere woorden hoe zij hun rechtspersoonlijkheid in het rechtsverkeer operationaliseren.⁸¹ Centraal hierin staat een eigen toerekeningstheorie *sui generis* die enkel zou gelden voor organen in de technische betekenis, en waarbij toerekening volgt uit *incarnatie* en *identificatie*. Organen zijn enkel die personen – of beter: entiteiten⁸² – die deze incarnatie vorm geven. De categorie wordt volledig bepaald *via* het geconceptualiseerde toerekeningsmechanisme. Dit organieke toerekeningsmechanisme zou dan haaks staan op de gemeenrechtelijke mechanismen van onder meer vertegenwoordiging, lastgeving en aanstelling. De orgaantheorie geeft het orgaanbegrip dus een specifieke invulling. Maar die invulling volgt niet noodzakelijk uit gebruik van het orgaanbegrip *lato sensu*. Dat moderne bronnen vaak naar organen verwijzen, betekent niet noodzakelijk dat zij ook de *orgaantheorie* onderschrijven (ook al wordt impliciet vaak gedacht van wel). Zo is het niet tegenstrijdig bestuurders van een NV lasthebbers van de NV te noemen, wier rechtshandelingen de rechtspersoon worden toegerekend via conventionele vertegenwoordiging (wat door de orgaantheorie met klem wordt ontkend), en toch de raad van bestuur *orgaan* van de rechtspersoon te noemen. Het orgaanbegrip is hier eenvoudigweg een etiket, een “*wat meer kleurrijke omschrijving van een bepaald geval van vertegenwoordiging*”.⁸³ Het is niet omdat je het orgaanbegrip gebruikt, dat je automatisch de orgaantheorie onderschrijft. Evenmin moet wie de orgaantheorie verwerpt, meteen het orgaanbegrip overboord te gooien.⁸⁴ Voor de orgaantheorie anderzijds, is het “echte” orgaanbegrip onderdeel van een ruimere juridische constructie die

⁷⁸ Waarbij, in tegenstelling tot bij rechtspersonen, de toerekening *in fine* aan natuurlijke personen zal gebeuren.

⁷⁹ V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 720.

⁸⁰ V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 720 (zie ook p. 713).

⁸¹ Dit verhaal komt uitgebreid aan bod *infra* p. 23 e.v.

⁸² Zie hierover *infra* p. 66 e.v.

⁸³ F. LÖWENSTEYN, *Over het rechtmatig en onrechtmatig “handelen” van de naamloze vennootschap*, Amsterdam, Scheltema & Holkema, 1965, 4. Deze auteur is echter van oordeel dat, gelet op de historische contaminatie, het orgaanbegrip niet meer gered kan worden van de orgaantheorie: F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1959, 90.

⁸⁴ M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, 25. Anders: F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 90.

gebruikt maakt van een specifiek toerekeningsmechanisme: organieke incarnatie.

In het volgende hoofdstuk blijkt, dat dit mechanisme voor de rechtsdogmatiek van de rechtspersoon *prima facie* grote belofte inhoudt.

HOOFDSTUK 2

DE BELOFTE VAN DE ORGAANTHEORIE

17. Veelvuldig gebruik van het orgaanbegrip zegt dus niet noodzakelijk iets over de positiefrechtelijke status van de *orgaantheorie*. In volgende delen komt aan bod dat de orgaantheorie helemaal niet de centrale rol speelt die haar wordt toegedicht.⁸⁵ Maar minstens *prima facie* is het onvermijdelijk te starten met een analyse van de orgaantheorie zelf. Zij heeft zich immers minstens in de geesten weten nestelen als de rechtsdogmatische hoeksteen voor het optreden van rechtspersonen in het rechtsverkeer.

En de orgaantheorie houdt op dit vlak grote belofte in. In de opvatting van haar aanhangers is zij inherent aan het rechtspersoonlijkheidsbegrip.⁸⁶ Enkel dankzij de orgaantheorie is het mogelijk dat rechtspersonen functioneren en zich uitdrukken in het maatschappelijke verkeer.⁸⁷ Dit zou een grote stap vooruit zijn in vergelijking met de klassieke mechanismen van ons privaatrecht, zoals vertegenwoordiging, lastgeving en aanstelling.⁸⁸ Er wordt wel vaker geklaagd over de vermeend “*fundamentele moeilijkheid om rechtspersonen en andere organisaties in te passen in het klassiek burgerlijk recht, ontwikkeld op maat van mensen van vlees en bloed*”.⁸⁹ De orgaantheorie belooft dit klusje te klaren, en de toerekening van rechten en verbintenissen aan de rechtspersoon mogelijk te maken op een wijze die zowel rechtsdogmatisch coherent als beleidsmatig opportuun is.

In het volgende hoofdstuk wordt een eerste aanzet gegeven tot problematisering van de orgaantheorie (*infra* Hoofdstuk 3). Maar in dit hoofdstuk laten we haar eerst zelf haar verhaal doen. Omdat zij van oorsprong een constructie is van

⁸⁵ Zie *infra* Deel 3 voor rechtshandelingen (p. 171 e.v.) en Deel 4 voor onrechtmatige daden (p. 315 e.v.).

⁸⁶ V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 713 en 731; P. VAN OMMESELAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765.

⁸⁷ V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 731; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 693.

⁸⁸ Het is gebruikelijk de orgaantheorie aan de man te brengen als een nieuwe (lees: betere) manier om het optreden van rechtspersonen juridisch te grondvesten, dan de 19e-eeuwse nadruk op de gemeenrechtelijke technieken. Zie onder meer: P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Langres, Imprimerie Moderne, 1950, 310; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 637; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 1e uitgave, XIV dln., Parijs, L.G.D.J., 1925-1934, I, 95; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 715 e.v.; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 695.

⁸⁹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 755. Zie ook: J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 165.

de rechtsleer⁹⁰, gebeurt dit aan de hand van de uiteenzetting die haar pleitbezorgers in de rechtsleer er zelf van hebben gegeven. Hiertoe wordt de opkomst van de orgaantheorie eerst historisch gekaderd (*infra* 1). Nadien worden haar kernaanspraken thematisch geduid (*infra* 2).

1. OPKOMST VAN DE ORGAANTHEORIE

18. De meeste auteurs die aan deze vraag enige aandacht besteden, zoeken de oorsprong van de orgaantheorie doorgaans in de 19e-eeuwse Duitse doctrine, en in het bijzonder in het werk van Otto von GIERKE.⁹¹ De keuze van ijkpunten in een ideeëngeschiedenis is altijd tot op zekere hoogte contingent. Zelden ontstaat iets uit het niets.⁹² Maar het is ongetwijfeld GIERKE die de orgaantheorie voor het eerst als uitgewerkt rechtsdogmatisch systeem in een voor de moderne lezer herkenbaar vorm heeft gepresenteerd. Er zijn geen aanwijzingen – zeker in het Frans-Belgische rechtssysteem – dat hier voor GIERKE sprake van zou zijn geweest.⁹³

⁹⁰ M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, 16; H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, 537-538; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 695. Zie hierover ook *infra* p. 61 e.v.

⁹¹ N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, 40; H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, 536; F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 88; G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, Doctoraal proefschrift Nancy II, 1977, 115; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 133 (voetnoot 1); T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, 695; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 761 P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765. Vergelijk: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 361.

⁹² GIERKE zelf verwijst naar zijn leermeester Georg BESELER als bron van zijn ideeën: O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, Berlijn, Weidmannsche Buchhandlung, 1887, 1 (en zie ook de opdracht).

⁹³ Dit betekent niet dat er geen sporadische verwijzingen naar het orgaanbegrip zijn aan te treffen. Alleen is dit dan steeds in (soms wisselende) niet-technische betekenis. Meer zelfs: het begrip “orgaan” lijkt eerder een beeld dat soms gebruikt wordt om vertegenwoordiging via lastgeving kleur te geven. Zie bijvoorbeeld in de voorbereiding van het Burgerlijk Wetboek, het Verslag TARRIBLE over de lastgeving: “[le mandataire] fait l’affaire de son commettant, d’après les intentions tracées dans le mandat; il n’est que le simple organe de ce même commettant” (J. J. LOCRIÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle ou Commentaire et complément des codes français*, XVI dln., Brussel, H. Tarlier, 1836-1838, VII, 379-380; onderstreping toegevoegd). Zie ook zijn afsluitende woorden op p. 383: “J’ai rempli moi-même le mandat qui m’a été confié par la section de législation (...). La section de législation vous propose, par mon organe, l’adoption du projet de loi” (onderstreping toegevoegd). Zie ook, bij POTHIER: “Il est d’abord de la nature de chaque corps d’avoir un ou plusieurs procureurs, par l’organe desquels ils puissent faire ces choses. (...) Le procureur des corps et communautés est ordinairement le syndic (...). Le fait du syndic est censé le fait du corps” (R.-J. POTHIER, *Œuvres de R.-J. Pothier, contenant les traités du droit français*, uitgave verzorgd door DUPIN, VIII dln., Brussel, H. Tarlier e.a., 1829-1834, V, p. 196 (*Traité des personnes et des choses*, titel VII); onderstreping toegevoegd). Zie verder ook: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXXIII dln., Brussel, Bruylant, 1869-1878, XXVIII, 52 (en zie ook p. 54); *Pandectes belges*, “Mandat (contrat de)”, deel 61 (1898), 1075 (nr. 2812).

In het grote rechtspersoonlijksdebat van het einde van de 19e en het begin van de 20e eeuw was GIERKE dé exponent van de realiteitstheorie, en zijn orgaantheorie moet hierin worden gekaderd (*infra* 1.1). Zijn werk werd in het kader van dit debat druk becommentarieerd door een aantal Franse auteurs van die tijd⁹⁴, en raakte op die manier in Frankrijk gerecipeerd (*infra* 1.2). Wellicht via deze omweg vond het vervolgens zijn weg naar België (*infra* 1.3).

1.1. GIERKE

19. Centraal in GIERKE's werk staat zijn poging om de Germaanse rechtstraditie te rehabiliteren tegenover de in zijn tijd in Duitsland dominante school der Romanisten, en dan vooral Friedrich Carl von SAVIGNY.⁹⁵ Voor SAVIGNY was de rechtspersoon een juridische fictie, een “*fingierte Person*”, een “*künstliche Einheit*” die enkel door het staatsgezag in het leven kon worden geroepen.⁹⁶ Tegenover deze *fictieleer* plaatste GIERKE de rechtspersoon als “werkelijke en volle” en “niet louter verzonnen” persoon, op gelijke hoogte met het individu.⁹⁷ Net zomin als de individuele persoon is de rechtspersoon een “kunstmatige” schepping van het recht,

Over gebruik van het orgaanbegrip door PIRMEZ in 1872 tijdens de parlementaire voorbereiding van de Vennootschappenwet van 1873, zie *infra* p. 228 e.v.

⁹⁴ Het standaardwerk in dat verband is L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, 131 e.v. (de eerste editie dateert van 1906; verwijzingen zijn, behoudens anders aangegeven, naar de 3e editie). Zie daarnaast onder meer: A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Parijs, Rousseau, 1899, in hoofdzaak p. 193 e.v. en 211 e.v., maar met doorheen het hele werk verwijzingen naar Gierke (zie de 50-tal paginareferenties in het trefwoordenregister onder “Gierke”); R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 2e uitgave, Parijs, Rousseau, 1922 (eerste uitgave 1910), met doorheen het hele werk verwijzingen naar Gierke (zie opnieuw de bijna 50 paginareferenties in het trefwoordenregister onder “Gierke”).
⁹⁵ SAVIGNY's rijke denken valt weliswaar niet te reduceren tot pleitbezorgerschap voor Romeins-rechtelijke oplossingen: zie B. BOUCKAERT, *De exegetische school*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 407. GIERKE koos hem echter inzake rechtspersoonlijkheidstheorie zeer duidelijk als voorname “Romanistische” tegenstander. Zie bijvoorbeeld: O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 603 e.v. (met bijzondere aandacht in noot 1 op p. 604); O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, (onveranderde herdruk uit 1895), I, *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, München, Verlag von Duncker & Humblot, 1936, I, 463-464. Historici zijn vandaag van oordeel dat GIERKE die tegenstelling tussen het “geleerde” Romeinse recht en de Germaanse volkstraditie grotendeels kunstmatig geconstrueerd heeft: A. BLACK, “Editor's introduction”, xxix.

⁹⁶ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, VIII dln., Berlin, Veit und comp., 1840-1849, I, 236-241 (fictieve persoon) en 275-280 (noodzakelijke rol van de staat).

⁹⁷ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 470. Het betreft hier een onveranderde herdruk van het oorspronkelijk in 1895 gepubliceerde eerste deel van GIERKE's onvoltooide overzichtswerk van het Duitse privaatrecht. Het wetenschappelijke *magnum opus* van GIERKE is ongetwijfeld het vierdelige *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, gepubliceerd tussen 1868 en 1913 (O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, IV dln., Berlin, Weidmannsche Buchandlung, 1868-1913). Het is een zeer rijk geschakeerd werk dat recht, geschiedenis en filosofie overspant, maar dat zich door de idiosyncratische (Hegeliaans geïnspireerde) structuur en inhoudelijke langdradigheid minder makkelijk leent tot gebalde verwijzingen naar de juridische kernideeën van GIERKE's leer. Daarvoor zijn *Deutsches Privatrecht* en, specifiek

maar net zoals de persoonlijkheid van het individu bestaat hij maar in zoverre het recht die erkent.⁹⁸

20. Op het vlak van de toerekeningstheorie trekt GIERKE de lijn door. SAVIGNY had in feite de rechtspersoon handelingsonbekwaam verklaard.⁹⁹ Rechtspersonen waren weliswaar (vermogensrechtelijk) rechtsbekwaam¹⁰⁰, maar de meeste rechten en plichten kunnen slechts door “handelingen” verworven worden en deze handelingen vooronderstellen net een “denkend en willend” wezen, dus “*einen einzelnen Menschen*”.¹⁰¹ Deze “innerlijke tegenspraak” van een rechtssubject dat bekwaam is rechten te hebben maar niet ze zelf te verwerven, brengt rechtspersonen in een positie die op juridisch vlak gelijkaardig is aan die van “*Unmündigen und Wahnsinnigen*”.¹⁰² Deze tegenspraak kan maar opgelost worden door de “kunstmatige instelling” der vertegenwoordiging.¹⁰³ Rechtspersonen kunnen maar aan het “werkelijke leven” deelnemen via een in statuten gegroundveste regelmatige vertegenwoordigingsstructuur.¹⁰⁴ Het is dankzij de overeenkomsten die deze statutaire vertegenwoordigers sluiten dat rechtspersonen vorderingen verwerven en schulden aangaan.¹⁰⁵ Maar waar het misdrijven en “delicten” betreft, is dit soort vertegenwoordiging uitgesloten.¹⁰⁶ De reden hiervoor wordt door SAVIGNY nooit uitdrukkelijk uitgeklaard, maar heeft te maken met de zeer intiem met de menselijke psychologie vervlochten kernbegrippen uit het straf- en aansprakelijkheidsrecht als *dolus* en *culpa*.¹⁰⁷ Deze vereisen een mentale gesteldheid (“*Gesinnung*”) die bij rechtspersonen niet kan bestaan.¹⁰⁸

voor rechtspersoonlijkheid en orgaantheorie, het uit 1887 daterende *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtssprechung*, interessanter.

⁹⁸ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 471.

⁹⁹ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, 282.

¹⁰⁰ De “Vermögensfähigkeit”, de bekwaamheid drager te zijn van (vermogens)rechten en (-)plichten behoort tot het wezen van de rechtspersoon: F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, 236-237.

¹⁰¹ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, 282. Zie echter voor de “minder talrijke en belangrijke” verbintenissen die zonder willen en handelen verworven worden: p. 294.

¹⁰² F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, 282.

¹⁰³ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, 283.

¹⁰⁴ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, 324.

¹⁰⁵ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, 294.

¹⁰⁶ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, 312 e.v. (misdrijven) en 317 e.v. (delicten).

¹⁰⁷ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, p II., 312 en 317. In deze passages echter, doet SAVIGNY op de keper beschouwd niets anders dan de niet-toepasselijkheid van de fictieve toerekening postuleren. Een verklaring voor het onderscheid met verbintenissen uit rechtshandeling krijgt men niet. Zie hierover ook: I. VAN CREVELD, *Aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor onrechtmatige daden volgens privaatrecht*, Amsterdam, Van Creveld & Co, 1912, 60 e.v.

¹⁰⁸ Historisch interessant is m.i. de vraag of dit klassiek Savigniaanse standpunt niet meer in de specifieke context van het 19e-eeuwse Duitse aansprakelijkheidsrecht moet worden gekaderd. Dit leunde (althans in theorie) nog sterk aan bij de Romeinsrechtelijke *actiones* (zeker zoals het

21. GIERKE bestrijdt de Savigniaanse theorie op bijna elk punt. Om te beginnen is de rechtspersoon handelingsbekwaam:

“Sie ist kein todtes Begriffsding, das der Vertretung durch andere Personen bedarf, sondern ein lebendiges Wesen, das als solches will und handelt”¹⁰⁹

Om deze handelingsbekwaamheid te operationaliseren, om te zetten in een optreden dat tot toerekening van rechten en verbintenissen kan leiden, heeft de rechtspersoon weliswaar organen nodig die uit mensen bestaan. Maar via het optreden van deze organen openbaart de rechtspersoon zich *op directe wijze* in het maatschappelijke leven, net zoals de natuurlijke persoon door de woorden die hij uitsprekt of de bewegingen van zijn hand.¹¹⁰ Dit is geen vertegenwoordiging in de eigenlijke zin, wel “uitbeelding van het geheel door een deel”.¹¹¹ Wat een orgaan binnen zijn functie doet of niet doet, is een handeling of nalaten van de rechtspersoon zelf:

“Das Wollen oder Nichtwollen der Körperschaft bestimmt sich durch die Entfaltung des Gemeinwillens in den Beschlüssen und Entschlüssen der hierzu berufenen Willensorganen”.¹¹²

systeem werd uiteengezet door SAVIGNY), met zijn groot aantal individuele en casuïstische aansprakelijkheidsgronden met eigen toepassingsvoorwaarden en vaak nog een (zij het in belang afnemend) luik *private bestraffing* (F.C. VON SAVIGNY, *Das obligationenrecht*, II dln., Berlin, Veit und comp., 1851-1853, II, 293 e.v.). Zo had bijvoorbeeld de aquiliaanse vordering in theorie (veel minder in de praktijk) als toepassingsvoorwaarden: de schuldige, onrechtmatige beschadiging van een zaak door een positieve daad (H. COING, *Europäischer Privatrecht*, II dln. (deel I: *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*; deel II: *19. Jahrhundert*), München, C.H. Beck'sche verlagsbuchhandlung, 1985-1989, II, 518. Extrapoleren naar een systeem met *clausula generalis* (art. 1382-1383 B.W.) moet wellicht een stuk omzichtiger gebeuren dan later gangbaar werd. Als SAVIGNY de rechtspersoon *deliktsonbekwaam* verklaart, had hij niet noodzakelijk ons integraal 1382-bereik (laat staan het volledige buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht) voor ogen. Zo is bijvoorbeeld bij SAVIGNY duidelijk dat de rechtspersoon kan aangesproken worden voor schade als gevolg van loutere rechtsschending, een materie die hij buiten het deliktsrecht plaatst. De rechtsschending heeft een “*blos materielle Natur*” los van de concrete “*Gesinnung*” van de overtreder: F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, 312. Zie hierover ook: F.C. VON SAVIGNY, *Das obligationenrecht*, II, 292-295.

¹⁰⁹ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 472. Vrije vertaling: “Hij is geen dood begripsding dat vertegenwoordiging door andere personen nodig heeft, maar een levend wezen dat als zodanig wil en handelt”. Deze wils- en handelingsbekwaamheid van de rechtspersoon is een “in en met zijn persoonlijkheid gegeven werkelijkheid”: O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 608.

¹¹⁰ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 472.

¹¹¹ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 472. Zie ook: O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 622-623 en 625.

¹¹² O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 518. Vrije vertaling: “Het willen of niet-willen van de rechtspersoon krijgt inhoud doordat de gemeenschapswil zich in de besluiten van de daartoe bevoegde wilsorganen ontplooit”. Zie ook: O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 624-625.

Daarnaast kunnen weliswaar ook “gewone” vertegenwoordigers voor de rechtspersoon handelen, indien zij van een bevoegd orgaan vertegenwoordigingsbevoegdheid kregen. Dit is echter vertegenwoordiging van één persoon (de rechtspersoon) door een ander persoon (de vertegenwoordiger), wat voor GIERKE fundamenteel verschilt van het eigen optreden van de rechtspersoon via organen.¹¹³

22. GIERKE heeft dan ook weinig moeite met de aansprakelijkheid van rechtspersonen voor onrechtmatige daden. Zij vloeit rechtstreeks voort uit de algemene theorie: de rechtspersoon kan willen en handelen, dus kan hij evengoed wederrechtelijk willen en handelen.¹¹⁴ Wat een orgaan binnen zijn bevoegdheidsdomein foutief doet of nalaat, is foutief optreden van de rechtspersoon zelf.¹¹⁵ GIERKE maakt hier weerom een scherp onderscheid met aansprakelijkheid voor andermans daad. Net als elk natuurlijk persoon, kan ook de rechtspersoon onder omstandigheden aansprakelijk zijn voor andermans daad, in het bijzonder voor de fouten van aangestelden. Maar de algemene regel der schuldaansprakelijkheid die bij organiek optreden tot aansprakelijkheid “*aus eigenem Verschulden*” leidt, is hiervan fundamenteel te onderscheiden.¹¹⁶

1.2. DE FRANSE RECEPTIE

23. Tegen het einde van de 19e eeuw beginnen GIERKE’s ideeën ook in Frankrijk door te sijpelen. De Engelse rechtshistoricus F.W. MAITLAND, zelf een sympathisant van GIERKE, schreef in 1900 al:

“French lawyers have been conservative, and Savignianism was in harmony with the spirit of the Codes; nevertheless the doctrine of the real group-will is finding disciples”.¹¹⁷

Symptomatisch hiervoor zijn de werken van Achille MESTRE (*infra* 1.2.1), Raymond SALEILLES (*infra* 1.2.2) en vooral Léon MICHOUDE (*infra* 1.2.3).¹¹⁸ De bijval

¹¹³ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 620-625; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 519.

¹¹⁴ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 748; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 528.

¹¹⁵ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 758; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 530.

¹¹⁶ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 533.

¹¹⁷ F.W. MAITLAND (ed.), *Political Theories of the Middle Ages by Otto Gierke*, p.xxvi.

¹¹⁸ Ook de keuze van deze auteurs is ietwat contingent. Dat MICHOUDE een cruciale rol gespeeld heeft in de verspreiding van GIERKE’s ideeën in het Frans-Belgische rechtssstelsel, zal niemand betwisten (P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765). In de aanloop naar MICHOUDE, is MESTRE veelbetekenend omdat hij al in zijn doctoraal proefschrift uit 1899 volop de kaart van GIERKE trekt, en SALEILLES, omdat zijn werk de gunstige receptie illustreert die deze nieuwe ideeën vervolgens ook bij gevestigde rechtsgeleerden kregen.

waarop de realiteitsleer en de orgaantheorie in de monografieën van deze auteurs kunnen rekenen, vindt vervolgens zijn weg naar de algemene handboeken en *traités* (*infra* 1.2.4).

1.2.1. *Mestre*

24. In zijn doctoraal proefschrift van 1899 toont MESTRE zich een vurig, zij het niet altijd even doordacht pleitbezorger van de inzichten van GIERKE. Ook bij MESTRE is de rechtspersoon even reëel als de menselijke persoon.¹¹⁹ Net als de menselijke persoonlijkheid, is de persoonlijkheid van groeperingen geen creatie van de staat, maar een natuurlijk gegeven.¹²⁰ Zij hebben een bestaan, een eigen wil en eigen organen waarmee ze op de werkelijkheid kunnen ingrijpen.¹²¹

Natuurlijk bestaan deze groeperingen uit individuele mensen, maar hun samengaan creëert een geheel dat groter is dan de som der delen. Om dit te illustreren, gebruikt MESTRE het volledige pallet lichtjes esoterisch aandoende beeldspraak dat zo typisch is voor de realiteitstheorie over rechtspersoonlijkheid:

“Comment se forme cette existence collective? Comment la vie du corps humain résulte-t-elle de la vie d’innombrables cellules; comment la vie sociale résulte-t-elle de la juxtaposition des individus? Ce problème mystérieux, c’est celui de l’origine et de la nature même de la vie sur lequel la science ne présente pas encore, et ne présentera peut-être jamais de solution définitive”.¹²²

Het mysterie van het leven voor rechtspersonen, dus. Een metafysisch schepingsverhaal lijkt hier niet meer veraf.¹²³

¹¹⁹ A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 147 (“des êtres réels, vivants, capables de vouloir et d’agir, doués par conséquent d’une volonté distincte”).

¹²⁰ “De par leur nature, ils sont aptes à être investis de droits; c’est-à-dire enfin, que, de par leur nature, ils sont des personnes”: A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 177. Zie ook p. 143: de corporatieve wil ontkennen staat gelijk met de individuele wil ontkennen.

¹²¹ A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 176-177.

¹²² A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 198. Zie verder bijvoorbeeld nog: p. 137 (de groepering is niet louter de optelling, maar eerder de vermenigvuldiging van individuele energieën); p. 197 (net zoals waterstof en zuurstof water vormen, veroorzaakt de combinatie van individuele elementen van een groepering noodzakelijkerwijze de creatie van een nieuwe individualiteit), p. 199 (“de la somme ou plutôt de la combinaison des volontés particulières, se dégage la volonté générale ou corporative: comme de la juxtaposition et de l’organisation des êtres vivants qu’on nomme cellules, se dégage un autre être vivant”). Gelijkaardige beeldspraak vindt men doorheen het werk.

¹²³ Om eerlijk te zijn met MESTRE mag worden vermeld dat de auteur – zij het vooral in soms ietwat *a posteriori* aandoende voetnoten – waarschuwt dat deze beeldspraak niet letterlijk moet worden genomen. Zie bijvoorbeeld p. 195 (noot 2); p. 200 (noot 2), p. 217-219 (waar echter een zekere tegenspraak ontstaat met eerdere uitspraken op p. 134 en 194). MESTRE valt aldus niet te brandmerken als aanhanger van de zuiver organicistische theorie, een ietwat obscure stroming die de groepering als reëel bestaand organisme in de biologische zin zag. Maar in het vuur van zijn betoog wordt de grens soms wel heel dun. De namen der auteurs die deze laatste

25. Rechtspersonen hebben organen nodig om extern te ageren.¹²⁴ Met verwijzing naar GIERKE noemt MESTRE het verschil tussen organiek optreden en tegenwoordiging fundamenteel.¹²⁵

“Le représentant est un individu qui veut à la place d’un autre, de sorte que la représentation suppose toujours deux personnes distinctes: un représentant et un représenté”.¹²⁶

(...)

“L’organe *incarne*, en quelque sorte, la volonté du groupe, qu’il exprime ou qu’il réalise; le représentant garde sa volonté propre et agit simplement pour le compte du représenté; c’est la volonté même de la personne morale qui anime l’organe; le représentant agit au contraire par lui-même, mais pour autrui”.¹²⁷

26. Ook wat onrechtmatige daden betreft, klinkt de echo van GIERKE nadrukkelijk. Uit de orgaantheorie volgt dat de rechtspersoon rechtstreeks aansprakelijk is op grond van artikel 1382 B.W. en niet, desgevallend, op grond van de aanspreekbaarheid van artikel 1384 lid 3 B.W.¹²⁸ Aangezien de groepering met rechtspersoonlijkheid een wil heeft en organen om deze uit te drukken, staat niets eraan in de weg dat de rechtspersoon zelf een onrechtmatige daad heeft gewild.¹²⁹

1.2.2. Saleilles

27. In zijn *De la personnalité juridique*, dat de neerslag vormt van een lessenreeks gegeven in het academiejaar 1907-1908, bekend ook SALEILLES, toen reeds een vooraanstaand hoogleraar, zich tot het realisme van GIERKE.¹³⁰ Weliswaar leest men bij SALEILLES duidelijk voorboden van de evolutie weg van het soort naïeve realiteitsvisie die bij MESTRE nog sterk doorschemert, en naar een meer juridisch-technische realiteitsopvatting zoals die bij MICHOUX echt doorbreekt: van de groepering als reëel persoon met een reële wil (zelf indien het ontbreken

stelling ten volle verdedigden, worden tegenwoordig voornamelijk als academisch curiosum in leven gehouden. Zie de bespreking bij: N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, 30-31; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, 33-34. In tegenstelling tot wat de bespreking bij SIMONART kan doen denken echter, is OTTO VON GIERKE niet zomaar in deze hoek te drummen.

¹²⁴ A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 211.

¹²⁵ A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 193.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 211-212. Onderstreping toegevoegd.

¹²⁸ A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 214.

¹²⁹ Vergelijk, inzake misdrijven, A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 245.

¹³⁰ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, onder meer 523, 589 en 608. Op deze pagina's is de verwijzing meest uitdrukkelijk, maar verder is heel het werk hiervan doordrongen.

van een organisch-biologisch substraat niet wordt ontkend¹³¹) naar de groepering als *juridisch-technisch* reëel persoon met een *juridisch-technisch* reële wil. Dit proces is bij SALEILLES echter verre van voltrokken:

“La volonté collective, en tant qu'elle réside dans l'organisme chargé de la produire, suffit, au point de vue juridique, à justifier l'attribution de personnalité à l'être en qui elle se réalise; et cet être est la collectivité elle-même. Celle-ci est donc, comme tel, une personne au point de vue du droit, non pas fictive, mais réelle, puisqu'elle possède tous les éléments de la réalité, un organisme extérieur fait pour vouloir et pour agir, et une volonté propre et distincte qu'il ait mission à la fois d'extérioriser et de mettre en œuvre”.¹³²

28. Wat het optreden van rechtspersonen aangaat, onderschrijft SALEILLES met zoveel woorden de orgaantheorie van GIERKE, en het vermeend fundamentele onderscheid tussen organiek optreden en vertegenwoordiging.¹³³

“Donc, lorsque les agents de décision prennent une résolution (...) il ne s'agit plus d'une volonté étrangère qui se substitue à une autre, comme c'est le cas de la représentation, mais de la volonté même dont a besoin l'association pour se mettre en mouvement”.¹³⁴

Het wekt dan ook weinig verbazing dat ook voor SALEILLES de rechtspersoon rechtstreeks, op basis van artikel 1382 B.W., aansprakelijk is uit onrechtmatige daad.¹³⁵ Opvallend is wel dat hij er niet in slaagt dit principe even glashelder te formuleren als zijn voorgangers.¹³⁶ Die poneerden eenvoudigweg dat, aangezien

¹³¹ Zie *supra* voetnoot 123. Ook R. SALEILLES verdedigt GIERKE zeer nadrukkelijk tegen beschuldigingen van geloof in het bestaan van de rechtspersoon als biologisch organisme: zie p. 528-529.

¹³² R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 529. SALEILLES blijft zijn realiteitsopvatting ultiem steunen op het bestaan van een *reële wil*, die hij weliswaar collectief noemt en waarvan hij na enige twijfel (zie p. 530-532) erkent dat ze niet voortvloeit uit één psychologisch centrum vervat in de groepering zelf, maar die niettemin organisch één is, rechtstreeks uit de “organische constitutie” van de groepering voortvloeit en haar persoonlijkheid realiseert (zie p. 570 en 590-591). Zie ook p. 660. SALEILLES lijkt echter voortdurend geplaagd door zijn geweten, dat hem naar minder esoterische gebieden wil: zie bijvoorbeeld p. 534, 573-574, 580, 586 en 648 (“j’ai parlé d’une volonté organique au service de l’association, et non de volonté organique de l’association, ou dans l’association”). Zijn werk bevat belangrijke interne nuanceverschillen en zelfs bij momenten tegenspraak (die hij overigens soms zelf signaleert: zie bijvoorbeeld p. 589). Aangezien hier niet op het rechtspersoonlijksdebat in het algemeen wordt ingegaan, blijf dit verder onbelicht.

¹³³ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 324-325 en 589 e.v.

¹³⁴ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 590.

¹³⁵ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 666.

¹³⁶ Neem bijvoorbeeld de volgende zin, die de cruciale stap in de argumentatie bevat: “Il suffira donc qu’il y ait, à la base du fait, une volonté qui puisse lui être associée, pour que cette volonté serve à légitimer l’obligation d’indemnité à la charge de celui auquel elle se rapporte juridiquement, celui qui en est ainsi le sujet des droits”. Niet direct een vlotte slogan. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 666.

de rechtspersoon rechtstreeks wil en handelt via zijn organen, hij evengoed onrechtmatig kon willen en handelen: het subjectief element (*culpa of dolus*) waar Savignisten het zo moeilijk mee hadden, is bij de rechtspersoon aanwezig omdat het bij het orgaan – hierbij de rechtspersoon incarnerend – aanwezig is. SALEILLES voelt aan – en een deel van de dubbelzinnigheid in zijn werk ligt net hierin besloten – dat dit kort door de bocht is en gooit het over een andere boeg. Hij vertrekt van een analyse van de functionele doelstellingen van de geldboete, om te besluiten dat deze aanwezig zijn zodra “er een wil bestaat die het delict gewild heeft en die bekwaam is om opnieuw te willen”.¹³⁷ Dit is een bij uitstek functionele en inductieve werkwijze die haaks staat op de dogmatische en deductieve argumentatie van de “klassieke” realisten. De delictuele wil is te zoeken in de wil van de organen, die hierbij echter de rechtspersoon incarneren en haar collectieve wil gestalte geven. Door de geldboete bereikt men uiteindelijk “*par répercussion*” deze zelfde collectieve wil die het delict heeft geïnspireerd, en dat volstaat opdat het subjectief element aanwezig is.¹³⁸ Men voelt onmiddellijk de gekunsteldheid van de redenering aan. SALEILLES wil in naam van de realiteitstheorie vasthouden aan de subjectieve gesteldheid in hoofde van de rechtspersoon, maar voelt tegelijk aan dat deze op generlei wijze “reëel” voortvloeit uit een subjectieve gesteldheid van natuurlijke personen, zelfs niet indien men hen het predicaat “orgaan” geeft. Hij gaat uiteindelijk tussen twee stoelen zitten, met alle gevolgen van dien.

1.2.3. Michoud

29. Ook MICHOD noemt zich een aanhanger van het realisme van de rechtspersoon.¹³⁹ Het leidt echter geen twijfel dat hij een andere klemtoon legt dan zijn voorgangers. Hij geeft het realistische project op in zoverre dat erin bestond aan te tonen dat menselijke groepen een bestaan of een wil hebben die op filosofisch of metafysisch vlak gelijk is aan dat of die van de mens, om dan hieruit de persoonlijkheid voor het recht af te leiden.¹⁴⁰ MICHOD pleit voor een strikte scheiding tussen filosofische en juridische vragen rond persoonlijkheid. Persoonlijkheid in de juridische zin verwijst eenvoudigweg naar rechtssubjectiviteit, met andere woorden de bekwaamheid om eigen rechten en verbintenissen te hebben. Het gaat hier om een juridische techniek waarvoor het bewijs van persoonlijkheid in filosofische zin niet nodig is.¹⁴¹ Hij onderwerpt diverse stromingen binnen de realiteitsvisie aan een kritische analyse en besluit dat zelfs de meest subtiële er uiteindelijk niet aan onderuit komen de reële groepswil (hoe ingenieus deze wil

¹³⁷ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 650. Het gaat hier weliswaar over strafrechtelijke delicten, maar voor de bespreking van het subjectief element noodzakelijk voor het begaan van een buitencontractuele fout verwijst hij naar deze bespreking: zie p. 666.

¹³⁸ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 651.

¹³⁹ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 70.

¹⁴⁰ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 70-71, 95 en 101.

¹⁴¹ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 7 en 70.

ook wordt geconstrueerd) in belangrijke mate als *petitio principii* te poneren. Ze slagen er immers nooit in te bewijzen “*par quel coup de baguette magique, en effet, la volonté des individus devient-elle la volonté du groupe*”.¹⁴²

MICHOUD gooit het over een andere boeg. Hij zoekt hiervoor inspiratie bij een in zijn tijd opkomende trend in het denken over subjectieve rechten, die het subjectief recht minder (uitsluitend) in termen van wil definieert, en meer nadruk legt op het belang dat door het subjectief recht wordt beschermd.¹⁴³ De kern van het subjectief recht in deze opvatting, die MICHOUD zich eigen maakt, is een belang dat bescherming verdient.¹⁴⁴ De wil blijft voor MICHOUD ook noodzakelijk¹⁴⁵, maar is eerder een gevolg van de verheffing van een belang tot subjectief recht: de operationalisering en verdediging van het recht kan maar in handen gelegd van een wil.¹⁴⁶ Deze wil hoeft echter niet dezelfde te zijn als die van de titularis van het recht:

“[L]e titulaire du droit est l’être (collectif ou individuel) dont l’intérêt est ainsi garanti, alors même que la volonté qui le représente ne lui appartiendrait pas en propre au sens métaphysique du mot. Il suffit que cette volonté puisse lui être *socialement* ou *pratiquement* attribuée (...)”.¹⁴⁷

Het recht kan – moet zelfs – de persoonlijkheid van een groepering erkennen indien deze beschikt over: (i) een eigen *collectief* en *permanent* belang, onderscheiden van dat van haar leden, en (ii) een organisatie bekwaam om de collectieve wil te vormen die dit belang in rechte kan vertegenwoordigen en verdedigen.¹⁴⁸ Let wel: deze wil blijft metafysisch gesproken de wil van individuele mensen, “*mais socialement, c’est-à-dire pratiquement, elle devra ou pourra être*

¹⁴² L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 72-101. Citaat op p. 101. Maar vergelijk wel, *prima facie* tegenstrijdig: L. MICHOUD, “La personnalité et les droits subjectifs de l’Etat dans la doctrine française contemporaine” in X (ed.), *Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1911, 504 (“(...) *la volonté collective qui se forme dans le groupe (...) ce sont là des faits (...) aussi réels que l’existence même de l’individu (...)*”).

¹⁴³ Vergelijk SAVIGNY (“*Ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht*”: F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, Veit und comp., 1840, 7) met R. VON JHERING (juridisch beschermd belang): R. VON JHERING, *L’esprit du droit Romain*, 3e uitgave, IV dln., Bologna, Forni, 1969 (herdruk 1886), IV, 328. Dit hele debat werd recent in België nog uiteengezet in het proefschrift van Thierry LÉONARD: T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l’opposabilité et la responsabilité civile*, Brussel, Larcier, 2005, 31 e.v.

¹⁴⁴ “*La loi protège, non la volonté, mais l’intérêt que cette volonté représente*”: L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 105.

¹⁴⁵ Hij onderscheidt zich hiermee van diegenen, waaronder JHERING zelf, die enkel nog het belang als toetsteen weerhielden.

¹⁴⁶ L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 105-106. MICHOUD komt zo tot de volgende definitie van het subjectief recht: “*l’intérêt d’un homme ou d’un groupe d’hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre*” (p. 107).

¹⁴⁷ Cursivering in het origineel. L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 107-108.

¹⁴⁸ L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 116 en 121.

regardée comme formant la volonté du groupe".¹⁴⁹ Het recht rekent met andere woorden de wil van mensen toe aan een "wezen" ("être") dat er zelf geen heeft. Het is niet verwonderlijk dat voor sommige realisten de grens met de zo gehate fictieleer wel zeer dun wordt.¹⁵⁰

30. Voor de toerekening van rechten en verbintenissen aan rechtspersonen, grijpt MICHOUDE terug naar de orgaantheorie, en ook hij contrasteert die in de eerste plaats met vertegenwoordiging:

"Dans la représentation il y a un rapport juridique entre *deux* sujets de droit, dont l'un agit pour l'autre; les actes du représentant sont bien ses propres actes, mais on leur fait produire le même effet juridique que s'ils étaient ceux du représenté. Quand il y a un organe, au contraire, c'est la personne juridique qui agit *elle-même*; son organe n'est pas quelque chose qui soit distinct d'elle; il est une partie d'elle-même dont elle se sert comme la personne physique se sert de la bouche ou de la main".¹⁵¹

Het voornaamste gevolg hiervan is, in het denken van MICHOUDE, dat organiek optreden noodzakelijk ruimer is dan gewone vertegenwoordiging. Het orgaan incarneert immers het volledige juridische leven van de rechtspersoon. Zijn optreden als orgaan omvat dan ook niet enkel rechtshandelingen, maar ook "les actes de pur fait".¹⁵² De rechtspersoon kan via organen zaken doen die ondenkbaar zijn via een vreemde wil: zijn eigen bestaan regelen, een publieke functie uitoefenen, juridisch toerekenbare kennis hebben of net onwetend zijn, te goede of te kwader trouw zijn, dwalen, de eed afleggen of een gerechtelijke bekentenis doen.¹⁵³

De orgaantheorie laat ook toe zonder veel problemen tot de buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor onrechtmatige daden van het orgaan te besluiten. Men hoeft hiervoor niet te geloven in de *natuurlijke* wils- en handelingsbekwaamheid van rechtspersonen: MICHOUDE herhaalt zijn verwerping van deze manier om de realiteit van de rechtspersoon in te vullen.¹⁵⁴ De wil van

¹⁴⁹ L. MICHOUDE, *La théorie de la personnalité morale*, I, 121.

¹⁵⁰ Zo bijvoorbeeld MESTRE met verwijzing naar eerder werk van MICHOUDE in tijdschriftbijdragen: A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 179-181. Het realisme van MICHOUDE is inderdaad niet langer gelegen in de collectieve wil, die hij terecht demystificeert. Maar uit dit stoffelijk overschot herrijst het collectief belang op een wijze die qua beweerde realiteit (en daarmee samenhangende problemen) voor de collectieve wil niet veel moet onderdoen. Men kan MICHOUDE's eigen woorden parafraseren: "*par quel coup de baguette magique, en effet, l'intérêt des individus devient-il l'intérêt du groupe*"? Met betrekking tot het bestaan van dit collectief belang vervalt hij in hetzelfde soort *petitio principii* die hij zijn voorgangers terecht aanwrijft waar het de collectieve wil aanging: zie bijvoorbeeld p. 115, en verder ook p. 116 e.v. van deel I.

¹⁵¹ Cursivering in het origineel. L. MICHOUDE, *La théorie de la personnalité morale*, I, 134. Zie evenwel ook p. 140, waar MICHOUDE de analogie met organen van fysieke personen nuanceert.

¹⁵² L. MICHOUDE, *La théorie de la personnalité morale*, I, 135.

¹⁵³ L. MICHOUDE, *La théorie de la personnalité morale*, I, 135-136.

¹⁵⁴ L. MICHOUDE, *La théorie de la personnalité morale*, II, 243.

het orgaan is slecht *juridisch* de wil van de rechtspersoon. Maar dit neemt niet weg dat:

“La représentation de la personne morale par l’organe s’étend à tous les actes que celui-ci accomplit en qualité d’organe pour le compte de la personne morale, et il ne nous paraît pas contestable que des actes illicites peuvent en fait être accomplis par lui en cette qualité. Il est bien vrai que la faute exige une conscience et une volonté personnelles; mais, précisément, l’organe diffère du représentant ordinaire en ce qu’il peut accomplir, au nom de la personne morale des actes impliquant conscience et volonté personnelles”.¹⁵⁵

En:

“Du moment qu’on lui¹⁵⁶ reconnaît une volonté, on doit reconnaître à cette volonté la possibilité de se mouvoir entre le bien et le mal, le licite et l’illicite”.¹⁵⁷

Het gaat hier dus wel degelijk opnieuw over een *rechtstreekse* aansprakelijkheid, op basis van artikel 1382-1383 B.W.:

“La personne morale est donc responsable des actes de ses organes, non pas indirectement, comme le commettant est responsable de ses préposés, mais directement, parce qu’aux yeux de la loi, ce sont ses propres actes”.¹⁵⁸

MICHOUD verwerpt echter wat hieruit logisch lijkt te volgen: dat het slachtoffer haar vordering op grond van artikel 1382 B.W. enkel nog tegen de rechtspersoon kan richten en niet langer tegen de “fysieke” auteur van de onrechtmatige daad. Dit miskent volgens hem het “puur juridisch karakter van de identificatie tussen orgaan en rechtspersoon”.¹⁵⁹ Vanuit psychologisch oogpunt is het wel degelijk het orgaan dat gehandeld heeft.

1.2.4. De start van een insijpelingsproces

31. Met MICHOUD was de orgaantheorie duidelijk aan een opmars begonnen. Zij begon ook door te sijpelen in meer algemene werken, in een nieuwe generatie handboeken en “*traités*”. In de eerste editie van hun klassiek geworden *Traité pratique de droit civil français*, bijvoorbeeld, mobiliseren Marcel PLANIOL en Georges RIPERT de orgaantheorie om het optreden van rechtspersonen te verklaren. De klassieke benadering via vertegenwoordiging is onvoldoende:

¹⁵⁵ L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 244.

¹⁵⁶ Lees: “*la personne morale*”.

¹⁵⁷ L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 245.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 251.

*“Les hommes qui exercent les droits de la personne morale font donc mieux que la représenter; ils incarnent sa volonté; elle n’en a pas en dehors d’eux”.*¹⁶⁰

Rond diezelfde periode trekken ook Henri en Léon MAZEAUD voluit de kaart van de orgaantheorie in hun al even klassieke werk over de burgerlijke aansprakelijkheid.¹⁶¹ Om de buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen te verklaren, schrijven zij:

“[L]es organes que la loi charge de vouloir et d’agir pour la personne morale ne sont pas plus distincts d’elle que le cerveau et la main par rapport à l’être humain. L’organe n’existe pas juridiquement en lui-même; il n’existe que comme partie intégrante de la personne; il forme avec elle un tout indissoluble. Par conséquent, lorsqu’une faute est voulue et commise par l’organe qui agit et veut au nom et pour le compte de la personne morale, c’est la personne elle-même qui veut et accomplit l’acte fautif”.¹⁶²

De aansprakelijkheid die hieruit volgt, zo onderstrepen de MAZEAUDS, is er dan ook één op grond van artikel 1382 B.W. en niet de aanstellersaansprakelijkheid van artikel 1384 lid 3 B.W.¹⁶³

32. En zo raken de ideeën van GIERKE, vooral dan in de herinterpretatie die MICHOUX eraan gaf, stilaan verspreid in Frankrijk. Een invloed op ons rechtstelsel kon niet uitblijven.

1.3. DE BELGISCHE RECEPTIE

33. De orgaantheorie breekt in het Belgische recht voor het eerst uitdrukkelijk door in het contentieux van de overheidsaansprakelijkheid, en meer in het bijzonder in verband met de belangrijke ontwikkelingen die dit leerstuk kende in de jaren '20 van de 20e eeuw.¹⁶⁴ Met het gekende *Flandria*-arrest bevestigde het Hof

¹⁶⁰ M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, 95. Zie ook deel VI, 76: “Les personnes qui dirigent une personne morale incarnent la volonté collective du corps social. Ce sont les organes nécessaires de la personne morale et non ses représentants. Il n’y a pas deux volontés distinctes mais une seule volonté exprimée par la personne physique”. Vergelijk echter inzake buitencontractuele aansprakelijkheid minder overtuigend: deel VI, 694-697.

¹⁶¹ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, 1e uitgave, II dln., Parijs, Sirey, 1931, II, 395 e.v.

¹⁶² H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 395-396.

¹⁶³ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 396.

¹⁶⁴ H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen” in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 497-498; L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, X dln., Gent, Fecheyr, 1946-1955, IV, 182; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 361; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 718; J. VAN RYN, *Principes*, I, 258. Zie ook al, embryonaal, de conclusie van MESDACH DE TER KIELE bij Cass. 1 december 1881, *Pas.* 1881, I, 415. De eerder geschetste geschiedenis maakt echter duidelijk dat het overdreven zou zijn, zoals nochtans

van Cassatie, na een lange periode van verwarring, de principiële bevoegdheid van onze hoven en rechtbanken om uitspraak te doen over de vergoeding van de schade die de burger lijdt als gevolg van onrechtmatig gedrag van de overheid.¹⁶⁵ Het zou nochtans verkeerd zijn te denken dat de orgaantheorie een belangrijke conceptuele rol speelde bij het bereiken van dit resultaat. Procureur-generaal Paul LECLERCQ, wiens opmerkelijke conclusie de doorbraak (mee) forceerde, stak zijn juridische energie niet in de eerste plaats in de vraag hoe de Staat als rechtspersoon in het rechtsverkeer kon functioneren en of hem eventuele fouten van de personen die voor hem optreden, kunnen worden toegerekend. Het overheids-handelen wordt als gegeven beschouwd, en de vraag is of de hoven en rechtbanken dit handelen kunnen beoordelen als een particulier beweert hierdoor schade te hebben geleden.¹⁶⁶ Pas op het einde van de conclusie, bijna als nabedenking en nadat de hoofdvraag beantwoord werd, verschijnt een eerste embryonale verwijzing naar de orgaantheorie.¹⁶⁷ Het Hof maakt hier evenwel geen gebruik van en concludeert eenvoudigweg dat, van zodra iemand vergoeding vraagt voor de schade die hij leed ten gevolge van de schending van zijn rechten, de rechterlijke macht hiervan kennis mag nemen, “*même au cas où l’auteur prétendu de la lésion serait l’Etat, une commune, ou quelque autre personne du droit public, comme aussi au cas où la lésion serait cause par un acte illicite d’administration publique*”.¹⁶⁸ Hoe dit handelen aan de overheid wordt toegerekend, blijft in het midden.

Nochtans gaat het vanaf dat ogenblik met de invloed van de orgaantheorie in de schoot van het Hof van Cassatie in stijgende lijn. De “*smoking gun*” is te vinden in de conclusie van LECLERCQ bij het cassatiearrest van 12 juli 1921, dat handelt over een ongeluk veroorzaakt tijdens een transport van legermaterieel door een “burgerlijke chauffeur” in dienst van het Ministerie van Defensie.¹⁶⁹ Het overheidsapparaat blijkt, volgens LECLERCQ, te bestaan uit twee types mensen: zij die rechtstreeks, omdat zij zich in de wettelijke toepassingsvoorwaarden bevinden, een deel van het openbaar gezag bezitten, en zij die bij overeenkomst werden

soms gebeurt, voor te houden dat de orgaantheorie *ontstaan is in en/of werd overgenomen uit* het publiek recht.

¹⁶⁵ Meer in het bijzonder, in de benadering van die tijd, schade als gevolg van de schending van (één van de) burgerlijke rechten van het slachtoffer door de overheid. Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193.

¹⁶⁶ Doorheen de conclusie gaat LECLERCQ uit van “administratieve handelingen” (p. 235, 251 en 270) of van “de overheid die handelt” (p. 240, 241, 251 en 275). De vraag is dan of er juridische redenen zijn waarom de hoven en rechtbanken dit handelen niet zouden mogen toetsen aan de burgerrechtelijke aansprakelijkheidsregels als een particulier beweert dat hij erdoor geschaad werd. Die vraag beantwoordt LECLERCQ uiteindelijk negatief (zie in het bijzonder p. 278). De paginaverwijzingen zijn naar de herdruk van de conclusie in: J. FAURÈS en J. DE MEYER, *La pensée juridique du Procureur Général Paul Leclercq*, Brussel, Bruylant, 1953, 225-305.

¹⁶⁷ P. LECLERCQ, Concl. bij Cass. 5 november 1920, 287-288.

¹⁶⁸ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193.

¹⁶⁹ Cass. 12 juli 1921, *Pas.* 1921, I, 311.

aangeworven om bepaalde diensten te verrichten.¹⁷⁰ Met uitdrukkelijke verwijzing naar MICHOU, noemt LECLERCQ de eerste groep de organen van de overheid:

“organes du gouvernement, ils sont le gouvernement lui-même, un peu comme les organes d’un homme sont cet homme”.¹⁷¹

Als zij foutief handelen, is de overheid zelf auteur van de fout en bijgevolg rechtstreeks aansprakelijk op basis van artikel 1382 B.W. De tweede groep stelt weliswaar ook overheidshandelingen¹⁷², maar kan dit slechts op basis van een overeenkomst van huur van diensten (gesloten met een orgaan van de overheid). Zij zijn aangestelden, waarvoor de overheid onrechtstreeks aansprakelijk is op basis van artikel 1384, lid 3 B.W.¹⁷³ De invloed van MICHOU en dus, onrechtstreeks, van GIERKE is hier duidelijk. Het onderscheid in aansprakelijkheidsregime tussen organen en aangestelden van de overheid, groeit vervolgens uit tot een van de kenmerken van het overheidsaansprakelijkheidscontentieux.¹⁷⁴

34. De invloed van de orgaantheorie doet zich uiteindelijk ook bij privaatrechtelijke rechtspersonen voelen. Waar DE PAGE in de eerste¹⁷⁵ en de tweede¹⁷⁶ editie van zijn *Traité* de orgaantheorie bij private rechtspersonen nog moest introduceren met verwijzingen naar hoofdzakelijk Franse rechtsleer¹⁷⁷, kon hij in de derde editie zijn voetnoten toch al wat kracht bijzetten met een aantal cassatiearresten.¹⁷⁸ Het eerste cassatiearrest waarin de invloed van de orgaantheorie op privaatrechtelijke rechtspersonen uitdrukkelijk merkbaar is, dateert van 15 januari 1946. Naar aanleiding van een zaak die onder meer ging over de

¹⁷⁰ P. LECLERCQ, Concl. bij Cass. 12 juli 1921, *Pas.* 1921, I, 315-317.

¹⁷¹ P. LECLERCQ, Concl. bij Cass. 12 juli 1921, *Pas.* 1921, I, 316.

¹⁷² LECLERCQ verwijst hier naar het met het *Flandria*-arrest verworpen onderscheid tussen de overheid die optreedt als openbaar gezag en de overheid die optreedt als particulier persoon.

¹⁷³ P. LECLERCQ, Concl. bij Cass. 12 juli 1921, *Pas.* 1921, I, 317.

¹⁷⁴ Zie, in de jaren onmiddellijk volgend op het arrest van 12 juli 1921, dat door LECLERCQ op dit vlak zelf als principaarrest wordt genoemd (P. LECLERCQ, Concl. bij Cass. 30 april 1936, *Pas.* 1936, I, (231) 234); Cass. 16 oktober 1922, *Pas.* 1923, I, 14; Cass. 13 december 1923, *Pas.* 1924, I, 82; Cass. 25 februari 1926, *Pas.* 1926, I, 261. De steeds scherpere kritiek waaraan deze rechtspraak later kwam bloot te staan, komt hier niet verder aan bod. In de praktijk werd een groot stuk van deze discussie achterhaald met de invoering van de wet van 10 februari 2003 betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen (B.S. 27 februari 2003). Art. 3 van deze wet maakt openbare rechtspersonen aansprakelijk voor al hun personeelsleden zoals aanstellers aansprakelijk zijn voor hun aangestelden, ook als deze personeelsleden statutair zijn, of hebben gehandeld in de uitoefening van de openbare macht.

¹⁷⁵ H. DE PAGE, *Traité*, I, 1933, 458.

¹⁷⁶ H. DE PAGE, *Traité*, I, 1939, 567-568.

¹⁷⁷ In het bijzonder PLANIOL en RIPERT enerzijds, en MAZEAUD en MAZEAUD anderzijds.

¹⁷⁸ H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 637-641.

aansprakelijkheidsvordering tegen een naamloze vennootschap die tijdens de Tweede Wereldoorlog met de bezetter had samengewerkt, overwoog het Hof:

Attendu que les administrateurs d'une société anonyme ne sont pas, en cette qualité, les préposés de celle-ci; qu'ils en sont les organes et qu'en conséquence, la responsabilité qu'elle encourt, en raison de leurs actes dommageables envers les tiers, est une responsabilité directe, découlant des articles 1382 et 1383 du Code civil et non pas une responsabilité indirecte résultant d'un lien de subordination prévu par l'article 1384 du même code (...)¹⁷⁹

En op 7 september 1950 klinkt het:

Attendu que les administrateurs d'une société commerciale ne sont pas, comme tels, les préposés de celle-ci, mais ses organes. Que, par conséquent, la société ne répond pas des actes de ses administrateurs portant préjudice à des tiers en raison d'un lien de subordination, ainsi qu'il est prévu par l'article 1384 du Code civil, mais qu'elle est directement responsable de ces faits conformément aux articles 1382 et 1383 du dit Code.¹⁸⁰

Vanaf deze periode, kort na de Tweede Wereldoorlog, is de omslag duidelijk te merken. Er verschijnen zo goed als geen werken meer in de materie, die niet minstens lippendienst bewijzen aan de orgaantheorie. Het werk van Louis FREDERICQ biedt een zeer toepasselijke illustratie. In 1931 is het nog al lastgeving wat de klok slaat, en is de rechtspersoon niet buitencontractueel aansprakelijk voor de fouten van zijn bestuurders, die immers per definitie buiten het mandaat vallen.¹⁸¹ In 1950 zijn bestuurders enkel nog in hun relatie met de vennootschap lasthebbers, jegens derden noemt FREDERICQ ze organen, "*la société elle-même*", wier fouten de rechtspersoon buitencontractueel verbinden op basis van artikel 1382 B.W.¹⁸² Oppervlakkig bekeken, verkeert de orgaantheorie voor rechtspersonen van privaatrecht sinds die periode in vrij rustig vaarwater – tot de peripetieën van het laatste decennium.¹⁸³ Die rust verbergt weliswaar een inhoudelijke leegte, zoals

¹⁷⁹ Cass. 15 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 25.

¹⁸⁰ Cass. 7 september 1950, *Pas.* 1950, I, 846.

¹⁸¹ L. FRÉDÉRICQ, *Beginselen van het Belgisch handelsrecht*, III dln., Gent, Van Rysselberghe & Rombaut, 1927-1935, II, 231 e.v. en 373 e.v. (met op pagina 408 de uitdrukkelijke verwerping van de orgaantheorie, ook al wordt die naam nog niet gebruikt).

¹⁸² L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, IV, 146-148 en 179-184 (met uitdrukkelijk verwijzing naar het cassatie-arrest van 15 januari 1946) en V, 621-622. Zie ook: L. FRÉDÉRICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, II dln., Brussel, Bruylant, 1962-1963, I, 671. Het valt de lezer van de opeenvolgende edities weliswaar op dat de integratie van de orgaantheorie alles behalve naadloos is. Zo behoudt FREDERICQ quasi-integraal de vroegere bespreking van het statuut en het functioneren van vennootschapsbestuurders vanuit de lastgevingsoptiek. L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, V, 593 e.v. Het wordt nooit volledig duidelijk wat nu juist bedoeld wordt met het onderscheid tussen de interne (lastgeving) en de externe (organen) kwalificatie van het optreden van bestuurders.

¹⁸³ Zie *supra* p. 1.

in een volgend hoofdstuk wordt verduidelijkt (*infra* Hoofdstuk 3). Hiertoe echter, moeten nu de conceptuele kernaanspraken van de orgaantheorie thematisch worden geduid.

2. KERNAANSPRAKEN VAN DE ORGAANTHEORIE

35. In dit deel wordt de orgaantheorie bondig inhoudelijk geschetst, zoals zij zichzelf opvat. Het is hier niet de bedoeling een overzicht te geven van alle positiefrechtelijke regels die (terecht of onterecht) met de orgaantheorie worden verbonden. De aandacht gaat de theoretische kern van het verhaal: de onderling verbonden kernaanspraken die maken dat de constructie zich als een constitutieve *theorie* van rechtspersoonlijk optreden presenteert. Dit is belangrijk, niet alleen om nadien de interne coherentie van de orgaantheorie te beoordelen, maar ook om te toetsen in hoeverre zij werkelijk doorwerkt in onze positiefrechtelijke oplossingen.

De meest fundamentele kernaanspraak van de orgaantheorie is dat het orgaan de rechtspersoon incarneert (*infra* 2.1). Organieke incarnatie is een eigen rechtspersoonlijk toerekeningsmechanisme dat vervolgens wordt geoperationaliseerd in de twee belangrijkste domeinen van het rechtspersoonlijke “optreden”: rechtshandelingen (*infra* 2.2) en onrechtmatige daden (*infra* 2.3).

2.1. HET ORGAAN “INCARNEERT” DE RECHTSPERSOON

2.1.1. *Het incarnatiemechanisme*

36. De orgaantheorie lost de vraag hoe de rechtspersoon zijn juridisch bestaan kan operationaliseren op, via het mechanisme van de *organieke incarnatie*. Het incarnatiemechanisme vormt dan ook de conceptuele kern van de orgaantheorie.¹⁸⁴ De rechtspersoon openbaart zich via zijn organen op oorspronkelijke, onmiddellijke, directe wijze in de maatschappelijke werkelijkheid. Veelal wordt dit uitgedrukt door te zeggen dat het orgaan de rechtspersoon “incarneert”,

¹⁸⁴ Dit werd recent nog zeer dik in de verf gezet bij: J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 195 e.v. en 255 e.v. Deze auteur omschrijft zijn standpunt evenwel niet als *orgaantheorie*, maar als *incarnatiethorie*. Dit volgt uit het feit dat de auteur de orgaantheorie (onterecht) uitsluitend verbindt met de leer van het reële organisme (p. 291-292). Uit de eigen omschrijving van de incarnatiethorie (zie bijvoorbeeld p. 306) blijkt echter duidelijk dat ze wel degelijk een variantie is van de (moderne) orgaantheorie.

“belichaamt”, zich ermee “identificeert” of “vereenzelvigt”.¹⁸⁵ Er bestaat een eenheid tussen orgaan en rechtspersoon¹⁸⁶, die ervoor zorgt dat het optreden van de ene, het optreden van de andere is. Als het orgaan handelt, handelt de rechtspersoon: de handeling van het orgaan *is* de handeling van de rechtspersoon.¹⁸⁷ De immateriële werkelijkheid die de rechtspersoon is, wordt als het ware vlees en bloed via zijn organen.

“[L]a société s’est fait homme, pour que l’homme devienne la société”.¹⁸⁸

37. Het incarnatiemechanisme betekent dat er strikt genomen *geen rechtsverhouding* in de eigenlijke betekenis van het woord bestaat tussen orgaan en rechtspersoon.¹⁸⁹ Het orgaan incarneert de rechtspersoon omdat het vanuit juridisch oogpunt één is met de rechtspersoon. Dit betekent dat het orgaan *als orgaan* geen onafhankelijk juridisch bestaan, geen rechtspersoonlijkheid heeft: “*il fait corps*

¹⁸⁵ Cass. 31 mei 1957, *Pas.* 1957, I, 1176, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT; P. LECLERCQ, Concl. bij Cass. 12 juli 1921, 316; R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 31 mei 1957, 1183; R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 17 mei 1962, *R.P.S.* 1962, 256-257; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, 116; A. COIBION, “Responsabilité extra-contractuelle des administrateurs ou gérants: retour à une interprétation orthodoxe de la théorie de l’organe”, 421-422; P. DAUW, “Het optreden in rechte van de rechtspersoon”, *Cahiers Antwerpen Brussel Gent* 2006/2, 6; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 637; G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 119; A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 212; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 135; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, 95 en VI, 76; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 719; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 694 en 699; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765; J. VAN RYN, *Principes*, I, 258.

¹⁸⁶ “Het orgaan is de rechtspersoon”: D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (ed.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, IV-1, Mechelen, Kluwer, 2007, 141. Zie ook: P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, 4e uitgave, Brussel, Bruylant, 1924, 176 (“une complète unité”).

¹⁸⁷ Cass. 25 februari 1926, *Pas.* 1926, I, 261; Cass. 31 maart 1943, *Pas.* 1943, I, 117; Cass. 16 december 1948, *J.T.* 1949, 148, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT, noot C. CAMBIER, *R.C.J.B.* 1949, 97, noot J. DABIN; Cass. 25 september 1959, *R.C.J.B.* 1960, 5, noot J. DABIN; R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 16 december 1948, *J.T.* 1949, 150; E. LIEKENDAEL, Concl. bij Cass. 15 december 1983, *Pas.* 1984, I, 430; J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 311; H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 395; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 141; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 589-590; O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 624-625; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 518.

¹⁸⁸ J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 257 (de auteur parafraseert hiermee bewust de woorden van kerkvader Irenaeus: “*Dieu s’est fait homme pour que l’homme devienne Dieu*”: zie p. 255).

¹⁸⁹ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 395; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 136, 140, 141 en 146 e.v.; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 697.

avec la personne morale".¹⁹⁰ *A fortiori* kunnen er dus tussen orgaan en rechtspersoon geen wederzijdse rechten en verbintenissen bestaan:

"Dépourvu de la personnalité, l'organe n'a aucun droit ou obligation envers la personne morale à laquelle il s'identifie".¹⁹¹

De leden van het orgaan zijn wél rechtssubjecten, die mogelijk rechten en verbintenissen hebben t.a.v. de rechtspersoon, maar voor het *orgaan zelf* is dit niet het geval.¹⁹²

2.1.2. *Het incarnatiemechanisme is inherent aan het rechtspersoonlijkheidsbegrip*

38. Voor haar aanhangers behoort de orgaantheorie tot de essentie van het rechtspersoonlijkheidsbegrip.¹⁹³ Zij is *noodzakelijk* van toepassing op elke rechtspersoon.¹⁹⁴ Rechtspersoonlijkheid is niet denkbaar zonder het orgaanbegrip.¹⁹⁵ Het is conceptueel eenvoudigweg onmogelijk om aan het orgaanbegrip voorbij te gaan: het is onlosmakelijk verbonden met rechtspersoonlijkheid.¹⁹⁶

Dit gaat dus verder dan de vaststelling dat de rechtspersoon noodzakelijk optreedt via natuurlijke personen, en dat we de gewoonte hebben die "orgaan" te noemen. De aanspraak van de orgaantheorie is dat *het organieke incarnatiemechanisme* inherent is aan het rechtspersoonlijkheidsbegrip:

"Cette incarnation de l'être moral (...) est une nécessité absolue"¹⁹⁷

¹⁹⁰ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 397. Zie ook J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 257-258 ("Dire, ainsi, que la société s'incarne dans le dirigeant, c'est considérer qu'elle ne répond pas des actes commis par ce dernier comme de ceux d'un être distinct d'elle").

¹⁹¹ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, 697.

¹⁹² L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 140, 141 en 146 e.v.; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 698.

¹⁹³ V. SIMONART, "La théorie de l'organe", 713. Zie ook: L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 134.

¹⁹⁴ P. VAN OMMESLAGHE, "La théorie de l'organe: évolutions récentes", 766; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1263.

¹⁹⁵ A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 217; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 140. Zie ook: O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 497.

¹⁹⁶ G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 119. Zie ook: P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 309 (conceptueel volstaat één orgaan om deze rol te spelen, maar er is er wel minimum één nodig).

¹⁹⁷ M. COIPEL, "Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés", 184. Elders werd al aangegeven dat COIPEL's opvattingen ter zake zijn geëvolueerd: zie *supra* voetnoot 16.

Hier wordt gebruik van het orgaanbegrip meer dan een terminologische keuze, en krijgt het de technische en specifieke betekenis die de orgaantheorie eraan hecht.¹⁹⁸ Dat rechtspersonen noodzakelijk (*inherent*) een beroep moeten doen op natuurlijke personen, is op zich niet meer dan een herformulering van de vaststelling dat, in de mate dat de rechtspersoonlijke organisatie erop gericht is een activiteit te ontwikkelen die tot de toerekening van rechten en verbintenissen aan de rechtspersoon moet leiden, deze activiteit maar kan vorm gegeven worden door natuurlijke personen. Hiermee is niets gezegd over het mechanisme dat toelaat het optreden van deze mensen aan de rechtspersoon toe te rekenen. Dit kan bijvoorbeeld vertegenwoordiging via lastgeving zijn. Maar de conceptuele kernaanspraak die de orgaantheorie op dit punt maakt, gaat een stuk verder. Zij claimt dat rechtspersoonlijkheid niet denkbaar is zonder orgaanbegrip *in de betekenis die de orgaantheorie hieraan geeft*, dus via een entiteit die organieke incarnatie vorm geeft. Het gaat er niet om dat rechtspersonen niet kunnen functioneren zonder organen. Rechtspersonen kunnen niet functioneren zonder *orgaantheorie*. De incarnatie die centraal staat in de orgaantheorie, is de permanente juridische bloedtransfusie die de rechtspersoon nodig heeft om überhaupt te functioneren.

39. Het belangrijkste argument hiervoor gaat als volgt.¹⁹⁹ Rechtspersonen hebben natuurlijke personen nodig om in het rechtsverkeer op te treden. Het is denkbaar dat hiervoor vertegenwoordigers worden ingeschakeld: mensen die aangesteld werden om in naam en voor rekening van de rechtspersoon te handelen. Maar het is niet denkbaar dat hiervoor *alleen* vertegenwoordigers worden ingeschakeld. De aanstelling van een vertegenwoordiger veronderstelt immers al een voorafgaande wilsuiking van de rechtspersoon. De vertegenwoordiger moet door de rechtspersoon gekozen worden. Ultiem moet er dus een wilsuiking zijn die *niet* van een vertegenwoordiger afkomstig is. De rechtspersoonlijke constructie heeft *uit logische noodzaak* een bijkomende rechtsfiguur, een juridisch mechanisme nodig, dat verklaart hoe die *oorspronkelijke* wilsvorming van de rechtspersoon tot stand komt.

¹⁹⁸ Zie *supra* p. 19 e.v.

¹⁹⁹ Men treft dit argument, met soms uiteenlopende nuances, onder meer aan bij: P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 310; J. DE LIEDEKERKE, "Observations sur la théorie de l'organe", *J.T.* 1956, 19; G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 94; A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 216-217; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 132-133 en 138; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, 95; V. SIMONART, "La théorie de l'organe", 718; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 695; P. VAN OMMESELAGHE, "La théorie de l'organe: évolutions récentes", 765; J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 288-289. Vergelijk: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 342 (het argument lijkt gelijkaardig, maar zoals verder zal blijken is RONSE's steun aan de orgaantheorie op dit punt genuanceerder: zie in het *Algemeen deel* p. 362 en *infra* p. 184 e.v.).

“Conférer un mandat, c’est déjà s’exprimer et la question consiste précisément à déterminer comment une personne morale peut s’exprimer”.²⁰⁰

Enkel de orgaantheorie kan dit probleem oplossen. Organen incarneren de rechtspersoon. Zij identificeren zich zodanig met de rechtspersoon dat we te maken hebben met een *oorspronkelijke, directe* wilsuiting van de rechtspersoon. Dit is, volgens haar aanhangers, een conceptueel noodzakelijke eerste stap, alvorens het nog maar mogelijk is over de aanstelling van vertegenwoordigers te spreken.

“En dépit des errements historiques, l’organe précède toujours le mandataire, par une nécessité logique”.²⁰¹

40. Dit zou het *kosmologische orgaanbewijs* kunnen worden genoemd. Het vertoont gelijkenissen met het kosmologische godsbewijs, één van de klassieke godsbewijzen. Het kosmologische godsbewijs steunt op de idee dat alles in het universum een oorzaak nodig heeft dat zijn bestaan verklaart, maar dat, om niet in oneindige regressie te vervallen, je uiteindelijk en noodzakelijk uitkomt bij een eerste oorzaak, een onbewogen beweger, God.²⁰² Vertegenwoordiging veronderstelt steeds een voorafgaande “beweging” (wilsuiting). Hoe ver je bij rechtspersonen ook in de keten teruggaat, aan het einde moet een rechtsfiguur staan die de bewegingen in gang zet, de onbewogen beweger, het orgaan. In beide gevallen is deze eerste beweger fundamenteel onderscheiden van alles wat daarop volgt: hij is een *genus* apart, een categorie op zichzelf, onontkomelijk *sui generis*, hij “*gleicht nur sich selbst*”.²⁰³ Maar is om het orgaan te creëren dan niet opnieuw een wilsuiting, een beweging nodig? Ziehier het antwoord van MICHOU:

Mais ici l’objection ne porte plus. L’organe est conçu comme faisant partie essentielle de la personne morale; il n’est pas créé par elle; il est créé, *en même temps qu’elle*, par les forces sociales qui ont produit sa naissance et en même temps déterminé sa constitution. Il n’y a pas eu un instant de raison pendant lequel la personne morale, née sans organes, s’est recueillie pour les créer. Elle n’a existé juridiquement qu’au moment où elle a eu des organes.²⁰⁴

Echo’s van dit argument weerklinken tot op de dag van vandaag.²⁰⁵ Wel is het zo dat “*les forces sociales qui ont produit sa naissance*” vandaag doorgaans een andere

²⁰⁰ V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 718.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Natuurlijk is dit een vereenvoudigde versie van het argument. Voor een inleiding op de nuances van het kosmologisch godsbewijs, zie: B. DAVIES, *Philosophy of religion*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 179 e.v.

²⁰³ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 615.

²⁰⁴ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 138.

²⁰⁵ “*Il existe en même temps qu’elle, par l’effet de la loi et non point comme la conséquence d’une première démarche consécutive à la création de la personne morale*”: P. VAN OMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765.

invulling krijgen. Voor de klassieke realisten van eind 19e – begin 20e eeuw was dit een onderdeel van het “organische” wordingsproces waarlangs de georganiseerde groepering zich uiteindelijk als “reëel bestaand” organisme in het juridische leven openbaarde.²⁰⁶ Voor de hedendaagse Belgische aanhangers van de orgaantheorie, blijkt, enigszins ironisch, de wet de ultieme motor van het orgaantheoretische mechanisme.²⁰⁷ Maar in beide gevallen is de conclusie dezelfde. De orgaantheorie is inherent aan het rechtspersoonlijkheidsbegrip, omdat het incarnatiemechanisme een logisch noodzakelijk complement van rechtspersoonlijkheid is. Rechtspersoonlijkheid is niet begrijpbaar zonder de incarnatiegedachte die de orgaantheorie centraal stelt.

2.1.3. *Het incarnatiemechanisme is één en ondeelbaar*

41. Dit kenmerk van het incarnatiemechanisme binnen de orgaantheorie wordt minder vaak geëxpliciteerd, maar is daarom niet minder fundamenteel. Het zuivere orgaantheoretische incarnatiemechanisme, waarlangs rechtspersonen geacht worden zelf te handelen, is één en ondeelbaar, uniform. Er is maar één soort organiek optreden. Binnen de rechtspersoon kunnen meerdere organen bestaan, en deze organen kunnen diverse types van handelingen stellen, maar het juridisch mechanisme dat toelaat het optreden van deze organen aan de rechtspersoon toe te rekenen, is steeds hetzelfde: het orgaan incarneert de rechtspersoon, het identificeert zich met de rechtspersoon, zodat organiek optreden het optreden van de rechtspersoon zelf is. Dit juridische mechanisme geldt voor alle organen en voor elk organiek optreden.

“L’incarnation signale ainsi une *figure abstraite unique*”.²⁰⁸

42. In de eerste plaats geldt het voor de verschillende *soorten organen*. Voor de orgaantheorie openbaart de rechtspersoon zich op oorspronkelijke en directe wijze in het maatschappelijke verkeer via zijn organieke structuur. Of die dan uit één of meerdere organen bestaat, maakt voor de orgaantheorie niet veel uit.²⁰⁹ De orgaantheorie heeft als “natuurlijke roeping” van toepassing te zijn op alle personen of entiteiten die in de rechtspersoonlijke organisatie deze inherente rol van rechtspersoonlijke incarnatie spelen.²¹⁰ GIERKE bekritiseert dan ook uitdrukke-

²⁰⁶ Zie bijvoorbeeld: O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 483 e.v.

²⁰⁷ V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 718 en 721; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 695 en 701; P. VAN OMMESELAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765-766. Zie ook: G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 118. Deze lijn heeft trouwens op zich ook een eerbiedwaardige geschiedenis: zie H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 395.

²⁰⁸ J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 257.

²⁰⁹ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 497 e.v. *juncto* 518. Zie ook p. 472.

²¹⁰ G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 114-115 en 119-120. Zie ook: O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 617.

lijk de neiging om het orgaanbegrip anders in te vullen voor bijvoorbeeld de ledenvergadering en het bestuur.²¹¹ Voor hem is de verhouding tot de rechtspersoon in beide gevallen identiek. Een mooi hedendaags voorbeeld van deze eenheidsbenadering, is het *Traité des sociétés* van TILQUIN en SIMONART, waarin de orgaantheorie de centrale invalshoek vormt voor een omvattende bespreking van de werking en het optreden van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid in het algemeen.²¹² De orgaantheorie bestrijkt er het volledige interne en externe leven van de rechtspersoon.²¹³ Eventuele onderscheiden tussen verschillende soorten organen, zoals tussen beraadslagende organen en bestuursorganen, zijn voor deze auteurs dan ook vooral didactisch van aard.²¹⁴ Het activiteitsbereik van de rechtspersoon kan weliswaar verdeeld zijn over verschillende organen, maar binnen zijn bevoegdheidssfeer treedt elk orgaan op volgens dezelfde gesublimeerde perfectie van de orgaantheorie: het incarneert de rechtspersoon en zijn handelen heeft te gelden als dat van de rechtspersoon.

43. In de tweede plaats, geldt het orgaantheoretische mechanisme voor de verschillende *soorten handelingen* van de rechtspersoon. De voorstanders van de orgaantheorie beschouwen dit zelfs als één van haar grote voordelen tegenover de klassiek privaatrechtelijke toerekeningsmechanismen van vertegenwoordiging en aanstelling. Zo kan de rechtspersoon via organieke incarnatie haar eigen bestaan en interne structuur regelen (bv. statutenwijziging, ontbinding), rechtshandelingen verrichten, onrechtmatige daden begaan, te goeder of te kwader trouw zijn, bedriegen of bedrogen worden, dwalen, de eed afleggen, een gerechtelijke bekentenis doen, enzovoort.²¹⁵ In al deze gevallen wordt de oplossing aange-reikt door hetzelfde mechanisme van organieke identificatie tussen rechtspersoon en orgaan.²¹⁶ In het bijzonder ziet de orgaantheorie qua toerekeningsmechanisme geen principieel verschil tussen rechtshandelingen en onrechtmatige daden.²¹⁷ Beide worden op uniforme wijze behandeld vanuit het ruimere systeem.²¹⁸

44. Een cesuur komt er pas op het ogenblik dat het domein van *zelfhandelen* via organiek optreden verlaten wordt voor het domein van het handelen *via anderen*.

²¹¹ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 619.

²¹² T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 693-771.

²¹³ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, 695-696.

²¹⁴ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, 702-703.

²¹⁵ Dit soort lijstjes is populair bij aanhangers van de orgaantheorie. Zie bijvoorbeeld J. DE LIEDEKERKE, "Observations sur la théorie de l'organe", 20; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 135-136; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, 96; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 696; P. VAN OMMESLAGHE, "La théorie de l'organe: évolutions récentes", 766.

²¹⁶ J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 197-198 en 257.

²¹⁷ V. SIMONART, "La quasi-immunité des organes en droit privé", 762; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 750 en 761; P. VAN OMMESLAGHE, "La théorie de l'organe: évolutions récentes", 766. Zie ook: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 148.

²¹⁸ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 748.

Toerekening aan de rechtspersoon op basis van het optreden van anderen blijft immers ook voor de orgaantheorie perfect mogelijk. De rechtspersoon kan lasthebbers aanduiden, die hem ten aanzien van derden vertegenwoordigen. Aangestelden van de rechtspersoon kunnen zijn aansprakelijkheid in het gedrang brengen indien zij onrechtmatige daden begaan. Maar deze mechanismen van toerekening van het gedrag van *anderen* zijn voor aanhangers van de orgaantheorie fundamenteel onderscheiden van het *zelf handelen* dat besloten ligt in het organieke optreden.²¹⁹ Voor de toerekening van het gedrag van anderen bestaan uiteenlopende juridische mechanismen zoals vertegenwoordiging via lastgeving (art. 1984 e.v. B.W.) en aanstelling (art. 1384 lid 3 B.W.). Voor het zelf handelen van de rechtspersoon bestaat maar één, uniform, ondeelbaar mechanisme: organieke incarnatie.

2.1.4. Aard van het incarnatiemechanisme: van organische realiteit naar juridische toerekening

45. Het zal niemand ontgaan zijn dat het incarnatiemechanisme bij momenten wat esoterisch oogt. COIPEL vindt, in recenter werk, zelfs het mysterie van de heilige drievuldigheid kinderspel in vergelijking met de werking van de orgaantheorie.²²⁰ Het is duidelijk dat de orgaantheorie groot werd met beeldspraak. De rol van organen binnen de rechtspersoon werd dan vergeleken met, bijvoorbeeld, menselijke lichaamsdelen zoals het hoofd, de hersenen, de mond of de handen.²²¹ Dat dit soort beeldspraak moeilijk uit te roeien is, bewijst de memorie van toelichting bij de wet van 10 februari 2003 betreffende de aan-

²¹⁹ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 396; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, II, 245; J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 257-258 (i.h.b. randnummers 158-159); T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 699-701; P. VAN OMMESLAGHE, "La théorie de l'organe: évolutions récentes", 765; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 519 en 533.

²²⁰ M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, 25. In een merkwaardig voorbeeld van hoe de realiteit soms de fictie inhaalt, heeft de Franse auteur QUIÉVY in een recent proefschrift het organieke incarnatiemechanisme uitdrukkelijk aangehaakt aan (en de nadere uitwerking bepleit op grond van) "les théories de l'incarnation de Dieu par le Christ, ou de celle de la Couronne par le Roi" (J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 357). De band tussen rechtspersoon en bestuurder "présente des similitudes structurelles avec celui qui lie le Roi à la Couronne et le Christ à Dieu: s'y répère la même trilogie inhérente au phénomène" (p. 198). Het wemelt in dit werk dan ook van theologische referenties: zie verder onder meer p. 255-257, 293, 299-301, 309, 319, 326, 342-343 en 346. De auteur lijkt zonder ironie te impliceren dat al wie voortaan over rechtspersonen en hun organen schrijft, maar beter zijn kennis van de christelijke theologie (en van het absolute monarchisme) opfrist.

²²¹ Zie bijvoorbeeld: P. LECLERCQ, *Concl. bij Cass.* 12 juli 1921, 316; H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 394; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 134 (parafraserend); O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 472. Hier moet meteen aan toegevoegd worden dat MICHOU en GIERKE, in de pagina's die daarop volgen, zelf waarschuwen voor een al te ver doorgedreven analogie.

sprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen:

“[Organen] zijn als het ware de mond, de armen en de benen van de rechtspersoon (...).”²²²

Het hoeft niet te verbazen dat deze traditie vooral stamt uit de glorieperiode van de leer van de realiteit van de rechtspersoon. Het is nu eenmaal eigen aan realisten dat zij moeten trachten tot uitdrukking brengen waarin de realiteit van de rechtspersoon dan wel mag gelegen zijn. Organiek optreden bood hiervoor de uitgelezen kans. Hier kan de realist zich echt uitleven. GIERKE, bijvoorbeeld, beschrijft zeer plastisch hoe de “levenskracht” van de rechtspersoon zich in het optreden van zijn organen ontplooit.²²³ Organiek optreden is niet het optreden van de ene voor de andere, maar wel “*Darstellung des Ganzen durch der Theil*”.²²⁴ MICHOUUD vindt de orgaantheorie superieur omdat ze volgens hem zeer exact weergeeft hoe het orgaan samen met de rechtspersoon geboren wordt als één en onverbreekbaar geheel.²²⁵ Het orgaan en de rechtspersoon zijn “*un tout indissoluble*”.²²⁶ Bij MESTRE lijken op dat punt zelfs metafysische bespiegelingen over de mysterie van het leven niet veraf.²²⁷

46. Voor de klassieke realisten, die de orgaantheorie propageerden, was deze eenheid het gevolg van het wezen van de rechtspersoon als reële entiteit, en ontstond zij organisch in het kader van het ontstaansproces van de rechtspersoon. Met MICHOUUD begon echter een omslag die organieke incarnatie eerder als juridisch-technische realiteit benaderde, en die het moderne oor minder vergezocht klinkt. Sinds MICHOUUD de realiteitsleer met beide voeten op de grond bracht, is er veel minder energie besteed aan doorwrochte uiteenzettingen over hoe de rechtsregels aangaande het rechtspersoonlijke optreden slechts de vertaling zijn van een prejuridische realiteit van organieke incarnatie.²²⁸

²²² Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2001-02, 1736/1, p. 7. Zie ook: D. PHILIPPE en G. GATHEM, “A quelles conditions le dirigeant peut-il engager sa responsabilité aquilienne personnelle à l’égard des tiers ? Les pièges de l’article 1382 du Code Civil”, 103 (“[l’organe] constitue la bouche et la main de la personne morale”); D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 140 (“Dit kan enkel door te aanvaarden dat deze mensen handelen als zijn (figuurlijke) ledematen of organen”).

²²³ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 625; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 472 en 518-519.

²²⁴ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 472. Of nog: de rechtspersoon “*wird als Ganzen durch den Theil insoweit dargestellt, als eben durch diesen Theil das einheitliche Leben des Ganzen sich vollzieht*”. O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 625.

²²⁵ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 143.

²²⁶ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 395.

²²⁷ A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 198.

²²⁸ MICHOUUD roept de realisten tot de orde wat betreft de essentieel juridische aard van de vraag naar de fundamente van het rechtspersoonlijkheidsbegrip (zie *supra* p. 32 e.v.). Het werd later

Wie vandaag de dag de orgaantheorie aanneemt, en zelfs de versteende realistische formules op bijna rituele wijze inroept, onderschrijft niet noodzakelijk het traditionele realisme. Meestal wordt over de – voorbijgestreefd geachte²²⁹ – discussie omtrent de aard van de rechtspersoon vandaag eenvoudigweg geen uitspraak meer gedaan. De meest prominente hedendaagse Belgische aanhangers van de orgaantheorie hebben over rechtspersoonlijkheid zelfs duidelijk een niet-realistische visie.²³⁰ Wellicht zouden weinigen vandaag *uitdrukkelijk* ontkennen dat met incarnatie en identificatie tussen orgaan en rechtspersoon een *essentieel juridisch* procédé wordt beschreven. De vermeende eenheid tussen orgaan en rechtspersoon, zo zij zin heeft, is een *juridische* eenheid.²³¹ Dat het handelen van het orgaan als het handelen van de rechtspersoon wordt beschouwd, houdt in dat er rechtsregels zijn die dit voorschrijven, of minstens met behulp van dit beeld beter worden samengevat en begrepen. Sommigen passen, terwijl zij de orgaantheorie uitdrukkelijk blijven onderschrijven, hun terminologie hieraan aan. Zo wordt bij VAN GERVEN de rechtspersoon *geacht* zelf op te treden door zijn organen.²³² Voor RONSE heeft het handelen van organen *rechtens* te gelden als het handelen van de rechtspersoon zelf.²³³ Met dit soort nuances wordt het essentieel juridische karakter van de organieke incarnatie duidelijker geëxpliciteerd.²³⁴

gebruikelijk om zijn opvatting als de leer van de “juridische” of “technische” realiteit te omschrijven (zie onder meer N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, 35 e.v.; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, 46). Op de eindeloze scholastiek waartoe deze klassificaties aanleiding kunnen geven, wordt hier niet dieper ingegaan. Het werk van MICHOUDE is ontegensprekelijk beïnvloed door het realisme. Maar dat het de tand des tijds heeft doorstaan, komt deels doordat hij vaak vooral in naam een realist is. De vraag vernauwen tot een juridische realiteit, dus tot het recht, is een nogal radicale breuk met het traditionele realistische project. MICHOUDE was misschien wel het paard van Troje voor de realisten.

²²⁹ Zie bijvoorbeeld: H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 613-614; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 230 en 232.

²³⁰ V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, 42-43, 58-59, 166 en 565 e.v.; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 695; P. VAN OMMESELAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 766: “La théorie de l’organe procède de la même idée de fiction que le concept de personne morale lui-même” (voor een meer uitgewerkt beeld van de opvattingen van deze auteur over rechtspersoonlijkheid, samen met L. SIMONT, zie: P. VAN OMMESELAGHE en L. SIMONT, “La notion de l’organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d’administration des sociétés anonymes”, noot bij Cass. 17 mei 1962, *R.C.J.B.* 1964, 80-81 en de zeer lange voetnoot 23).

²³¹ J. DABIN, noot bij Cass. 16 december 1948, *R.C.J.B.* 1949, 112.

²³² W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 148. Zie ook: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 110.

²³³ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 361. Zie ook: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 37.

²³⁴ Dit neemt niet weg dat, wellicht door de wet der traagheid, de gebruikte formules vaak verrassend trouw blijven aan hun oorsprong in het realisme. Maakt dezelfde vaststelling: G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 117 (een bedje waarin deze auteur trouwens zelf ziek is: zie p. 124). Zie ook: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 760.

47. In Hoofdstuk 3 van dit deel wordt verduidelijkt dat in het vervolg van dit onderzoek de moderne juridisch-technische variant van de orgaantheorie centraal staat.²³⁵ Het vroege realisme aanvallen zou vrij gratis zijn. Maar nu al voelt men aan – wat te weinig geëxpliciteerd wordt – dat bij de stap van klassiek-realistische naar juridisch-technische orgaantheorie de bewijslast verschuift. Wie erkent dat de organieke incarnatie van de rechtspersoon een essentieel juridisch proces is, komt het toe de rechtsregels aan te duiden die deze incarnatie schragen en inhoud geven. Het volstaat niet langer abstracte deducties te maken uit de “aard der dingen”.²³⁶ Het incarnatiemechanisme zal juridisch kleur moeten krijgen zonder hulp van een prejudiciële organische realiteit.

48. Organieke incarnatie blijft tot op vandaag dé conceptuele kernaanspraak van de orgaantheorie. De orgaantheorie operationaliseert dit beginsel vervolgens in de twee voornaamste domeinen van het rechtspersoonlijke optreden: rechtshandelingen en onrechtmatige daden.

2.2. “DIRECTE” TOEREKENING VAN RECHTSHANDELINGEN

49. Voor de orgaantheorie leidt het organieke optreden in de eerste plaats tot de *directe, rechtstreekse, onmiddellijke* toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersoon. De rechtspersoon wordt via zijn organen geacht zelf op te treden, zodat de rechtshandelingen die het orgaan stelt, als eigen rechtshandelingen van de rechtspersoon worden aangemerkt.²³⁷ De persoonlijkheid van het orgaan wordt hierbij geabsorbeerd door die van de rechtspersoon.²³⁸ De rechten en verbintenissen ontstaan rechtstreeks bij de rechtspersoon, niet bij het orgaan.²³⁹ Ook in de uitvoeringsfase geldt de redenering. Eventuele contractuele fouten die het orgaan zou begaan, leiden enkel tot contractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon.²⁴⁰

²³⁵ Zie *infra* p. 61 e.v.

²³⁶ Zie voor een voorbeeld van dit laatste: J. DE LIEDEKERKE, “Observations sur la théorie de l’organe”, 19.

²³⁷ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 148 en 150; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 631.

²³⁸ A. COIBION, “Responsabilité extracontractuelle des administrateurs ou gérants: retour à une interprétation orthodoxe de la théorie de l’organe”, 421-422; V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 753; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 719.

²³⁹ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, 749.

²⁴⁰ A.-P. ANDRÉ-DUMONT, C. BRÜLS en H. CULOT, “Responsabilité des organes de société: la restauration?”, 28; Y. DE CORDT, “Chronique d’une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société”, noot bij Cass. 20 juni 2005, *R.P.S.* 2005, 217; J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 258 e.v.; V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 758-759; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 774.

Dit wordt dan gecontrasteerd met het verrichten van rechtshandelingen via een ander, zoals bij “gewone” vertegenwoordiging. Het incarnatiemechanisme is een eigen rechtspersoonlijk toerekeningsmechanisme *sui generis*, dat inherent voortvloeit uit de eigenheid van de rechtspersoon(lijke constructie). De zuivere orgaantheorie ontkent het vertegenwoordigingskarakter van dit toerekeningsmechanisme voor rechtshandelingen. Dit is een belangrijk element van de eigenheid van de constructie, niet enkel traditioneel, maar zelfs tot op dag van vandaag.

Organiek optreden afzetten tegen vertegenwoordiging is *traditioneel* in de orgaantheorie. GIERKE argumenteert dat de rechtspersoon geen “dood begrip” is dat *vertegenwoordiging* door anderen nodig heeft: het is een levende realiteit, die zich in de actie van zijn organen op *onmiddellijke, rechtstreekse* wijze openbaart.²⁴¹ SALEILLES sluit zich aan bij het systeem van GIERKE “*et la distinction qu’il établit entre représentants et organes de la personne morale*”.²⁴² MICHOUUD introduceert de orgaantheorie in contrast met zowel de conventionele als de wettelijke vertegenwoordiging.²⁴³ Vertegenwoordiging veronderstelt altijd een rechtsverhouding tussen *twee* rechtssubjecten: vertegenwoordiger en vertegenwoordigde. De ene treedt op voor de andere.²⁴⁴ Het orgaan anderzijds, heeft geen bestaan los van de rechtspersoon: het is als orgaan geen rechtssubject, het heeft geen persoonlijkheid.²⁴⁵ Het organieke optreden is dus te conceptualiseren als het optreden van *één* rechtssubject: de rechtspersoon treedt zelf op.

Dit argument blijft bovendien, onder diverse vormen, populair tot op de *dag van vandaag*.²⁴⁶ VAN OMMESLAGHE was op dit punt recent nog zeer expliciet:

“A noter que l’application de la *théorie de l’organe* (...) n’implique aucune représentation”.²⁴⁷

²⁴¹ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 472. Zie ook: O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 624-625.

²⁴² R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 324.

²⁴³ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 132-133 en 144-146.

²⁴⁴ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 134.

²⁴⁵ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 134, 136 en 141.

²⁴⁶ R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 17 mei 1962, 256-257; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, 116-117; Y. DE CORDT, “Chronique d’une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société”, 204; Y. DE CORDT en M.A. DELVAUX, “La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier”, 4-5; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 637, voetnoot 3; J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 311; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, 95 en IV, 76; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 590; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 141; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 150; P. VAN OMMESLAGHE en L. SIMONT, “La notion de l’organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d’administration des sociétés anonymes”, 102; J. VAN RYN, *Principes*, I, 259; P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, 176.

²⁴⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 631 (cursivering in het origineel).

Organen incarneren de rechtspersoon en identificeren zich ermee “*sans que doive jouer le mécanisme de la représentation*”.²⁴⁸ De exclusieve toerekening van rechtshandelingen van het orgaan aan de rechtspersoon “*se produit, comme indiqué ci-dessus, par le jeu de la théorie de l’organe elle-même, sans recours à la représentation*”.²⁴⁹ Ook in het recente volume *Rechtspersonen van Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, schrijft Dirk VAN GERVEN: “*In tegenstelling tot de lastgeving, handelt het orgaan niet in naam en voor rekening van de rechtspersoon: het orgaan is de rechtspersoon*”.²⁵⁰

50. Nu is het wel zo dat, zoals in onze rechtstraditie wel vaker het geval is, het onderscheid tussen lastgeving en vertegenwoordiging niet altijd duidelijk wordt gemaakt.²⁵¹ Dit spanningsveld speelt hier wel eens parten. Een aantal onderliggende argumenten lijkt in werkelijkheid eerder tegen de lastgevingskwalificatie van het bestuursmandaat dan tegen het vertegenwoordigingskarakter van het organieke optreden gericht. Er werd al opgemerkt dat zelfs de meest fervente aanhangers van de orgaantheorie er niet altijd in slagen vertegenwoordiging volledig uit hun vocabularium te weren.²⁵² Van MICHOUDE kan zelfs gezegd worden dat zijn steun aan de orgaantheorie op dit punt meer retorisch dan reëel is.²⁵³ Deels wijst dit net op een probleem met de orgaantheorie.²⁵⁴ Hier echter, wordt enkel een kernaanspraak van de orgaantheorie geïdentificeerd: toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersoon verloopt volgens een juridisch mechanisme *sui generis* – organieke incarnatie – dat van vertegenwoordiging fundamenteel verschilt.

²⁴⁸ P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1263. Zie ook H. DE PAGE, weliswaar enigszins zijdelings, waar hij schrijft dat de traditionele problemen omtrent “toerekening” van bedrog van de vertegenwoordiger bij het stellen van een rechtshandeling aan de vertegenwoordigde, zich bij rechtspersonen niet stellen “*en raison de la théorie de l’organe, qui supprime l’idée de représentation et identifie la personne morale et ses agents*” (*Traité*, I, 1962, 69). Zie overigens over de misvatting die erin bestaat deze vraag van wilsgebreken als een probleem van toerekening van onrechtmatige daad te beschouwen: *infra* p. 105 e.v.

²⁴⁹ P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 773; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1272. Ook V. SIMONART benadrukt dat de orgaantheorie op zich volstaat om het rechtsgevolg te verklaren: V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 759.

²⁵⁰ D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 141.

²⁵¹ Zie *infra* p. 75 e.v. Bij VAN OMMESLAGHE is dit echter duidelijk wél het geval.

²⁵² COULOMBEL over GIERKE: “*Ainsi l’idée de représentation n’est-elle pas absente de la pensée du grand théoréticien allemand de l’organe, mais c’est une représentation ‘pleine et immédiate’*”. P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 311. Zie ook: A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 219 (voetnoot 2). Vergelijk reeds: I. VAN CREVELD, *Aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor onrechtmatige daden volgens privaatrecht*, 117-118.

²⁵³ Zie, bijvoorbeeld, elders dan in het stuk over de orgaantheorie: L. MICHOUDE, *La théorie de la personnalité morale*, I, 125. Zie ook *supra* voetnoot 231.

²⁵⁴ Zie *infra* p. 175 e.v.

2.3. “DIRECTE” TOEREKENING VAN ONRECHTMATIGE DADEN

51. De orgaantheorie besluit ook tot de *directe, rechtstreekse, onmiddellijke* toerekening van onrechtmatige daden aan de rechtspersoon. Dit was wellicht initieel haar “*unique selling proposition*”. Natuurlijk is de orgaantheorie (minstens van opzet) een omvattende en geïntegreerde constructie om het optreden van rechtspersonen in zijn geheel juridisch te duiden. Maar vanuit historisch en pragmatisch oogpunt was het vooral de ogenschijnlijk vlotte toerekening van onrechtmatige daden²⁵⁵ aan de rechtspersoon, die de orgaantheorie een voorsprong gaf op de klassiek privaatrechtelijke concurrentie, die op dat vlak als gebrekkig werd ervaren. Of ons gemeen aansprakelijkheidsrecht op dit punt wel zo ontoereikend was, wordt verder onderzocht.²⁵⁶ Maar vast staat dat minstens de *perceptie* van ontoereikendheid, mede onder invloed van de orgaantheorie, zeer ruim ingang heeft gevonden.²⁵⁷ Organen als *vertegenwoordigers* beschouwen, leidt tot notoire moeilijkheden bij de toerekening van onrechtmatige daden. De vertegenwoordigingsbevoegdheid werd verleend om rechtshandelingen te verrichten, niet om onrechtmatige daden te begaan. Anderzijds zouden organen de rechtspersoon ook niet als *aangestelden* kunnen verbinden voor hun onrechtmatige daden (art. 1384, lid 3 B.W.). De specificiteit van de organieke functie zou onverenigbaar zijn met de band van ondergeschiktheid die in de aangesteldenrelatie wordt gelezen. Er zou dan ook geen alternatief zijn dan tot de buitencontractuele immuniteit van de rechtspersoon te besluiten. En inderdaad, Savignisten durfden dit al wel eens te doen.²⁵⁸

Qua resultaat was dit duidelijk zeer onbevredigend. Als puntje bij paaltje kwam zou de rechtspersoon niet aansprakelijk zijn voor de onrechtmatige schade die zijn activiteit aan anderen veroorzaakte? En dit terwijl hij wel genoot van de

²⁵⁵ En binnen de groep der onrechtmatige daden dan nog vooral fouten van organen: zie *infra* p. 319 e.v.

²⁵⁶ Zie *infra* Deel 4 (p. 315 e.v.).

²⁵⁷ M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 238; M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, 18; P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 317-319; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2e uitgave, II dln., Brussel, Larcier, 1967, I, 471 (nr. 1423); H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, 538; J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 311; G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 99-100; L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 234 e.v.; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 420-424; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 6; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 755 en 759; G. VAN HECKE, “La responsabilité des sociétés pour faits de leurs administrateurs en droit belge”, *Rivista delle società* 1956, 1010-1013.

²⁵⁸ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, 312 en 317. Zie ook de bespreking bij: I. VAN CREVELD, *Aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor onrechtmatige daden volgens privaatrecht*, 59 e.v. Of zo leek het tenminste: zie ook *supra* voetnoot 108.

baten van die activiteit? Monsterlijk noemen MAZEAUD en MAZEAUD dit.²⁵⁹ De orgaantheorie bood een uitweg.²⁶⁰ Als organen de rechtspersoon incarneren, als hun handelen in werkelijkheid het handelen van de rechtspersoon is, is het dan niet logisch dat de rechtspersoon via zijn organen ook onrechtmatige daden kan begaan? Als het orgaan wordt opgevat als één met de rechtspersoon, deel uitmakend van zijn meest intieme structuur, rechtstreeks zijn wil vormend, is het dan niet de rechtspersoon zelf die de onrechtmatige daad begaat? De klassieke regels hebben het zo moeilijk omdat steeds wordt gezocht naar een rechtsgrond om de daad van de *ene* (het orgaan) aan de *andere* (de rechtspersoon) toe te rekenen. Voor onrechtmatige daden kan dit niet zomaar op via vertegenwoordiging geuite wil worden gegrondvest: er is een uitdrukkelijke rechtsgrond nodig om iemand buitencontractueel aansprakelijk te maken voor de onrechtmatige daden van een ander. Het klassieke privaatrecht kent hiervoor geen op de rechtspersoon toegesneden mechanisme. Zowel de klassieke regels over vertegenwoordiging (in het bijzonder lastgeving) als over aansprakelijkheid voor andermans daad (in het bijzonder aanstelling) schieten te kort. Maar als de aansprakelijkheid in kwestie in werkelijkheid kan opgevat worden als een *eigen* aansprakelijkheid, als een aansprakelijkheid voor *eigen daad*, dan is dit probleem opgelost. En wat is er nu meer *eigen*, dan het optreden van de rechtspersoon via zijn organen? Het orgaan wordt door de orgaantheorie net opgevat als juridisch één met de rechtspersoon, zodat het zijn optreden op onmiddellijke, directe wijze vorm geeft. De rechtspersoon is dus uit eigen daad, op basis van artikel 1382-1383 B.W. *rechtstreeks* aansprakelijk voor het optreden van zijn organen:

“La personne morale est donc responsable des actes de ses organes, non pas indirectement, comme le commettant est responsable de ses préposés, mais directement, parce qu’aux yeux de la loi ce sont ses propres actes”²⁶¹

Deze claim van de orgaantheorie vond ingang in de rechtspraak van het Hof van Cassatie.²⁶²

²⁵⁹ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 394.

²⁶⁰ Wat volgt is een samenvattende parafrase van de argumenten die men, met uiteenlopende nuances, kan vinden bij onder meer: P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 318; J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 311; H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 395-396; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, II, 244 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 777; O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 626-627 en 743 e.v.

²⁶¹ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, II, 245.

²⁶² Cass. 16 oktober 1922, *Pas.* 1923, I, 14; Cass. 13 december 1923, *Pas.* 1924, I, 82; Cass. 25 februari 1926, *Pas.* 1926, I, 261; Cass. 31 maart 1943, *Pas.* 1943, I, 117; Cass. 15 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 25; Cass. 29 mei 1947, *Pas.* 1947, I, 216; Cass. 16 december 1948, *J.T.* 1949, 148, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT, noot C. CAMBIER, *R.C.J.B.* 1949, 97, noot J. DABIN; Cass. 7 september 1950, *Pas.* 1950, I, 846; Cass. 27 oktober 1982, *Pas.* 1983, I, 278; Cass. 19 december

52. Een zeer betwist punt, zelfs binnen de orgaantheorie, luidt of het orgaan dan zelf nog aansprakelijk is voor de onrechtmatige daad die het materieel heeft gesteld? Kan het slachtoffer zich wenden tot de fysieke personen met organieke functie die hem de schade hebben berokkend, of heeft hij enkel nog verhaal op de rechtspersoon? Op grond van de orgaantheorie, lijkt het *a priori* logisch dat enkel nog de rechtspersoon kan worden aangesproken²⁶³, en de schaarse tegenstanders van de orgaantheorie lieten niet na dit op te merken.²⁶⁴ Het organieke optreden wordt opgevat als het optreden van de rechtspersoon zelf, met wie het orgaan één en ondeelbaar is. Het is net omdat het handelen van het orgaan als het handelen van de rechtspersoon wordt opgevat, dat deze laatste aansprakelijk is op grond van artikel 1382 B.W. voor zijn *eigen* onrechtmatige daad. De persoonlijkheid van het orgaan wordt in dit optreden volledig geabsorbeerd door die van de rechtspersoon. Het orgaan heeft vanuit juridisch oogpunt ten aanzien van het slachtoffer niet zelf gehandeld. Het heeft *als orgaan* zelfs *überhaupt* geen persoonlijkheid. De coherentie van de constructie lijkt dan ook te vereisen dat het voor dit handelen niet ook nog eens zelf aansprakelijk kan zijn op basis van artikel 1382 B.W. De parallel met de toerekening van rechtshandelingen wordt dan compleet: organiek optreden is optreden van de rechtspersoon, en niet van het orgaan. Toerekening van rechten en verbintenissen uit dit optreden gebeurt in alle gevallen rechtstreeks en exclusief aan de rechtspersoon.

Deze “absorptiedoctrine” was geen geloofspunt bij de vroege voorstanders van de orgaantheorie.²⁶⁵ Maar de onweersstaanbare logica van de redenering (althans *prima facie*) moest wel een invloed gaan uitoefenen. In België gebeurde dit vooral

1991, R.W. 1992-93, 396, J.T. 1992, 142, concl. J. VELU. Zie ook: R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 17 mei 1962, 257; E. LIEKENDAEL, Concl. bij Cass. 15 december 1983, 430.

²⁶³ “C’est à cette conclusion que conduit, semble-t-il, le système de GIERKE”: L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, II, 251. Zie verder: M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 241; I. CORBISIER, “Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu’a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d’une personne morale”, *R.P.S.* 1994, 14; Y. DE CORDT en M.A. DELVAUX, “La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier”, 5-6; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 639 en II, 1964, 1122 (voetnoot 3); J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 2e uitgave, Brussel, Larcier, 2004, 128; H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 397; D. PHILIPPE en G. GATHEM, “A quelles conditions le dirigeant peut-il engager sa responsabilité aquilienne personnelle à l’égard des tiers? Les pièges de l’article 1382 du Code Civil”, 90; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 465; V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 753; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 724; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 761; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 782. Zie ook de voetnoot van E.K. bij Cass. 27 oktober 1982, *Pas.* 1983, I, 278. Opgelet: deze auteurs worden geciteerd omdat zij allen vaststellen dat het op eerste gezicht logisch lijkt dat enkel nog de rechtspersoon kan worden aangesproken. Zoals hierna blijkt, verwerpt *in fine* de meerderheid onder hen dit resultaat.

²⁶⁴ C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Brussel, Larcier, 1947, 195; C. CAMBIER, *Aansprakelijkheid van de openbare besturen* in X (ed.), *Administratief Lexicon*, Brugge, die Keure, 1958, 23.

²⁶⁵ Meestal werd ze verworpen: H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 397-399; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, II, 251-252; R. SALEILLES, *De*

onder invloed van het werk van Thierry TILQUIN en Valérie SIMONART.²⁶⁶ Voor deze auteurs is de absorptieleer niet meer dan het logische complement van de orgaantheorie. Het is immers ondenkbaar dat één daad aan twee verschillende personen wordt toegerekend.²⁶⁷ Deze theorie werd naar de voorgrond van de juridische actualiteit geslingerd door een arrest van het Hof van Cassatie van 16 februari 2001. In dit onverwachte arrest, overwoog het Hof dat “*als het 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 wel de vennootschap of lastgever*”.²⁶⁸ Minstens één mogelijke uitleg van dit merkwaardige arrest, was dat het een bevestiging vormde van de standpunten van TILQUIN en SIMONART.²⁶⁹ Het traditionele standpunt van het Hof van Cassatie luidde anders. Zonder al te veel uitleg of theoretische gewetensnood, was de persoonlijke buitencontractuele aansprakelijkheid ten aanzien van derden (niet-medcontractanten) van het orgaan naast die van de rechtspersoon de regel.²⁷⁰ De meerderheid der auteurs heeft, vooral op pragmatische gronden, weinig oor naar de tegenwerping dat zulks strijdig zou zijn met de orgaantheorie.²⁷¹ Het was eerder het voornoemde arrest van 16 februari 2001,

la personnalité juridique, 664; O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 768-769.

²⁶⁶ V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 753 en 759 e.v.; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 724; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 761 e.v. De cartesiaanse logica van het door TILQUIN en SIMONART verdedigde standpunt, blijkt niet zonder aantrekkingskracht: J.-F. LECLERCQ, Concl. bij Cass. 20 juni 2005; ANDRÉ-DUMONT, BRÜLS en CULOT, “Responsabilité des organes de société: la restauration?”, 31-32 en 39; Y. DE CORDT, “Chronique d’une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société”, 234; D. PHILIPPE en G. GATHEM, “A quelles conditions le dirigeant peut-il engager sa responsabilité aquilienne personnelle à l’égard des tiers? Les pièges de l’article 1382 du Code Civil”, 110 en 152. In de 3e editie van deel I (1962) van zijn *Traité*, kan men denken dat reeds DE PAGE dit standpunt niet ongenegen was (zie p. 639). In de 4e editie (1990), bewerkt door JEAN-POL MASSON, wordt dit wat toegedekt met twee voetnoten (zie volume I van wat intussen tome II is, p. 409-410 en de voetnoten 1 en 2 op p. 410). Het resultaat is warrig. Vergelijk ook: deel II, 1964, 1122, voetnoot 3.

²⁶⁷ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 761.

²⁶⁸ Cass. 16 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 303, *T.B.H.* 2002, 698, noot C. GEYS, *R.W.* 2002-03, 340, *R.P.S.* 2001, 348.

²⁶⁹ Maken dezelfde vaststelling, zonder daarom te concluderen dat dit ook effectief de bedoeling van het Hof van Cassatie was: X. DIEUX, “La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers: une révolution de velours”, 236; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 785.

²⁷⁰ Cass. 14 april 1921, *Pas.* 1921, I, 136; Cass. 17 juni 1982, *R.C.J.B.* 1986, 680, noot L. CORNELIS; Cass. 27 oktober 1982, *Pas.* 1983, I, 278 (met zeer uitgebreide voetnoot in de *Pasicrisie* van E. KRINGS); Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1354, concl. J.F. LECLERCQ; Cass. 17 november 2006, *T.R.V.* 2007, 138.

²⁷¹ M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 241; J. DABIN, noot bij Cass. 16 december 1948, 102; H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, 536; X. DIEUX, “La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers: une révolution de velours”, 236; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 180; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 465-466; P. VAN OMMESLAGHE,

waaruit het tegendeel kon worden afgeleid, dat de wenkbrauwen deed fronsen.²⁷² Met een arrest van 20 juni 2005 lijkt het Hof van Cassatie dan ook vrij nadrukkelijk aan te geven dat het arrest van 16 februari 2001 als een geïsoleerd geval moet worden beschouwd. Het Hof besliste immers met zoveel woorden dat het feit dat de rechtspersoon “direct” aansprakelijk is voor een fout van een orgaan, in de regel de persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan niet uitsluit.²⁷³ Het ging hiermee uitdrukkelijk in tegen de conclusie van advocaat-generaal LECLERCQ, die in naam van de orgaantheorie voor een toepassing van de leer van het arrest van 2001 had gepleit.²⁷⁴

3. BESLUIT: DE BELOFTE VAN DE ORGAAN-THEORIE

53. De 19e eeuw was dé periode waarin de private menselijke organisatie zijn intrede deed in het privaatrecht.²⁷⁵ Hiermee begon de juridische vertaling van een economische en maatschappelijke evolutie die al een stuk langer aan de gang was, en waarbij vanaf de 18e eeuw vooral de handelsvennootschappen een voortrekkersrol speelden.²⁷⁶ Hét instrument voor deze juridische vertaling, dat niet toevallig in dezelfde periode volop werd getheoretiseerd, was rechtspersoonlijkheid: de rechtssubjectiviteit van de menselijke groepering, waardoor deze kon ingepast worden in de voorgestelde aangrijppunten van ons privaatrecht. Maar daarmee was het werk niet gedaan. Het is één zaak de idee van een onlichamelijk aanknopingspunt voor rechten en verbintenissen ingang te doen vinden via de techniek

“La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 782, voetnoot 89; J. VAN RYN en X. DIEUX, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers”, *J.T.* 1988, 403.

²⁷² L. BIHAIN, “Responsabilité des dirigeants de société à l’égard des tiers. Pas d’immunité de principe en faveur des organes de société”, 424; A. COIBION, “Responsabilité extracontractuelle des administrateurs ou gérants: retour à une interprétation orthodoxe de la théorie de l’organe”, 424; H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 124-125; P.A. FORIERS en L. SIMONT, “Observations sur un revirement de jurisprudence: représentation et responsabilité aquilienne des organes et mandataires de société”, 426; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 778-779; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 783.

²⁷³ Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1354, concl. J.F. LECLERCQ, *J.T.* 2006, 435, *R.P.S.* 2005, 183, noot Y. DE CORDT, *T.B.H.* 2006, 418, noot A. COIBION, *R.G.A.R.* 2006, nr. 14106, noot C. DALCQ, *DAOR* 2005, 340, noot G. GATHEM, *R.A.G.B.* 2005, 1549, noot I. BLOCKX en E. JANSSENS. Voor een toepassing, zie: Kh. Brussel 10 september 2007, *R.W.* 2007-08, 1559, noot.

²⁷⁴ J.-F. LECLERCQ, Concl. bij Cass. 20 juni 2005, 185-186.

²⁷⁵ H. COING, *Europäischer Privatrecht*, II, 95 en 145.

²⁷⁶ Zie hierover: H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 523 e.v. en II, 95 e.v.; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Parijs, PUF, 1986, 189 e.v.; B. SUPPLE, “The nature of enterprise” in E. RICH en C. WILSON (eds.), *The Cambridge economic history of Europe*, V, *The economic organization of early modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, 436 e.v.

van rechtssubjectiviteit. Maar het dagelijkse raderwerk van het privaatrecht, is het voortdurende proces van ontstaan, overdracht, wijziging, herschikking en uitdoving van deze rechten en verbintenissen, als gevolg van het menselijke optreden waaraan gewilde (rechtshandelingen) of ongewilde (rechtsfeiten) rechtsgevolgen worden vastgeknoopt. Het is nog een andere zaak deze kernmechanismen van ons privaatrecht te vertalen naar het onlichamelijke rechtssubjectieve aanknopingspunt dat de rechtspersoon is.²⁷⁷ Het antwoord op die vraag volgt geenszins uit het enkele feit dat de rechtspersoon rechtssubjectiviteit heeft.²⁷⁸

54. De orgaantheorie biedt hierop één mogelijk antwoord. Zij zoekt dit in de fundamenteen van het rechtspersoonlijkheidsbegrip zelf. Hiermee distantieert zij zich nadrukkelijk van de incrementele toepassing van gemeenrechtelijke mechanismen op rechtspersoonlijke relaties, die het klassieke privaatrecht kenmerkte. De orgaantheorie draait dit proces om. Zij probeert vanuit het rechtspersoonlijkheidsbegrip zelf een nieuwe dogmatiek te ontwikkelen die een *eigen* rechtspersoonlijk optreden vorm kan geven.²⁷⁹ Met dit uniforme handelingsbegrip dient zij zich dan in alle rechtsdomeinen aan. Inherent aan rechtspersoonlijkheid is voor de orgaantheorie een organieke drager die onverbreekbaar deel uitmaakt van de rechtspersoonlijke organisatie, er (minstens in de juridische realiteit) één geheel mee vormt, en de rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon op oorspronkelijke, directe wijze operationaliseert. Organen incarneren de rechtspersoon. In het rechtsverkeer identificeren zij zich ermee, zodat hun handelen het handelen van de rechtspersoon is (opnieuw: minstens in de juridische realiteit). Dit organieke incarnatiemechanisme is eigen aan de rechtspersoon: het heeft verder in het privaatrecht geen voorbeeld.²⁸⁰ Het leidt ertoe dat zowel rechtshandelingen als onrechtmatige daden op directe wijze aan de rechtspersoon worden toegerekend, volgens een toerekeningsmechanisme *sui generis*, dat fundamenteel afwijkt van wat in het klassieke privaatrecht gangbaar is. De instrumenten van klassiek privaatrecht hebben hun nut voor de rechtspersoon, maar pas *nadat* eerst het eigen rechtspersoonlijke mechanisme zijn rol heeft gespeeld.

55. De orgaantheorie biedt zo een antwoord op de fundamentele hartenkreet die treffend verwoord werd door LÖWENSTEYN:

²⁷⁷ Vergelijk: J. VANANROYE, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", 755.

²⁷⁸ Hier vergist de Nederlandse auteur HOEKZEMA zich, wanneer hij uit de erkenning van collectiviteiten als rechtssubject, zonder veel bijkomende uitleg besluit dat hiermee een eigen juridisch handelingsbegrip werd ingevuld. J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 167-171 e.v.

²⁷⁹ Vergelijk: F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 82.

²⁸⁰ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 615.

“Had de rechtspersoon na eeuwen van miskenning eindelijk eens recht op haar eigen dogmatiek?”.²⁸¹

Het radicale *sui generis* van de orgaantheorie, beweerdelijk wars van kunstmatig getransplanteerde gemeenrechtelijke oplossingen, antwoordt hierop luid en duidelijk bevestigend. Het komt er nu op aan dit antwoord te toetsen.

²⁸¹ F. LÖWENSTEYN, “Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap”, *Ars Aequi* 1985, 721. Voor deze bijdrage werd de auteur verzocht op zijn proefschrift uit 1959 terug te blikken. Het citaat verwoordt overigens LÖWENSTEYN’s gemoedsgesteldheid bij aanvang van het doctoraal onderzoek, niet zijn uiteindelijke (tegengestelde) conclusies. Vergelijk: Y. DE CORDT, “Chronique d’une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société”, 233-234.

HOOFDSTUK 3

FALEN VAN DE ORGAANTHEORIE: PRELUDE

1. DE ORGAANTHEORIE ALS JURIDISCHE CONSTRUCTIE

56. De orgaantheorie is een constructie van de rechtswetenschap.²⁸² Zij beantwoordt duidelijk niet aan een fysieke realiteit. Maar zij beantwoordt evenmin aan een evidente juridische realiteit. Zij viel niet rechtstreeks uit de toepasselijke wetbepalingen af te lezen.²⁸³ Nergens stond in de wet het organieke incarnatiemechanisme voor rechtspersonen beschreven.²⁸⁴ Geen enkele vigerende rechtsregel maakte het soort van conceptuele demarches die de kern van de orgaantheorie uitmaakt. De doctrine observeerde een dispaaraat geheel van geldende regels en smeedde ze samen tot een juridische constructie: de orgaantheorie. De constructie werd op haar beurt een inspiratiebron voor juridische oplossingen.

Op zich is hier niets mis mee. Het is bij uitstek het werk van de (traditionele) rechtswetenschap, die daarbij werkt met de primaire materie die wetgeving en rechtspraak aanreiken. Dit proces werd goed beschreven door de Nederlandse rechtsgeleerde Paul SCHOLTEN.²⁸⁵ De rechtswetenschapper verzamelt inductief gegevens, in de vorm van concrete en soms disparate regels van positief recht, systematiseert, ordent, tracht patronen te onderkennen en *construeert* hieruit meer algemene rechtsbegrippen. Van dit proces mag vandaag ruiterlijk worden toegegeven dat het meestal tot op zekere hoogte contingent is. De geest staat open voor verschillende manieren om een bepaalde juridische werkelijkheid te conceptualiseren. Dit betekent echter geen *anything goes*. SCHOLTEN ontkent terecht dat het inzake juridische constructie louter een kwestie van persoonlijke voorkeur is, dat er geen juistere en onjuistere constructies zouden zijn.²⁸⁶

²⁸² M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, 16; H. DE WULF, "Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", 537-538; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 695.

²⁸³ Dit is nog steeds niet het geval: zie *infra* p. 227 e.v. met betrekking tot art. 61, § 1 W.Venn.

²⁸⁴ Zie hierover ook *infra* p. 227 e.v.

²⁸⁵ In SCHOLTEN's klassieke bewerking van het Algemeen Deel van de Nederlandse *Asser-reeks*: C. ASSER en P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, in *Asser-reeks*, I/1, 3e uitgave, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1974 (eerste uitgave 1931), 44-60.

²⁸⁶ C. ASSER en P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, 54-55.

Geïnspireerd door SCHOLTEN, worden hier de volgende vier criteria om de waarde van een juridische constructie aan af te meten, gebruikt.²⁸⁷ In de eerste plaats moet de constructie de positieve stof dekken. Dit is haar levensader. De constructie ordent, systematiseert, veralgemeent en abstraheert op basis van positieve regels. Deze regels vormen haar primaire materie. De constructie moet helpen het positieve recht beter te begrijpen en uit te leggen, wat maar kan indien de positieve rechtsregels geen geweld wordt aangedaan. Ten tweede moet de constructie intern coherent zijn. Zij mag niet zondigen tegen de regels van logica en argumentatie. Ten derde moet de constructie nuttig, doelmatig zijn. Ze moet als basis kunnen dienen voor het beantwoorden van open vragen. Hierbij is ook de beleidsmatige opportuniteit van de resultaten waartoe zij aanleiding geeft, relevant. Ten vierde mag de constructie ook op haar elegantie worden beoordeeld. Anders dan SCHOLTEN echter, lijkt mij elegantie minder met esthetiek, dan wel met het wetenschapsfilosofische vereiste van *eenvoud* te verbinden. Ontologische *eenvoud* of *spaarzaamheid* – de *lex parsimoniae* – is een van de meest fundamentele wetenschappelijke principes.²⁸⁸ Barok of zelfs kitsch kunnen een zekere esthetiek hebben. Maar van de juridische constructie mag men verwachten dat zij zo zuiver mogelijke lijnen gebruikt. Dat zij *het minimum* aan constructie gebruikt die de betrokken rechtsstof vereist. Constructies – hoe indrukwekkend ook – zijn geen doel op zichzelf. Bij gelijkspel op de andere punten, is de eenvoudigste constructie de beste.²⁸⁹

57. In de volgende delen van dit werk wordt hoofdzakelijk aandacht besteed aan de vraag of de orgaantheorie als constructie de positieve stof dekt. Daarbij komt op relevante punten ook aan bod of zij helpt bij het beantwoorden van open vragen, en of zij zich niet bezondigt aan overdreven constructie. Maar hier wordt, als prelude, vastgesteld dat de orgaantheorie al onder een slecht gesternte start. Zij blijkt al louter op het vlak van de interne coherentie problematisch. Dit volgt uit het feit dat de orgaantheorie – ontdaan van wat historische ballast en in moderne termen verwoord – sterk steunt op een *petitio principii* dat vandaag eerder een te bewijzen stelling dan een verklaring is. Die vaststelling bepaalt het referentiekader voor het verdere verloop van het onderzoek.

²⁸⁷ SCHOLTEN zelf put uit het werk van de gekende Duitse rechtsgeleerde JHERING om de volgende drie criteria aan te dragen ter beoordeling van de constructie der juridische begrippen: “*dat zij de positieve stof moet dekken, dat in haar zelf geen tegenspraak moet zijn, dat zij ook aan esthetische eisen moet voldoen*”. Wat verder blijkt dat er in feite nog een vierde criterium is: bevredigend qua resultaten, doelmatig. Zie C. ASSER en P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, 49-50 en 55.

²⁸⁸ Ook vaak *Ockham's scheermes* genoemd naar de 14e-eeuwse Engelse monnik en logicus William of Ockham. In de aan hem toegeschreven formule luidt dit “*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*” of “*pluralitas non est ponenda sine necessitate*”. Zie A. BAKER, “Simplicity” in E. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Stanford University, editie 2008, te consulteren via <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/simplicity>.

²⁸⁹ Vergelijk: J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 331-332.

2. DE ORGAANTHEORIE ALS *PETITIO PRINCIPII*

2.1. INLEIDING

58. Het *petitio principii* is een redeneerfout met een oude stamboom.²⁹⁰ De etymologie van de term houdt verband met de dialectiek van het Griekse dispuut, waarin een welomlijnd twistpunt werd beargumenteerd.²⁹¹ De proponent – hij die voor de stelling argumenteert – kan vragen dat bepaalde premissen hem op voorhand worden verleend, om de discussie te stroomlijnen. Hij mag natuurlijk niet, al dan niet verdoken, om de te bewijzen stelling zelf (*principium*, de vraag, de hoofdzaak) vragen. Een redenering waarbij de conclusie expliciet of impliciet gepostuleerd wordt in een premisse, is een *petitio principii*. De conclusie kan dan weliswaar geldig uit de premisse worden afgeleid (het gaat immers om dezelfde gedachte). Maar men bewijst hier niets mee omdat ten aanzien van de initiële vraag de premisse even problematisch is als de conclusie. Anders uitgedrukt: de premisse kan evengoed uit de conclusie worden afgeleid als omgekeerd. Daarom ook de band met de cirkelredenering. Vaak zullen premisse, conclusie en eventuele tussenstappen in de redenering onderling inwisselbaar zijn: de inferentielijnen lopen telkens in twee richtingen. Wat onderliggend meestal gebeurt bij een *petitio principii* is dat men terugredeneert vanuit de conclusie: de premisse wordt afgesteld op de te bereiken conclusie.

2.2. EENHEID TUSSEN ORGAAN EN RECHTSPERSOON: HET ANTWOORD GEPOSTULEERD

59. De orgaantheorie bevat de *petitio principii* in haar kern.²⁹² De vraag luidt hoe het optreden van rechtspersonen in het rechtsverkeer juridisch wordt gestroomlijnd, gelet op de kloof tussen zijn onlichamelijke rechtssubjectiviteit en de lichamelijke vehikels die nodig zijn om dit optreden vorm te geven. In de woorden van COULOMBEL:

“Le problème de la mise en oeuvre de l’activité d’une personne morale est donc le problème de l’affectation d’activités de personnes physiques à la personne morale”.²⁹³

²⁹⁰ Zie de bespreking bij: C. HAMBLIN, *Fallacies*, Londen, Methuen & Co, 1970, 73 e.v. Ze wordt in het Engels ook wel “*begging the question*” en in het Nederlands “cirkelredenering” genoemd.

²⁹¹ C. HAMBLIN, *Fallacies*, 32-33.

²⁹² Zie ook: N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d’organisation de l’entreprise*, Montpellier, Litec, 2005, 220.

²⁹³ P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 308.

Hoe kan een rechtssubject rechten en verbintenissen verwerven, wanneer het niet zelf de materiële handelingen kan verrichten waarop in ons rechtssysteem de verwerving van het gros van rechten en verbintenissen is gebaseerd? Het antwoord van de orgaantheorie luidt: via organen. Maar hoe slagen organen hier dan in? Doordat hun optreden het optreden van de rechtspersoon zelf is (of minstens vanuit juridisch oogpunt als zodanig wordt aangemerkt). Waarom is het handelen van het orgaan dat van de rechtspersoon? Omdat organen de rechtspersoon *incarneren*: zij geven zijn handelen op *oorspronkelijke, onmiddellijke* wijze vorm. Wat verklaart deze organieke incarnatie? Het feit dat organen inherent en onverbreekbaar deel uitmaken van de rechtspersoonlijke organisatie, zodat rechtspersoon en orgaan *als eenheid* moeten worden opgevat. MICHOUUD:

“Quand il y a organe (...) c’est la personne juridique qui agit *elle-même*; son organe n’est pas quelque chose qui soit distinct d’elle; il est une partie d’elle-même (...). L’organe est conçu comme faisant partie essentielle de la personne morale; il n’est pas créé par elle; il est créé, *en même temps qu’elle* (...). La théorie de l’organe montre l’organe naissant avec la le personne morale elle-même, et ne faisant qu’un avec lui”²⁹⁴

In het orgaanbegrip zit dus als premisse ingebakken dat het (vanuit juridisch oogpunt) structureel één is met de rechtspersoon. Maar daarmee wordt het antwoord op de oorspronkelijke vraag natuurlijk voorondersteld. Als we mogen aannemen dat rechtspersoon en orgaan één zijn, is het evident dat de dualiteit die het vertrekpunt vormt van de vraagstelling, “opgelost” is. Op de vraag hoe rechtspersonen optreden, is “via organen” maar een antwoord op de toerekeningsvraag als in het orgaanbegrip het antwoord al bij postulaat werd ingebouwd. Alle verdere conclusies van de orgaantheorie liggen al in de premisse vervat.

De premisse zelf doet evenwel niet meer dan affirmeren wat bewezen moet worden, *en dit evengoed als de eenheid “juridisch” wordt genoemd*. De kloof tussen rechtspersoon en natuurlijke persoon vormde niet enkel fysiek, maar ook juridisch het uitgangspunt van de probleemstelling. Beide zijn afzonderlijke rechtssubjecten. Als het antwoord als grondslag mag nemen dat beide juridisch één zijn, dat de kloof vanuit juridisch oogpunt niet bestaat, dan wordt het probleem weggepostuleerd. Alles wat hieruit volgt is herformulering van deze premisse. De rechtspersoon kan niet zelf handelen? Geen probleem: rechtspersoon en orgaan zijn één, dus organiek handelen *is* zelfhandelen. De rechtspersoon kan geen oorspronkelijke wil uiten? Geen probleem: rechtspersoon en orgaan zijn één, dus het orgaan is de entiteit die de wil van de rechtspersoon rechtstreeks veruitwendigt. De buitencontractuele fout vereist “*conscience et volonté personnelles*”?²⁹⁵ Geen probleem: “*précisément, l’organe diffère du représentant*

²⁹⁴ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 134, 138 en 143 (cursivering in origineel).

²⁹⁵ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 244.

ordinaire en ce qu'il peut accomplir, au nom de la personne morale des actes impliquant conscience et volonté personnelles".²⁹⁶ Elke concrete situatie waarin de dualiteit tussen rechtspersoon en fysieke personen die voor hem optreden tot vragen aanleiding geeft, wordt beantwoord op grond van een basisbeginsel, een premisse waarin die dualiteit eenvoudigweg wordt ontkend. Dit is geen verklaring, maar een *petitio principii*. De premisse werd op maat van de conclusies gesneden.

60. Voor een moderne rechtswetenschap volstaat dit *petitio principii* niet als grondslag om er wetenschappelijk zinvolle conclusies uit af te leiden. Dit punt is belangrijk, omdat we ons in het vervolg van het onderzoek enkel nog om de moderne, juridisch-technische variante van de orgaantheorie bekommeren, zoals die met MICHOU doorbrak. Oorspronkelijk had de orgaantheorie in wezen nog een verklaring voor haar premisse. De rechtspersoon werd immers als een prejuridische realiteit opgevat, die in het recht enkel erkenning nodig had van eigen en voorafbestaande rechtspersoonlijke wilsvormingsprocessen. De juridische eenheid vond zijn oorsprong in een prejuridische organische verbondenheid tussen de rechtspersoon en de mensen die in zijn schoot actief waren. Het recht moest deze "realiteit" slechts vertalen. Deze theorie is ongetwijfeld een belangrijke "materiële" bron van de huidige orgaantheorie, maar wordt niet meer letterlijk genomen. Ze wordt hier dus niet als al te makkelijk doelwit opgevoerd.

Naar moderne maatstaven is de orgaantheorie een juridische constructie die zich tot doel moet stellen een bepaalde *juridische* realiteit te begrijpen en te verklaren. Maar dan is het niet meer evident de eenheid tussen orgaan en rechtspersoon als juridische premisse te postuleren. Het komt erop aan de rechtsregels aan te wijzen die deze eenheid juridisch schragen. De prejuridische eenheid kan niet meer als startpunt dienen. De moderne orgaantheorie moet uitleggen uit welke positiefrechtelijke mechanismen kan worden geabstraheerd dat wat *prima facie* en ook *vanuit juridisch oogpunt* dualiteit is, niettemin beter eenheid wordt genoemd.

61. Dit punt kan ook als volgt worden geïllustreerd. Wat de *petitio principii* als klassieke argumentatiefout ook voor logici zo interessant maakt, is dat zij strikt genomen als redenering geldig is. De inferentie klopt: je kan iets uit zichzelf afleiden. Soms wordt beweerd dat, in bepaald opzicht, elke geldige wetenschappelijke redenering uiteindelijk een *petitio principii* bevat.²⁹⁷ Maar zelfs als dit het geval zou zijn, dan heeft de redenering slechts *bewijswaarde* in de mate dat de geldigheid van de premisse niet in het geding is, dat de premisse op zichzelf evident is.²⁹⁸

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ C. HAMBLIN, *Fallacies*, 35 en 226-227.

²⁹⁸ Sommigen noemen de *petitio principii* daarom eerder een "*fallacy of proof*" dan een "*fallacy of inference*": zie C. HAMBLIN, *Fallacies*, 33. Zie ook p. 77: "*Nature properly grants us only self-evident truths as premisses: the rest we must infer ourselves. Begging a Question is asking Nature to grant us, without argument, a proposition that is not self-evident.*"

Natuurlijk is de premisse van eenheid tussen rechtspersoon en orgaan in de *fysieke werkelijkheid* manifest niet evident. Maar dit is in de rechtswetenschap geen onoverkomelijk bezwaar. De constructie mag de fictie hanteren, als hier goede redenen voor zijn.²⁹⁹ De cruciale vraag wordt dan of juridische eenheid tussen orgaan en rechtspersoon als basispremissie evident en onproblematisch is op basis van de *juridische werkelijkheid*. Doet de orgaantheorie hier een evidente uitspraak *over het recht*, die zonder al te veel verdere commentaar als premisse kan worden genomen? Hierop is het antwoord negatief. Er waren bij haar ontstaan geen positieve rechtsregels die die eenheid evident tot uitdrukking brachten. De evidente vaststelling was net omgekeerd. Zowel conceptueel, positiefrechtelijk, als historisch “zag” het recht dualiteit – fysieke personen met rechtssubjectiviteit die materiële handelingen stellen – en zocht het naar mechanismen om hun handelen aan de rechtspersoon toe te rekenen. De uitspraak dat deze personen juridisch één zijn met een ander rechtssubject, is een te bewijzen stelling, geen evidente juridische premisse. Door ze toch als premisse te nemen, begaat men een werkelijke *petitio principii* die enkel affirmeert, en niets bewijst.

2.3. INTERNE COHERENTIE ORGAANTHEORIE ONDER DRUK

62. Het eenheidspostulaat zet de interne coherentie van de moderne orgaantheorie zwaar onder druk, zelfs bij haar meest talentvolle voorstanders. In een poging om het te redden door het “juridisch” te vertalen, houdt de orgaantheorie immers op een antwoord te zijn op haar eigen – modern vertaalde – vraagstelling.

Dit probleem vindt best illustratie in het werk van MICHOUUD enerzijds, en TILQUIN en SIMONART anderzijds. Deze auteurs geloven niet (meer) in het traditionele realisme en zoeken een juridische vertaling van de eenheidspremisse. Zij vinden die in de bewering dat de mensen die het orgaan vorm geven, wanneer zij in die hoedanigheid handelen, vanuit juridisch oogpunt geen rechtsverhouding met de rechtspersoon, ja zelfs geen eigen rechtssubjectiviteit hebben.³⁰⁰ Er is juridische eenheid van persoonlijkheid.³⁰¹ Het orgaan mag niet worden verward met de mensen die er deel van uitmaken. Die mensen hebben wél een rechtsverhouding met de rechtspersoon, maar dit is niet de verhouding rechtspersoon-orgaan.

²⁹⁹ Doorgaans stelt men aan ficties wel hogere eisen qua “*redeeming virtues*”: wie de fictie hanteert, moet hier goede redenen voor hebben. Zie hierover onder meer: C. ASSER en P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, 51 e.v.; R. DEKKERS, *La fiction juridique*, Parijs, Sirey, 1935, 85 e.v. Hierop wordt niet verder ingegaan.

³⁰⁰ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 136-137; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 697-698 (“*Dépourvu de la personnalité, l'organe n'a aucun droit ou obligation envers la personne morale à laquelle il s'identifie*”).

³⁰¹ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 134; zie ook: J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 333.

Dit onderscheid geldt zelfs voor het individuele orgaan.³⁰² Het orgaan, zelfs het individuele, is geen rechtssubject maar “*un corps*”.³⁰³

De moderne orgaantheorie brengt hier het ultieme mensenoffer om de premisse van een eenheid *sui generis* tussen orgaan en rechtspersoon als grondslag te behouden, en er tegelijk een juridisch kleurtje aan te geven. De mensen die als orgaan voor de rechtspersoon optreden zijn in die hoedanigheid vanuit juridisch oogpunt *geen rechtssubjecten meer*. Organieke incarnatie bestaat er niet in dat het optreden van mensen met eigen rechtssubjectiviteit aan de rechtspersoon wordt toegerekend, maar wel het optreden van een niet-rechtssubjectieve immateriële entiteit die “orgaan” wordt genoemd, en die ten aanzien van de rechtspersoon rechten noch verbintenissen heeft. Het onderscheid met de “gewone” toerekeningsmechanismen van privaatrecht, zoals vertegenwoordiging voor rechtshandelingen en aanstelling voor onrechtmatige daden, is gered, en blijft rechtstreeks uit de premisse af te leiden. Die klassieke mechanismen steunen immers op toerekening uit optreden van het ene rechtssubject aan het andere en dit op grond van een tussen beide bestaande rechtsverhouding.

Het is echter duidelijk dat de orgaantheorie hier tegen haar eigen *petitio principii* aanloopt, en met een nauwelijks verhulde contradictie eindigt. De juridische eenheid wordt gered door het orgaan juridisch volledig te integreren in de rechtspersoon en het als het ware los te weken van de personen die fysiek optreden. Dit leidt tot een soort van rechtspersoonlijke abstractie in het kwadraat. Na de immateriële entiteit die drager van rechten en verbintenissen is (rechtspersoon), krijgen we een immateriële entiteit die vanuit juridisch oogpunt voor eerstgenoemde optreedt (orgaan).³⁰⁴ Hiervoor betaalt de orgaantheorie echter een zware prijs. Zij biedt niet langer een antwoord op de toerekeningsvraag die zij in een moderne interpretatie nochtans onvermijdelijk moet oplossen. De toerekeningsvraag is verdwenen. Als maar één rechtssubject optreedt, hoeft er niets te worden toegerekend. Maar het probleem dat door de voordeur werd buiten gekeerd, komt langs de achterdeur weer binnen. Hoe kan de immateriële niet-rechtssubjectieve entiteit die van het orgaan wordt gemaakt, nog de materiële handelingen stellen die voor de toerekening van rechten en verbintenissen nodig zijn?³⁰⁵ Het probleem is

³⁰² T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 704: “*l’organe est individuel lorsque toute personne en faisant partie peut valablement agir seule*” (onderstreping toegevoegd); L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 136: “*l’organe collectif ou individuel n’est pas, en tant qu’organe, une personne distincte*”. Zie ook: H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 395 e.v.

³⁰³ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 694.

³⁰⁴ Zeer kleurrijk geïllustreerd bij: R. MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, Parijs-Brussel, Sirey-Larcier, 1911, 271 (“*Si juridiquement la volonté de l’organe et la volonté de l’individu, support de l’organe, sont complètement distinctes, celle-ci cependant exercera parfois une influence regrettable sur celle-là: la décision de l’organe sera en maintes occasions déterminée par des sentiments, des passions, des défaillances de volonté propres à l’individu, support de l’organe*”). Onderstreping toegevoegd.

³⁰⁵ “*A défaut d’avoir elles-mêmes un esprit et un corps, les personnes morales ne peuvent agir qu’à l’intervention de leurs organes*”: V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*,

slechts verplaatst. Het gaat er niet meer om te bepalen hoe de rechtspersoon kan optreden, maar hoe het orgaan kan optreden. De brug tussen rechtspersoon en orgaan wordt geslagen door de kloof te ontkennen, wat uiteindelijk maar kan door het juridische orgaanbegrip te dematerialiseren, te onttrekken aan de rechtssubjectiviteit van de fysieke personen die er lid van zijn, en het volledig binnen de immateriële structuur van de rechtspersoon te trekken. Maar hoe slaat men nu de brug tussen dit uitgepuurde orgaanbegrip en de fysieke personen waarvan iedereen vandaag toch erkent dat het *in fine* zij zijn die optreden? Wie de moderne vaststelling maakt dat het uiteindelijk altijd fysieke personen zijn die handelen, en de vraag erin bestaat hoe rechtsgevolgen uit het handelen van deze rechtssubjecten aan een ander rechtssubject worden toegerekend, kan nooit tevreden zijn met een oplossing die de rechtssubjectiviteit van eerstgenoemde wegpostuleert. Het beste bewijs hiervan is dat de theoretische demarche zeer moeilijk consequent is vol te houden. Het wemelt bij MICHOU³⁰⁶ en bij TILQUIN en SIMONART³⁰⁷ van de passages waarin het orgaan toch weer gewoon mens met rechtssubjectiviteit moet zijn, omdat anders de leegte gaapt. Verder wordt dit uitgebreider toegelicht wanneer het standpunt van TILQUIN en SIMONART over de buitencontractuele immuniteit van het orgaan ten aanzien van derden wordt besproken.³⁰⁸ Hier kan het probleem niet treffender worden geïllustreerd dan met de uitspraak waartoe SIMONART in haar recentste bijdrage komt:

“L'idée d'absorption est donc au centre de la théorie de l'organe. Si certains n'ont pas résisté à la tentation de comparer l'organe «à la tête qui pense et au bras qui agit», cette idée n'a, en soi, rien d'antropomorphique: *l'acte d'une personne est simplement imputé à une autre.*”³⁰⁹

De leer eindigt hier met een contradictie. Men beseft dat het er uiteindelijk om gaat rechtsgevolgen uit het optreden van bepaalde rechtssubjecten aan een ander toe te rekenen. Maar de overgeleverde toerekeningstheorie is erop gebaseerd deze dualiteit te ontkennen. Het ontkennen van rechtspersoonlijkheid van het orgaan is de conceptuele demarche waarmee men probeert beide te verzoenen. Maar dit werkt niet. Het orgaanbegrip wordt incoherent: het is tegelijk eenheid en veelheid, mens van vlees en bloed en immateriële entiteit, rechtssubject en niet-rechtssubject.³¹⁰

554. Die vraag is niet meer beantwoord als het orgaan in die hoedanigheid zelf niet langer “*un esprit et un corps*” heeft.

³⁰⁶ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 141, 147 (en ook 44-45); II, 238-238.

³⁰⁷ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 699, 755 en 758-759.

³⁰⁸ Zie *infra* p. 388 e.v.

³⁰⁹ V. SIMONART, “La théorie de l'organe”, 719-720 (onderstreping toegevoegd).

³¹⁰ QUIÉVY omarmt deze incoherentie als bewijs van zijn theorie dat hier een nieuw juridisch mechanisme aan het werk is dat beter kan begrepen worden door de bril van de christelijke theologie: J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 342 e.v. (“*Le Christ ne se fractionne ni ne se divise en deux personnes, mais forme un seul et même Fils, unique engendré; ou comme l'écrivait le Pape Léon, un seul et même, médiateur de Dieu et des hommes, dans*

En het illustreert het doodlopende straatje waarin de orgaantheorie terechtkomt. De hele rechtsdogmatiek die het rechtspersoonlijke optreden via mensen van vlees en bloed moet schragen, moet nu steunen op het feit dat er *geen rechtsverhouding* bestaat met die mensen wanneer zij in organieke hoedanigheid optreden.³¹¹ Hoe kan dit ooit een zinvol *juridisch* fundament bieden voor het theoretisch inzicht of een nuttig aanknopingspunt voor concrete rechtsvragen?³¹² De diepste kern van de orgaantheorie wordt juridisch georganiseerde leegte.

2.4. DE ENIGE UITWEG: INCARNATIE INDUCTIEF CONSTRUEREN UIT DE POSITIEVE RECHTSSTOF

63. De orgaantheorie kan enkel herrijzen door zich uitdrukkelijker als juridische constructie te positioneren. Het volstaat daartoe niet haar kernpostulaten “juridisch” te noemen. De orgaantheorie moet bewijzen waarom het door haar geconceptualiseerde toerekeningsmechanisme de juridische werkelijkheid beter vat dan alternatieve zienswijzen. Zij kan de toerekeningsvraag niet wegtoveren door eenheid te postuleren. Zij kan dit eenheidspostulaat niet redden door de mensen met organieke rol rechtssubjectief van het toneel te wijzen. Maar misschien kan zij aannemelijk maken dat de positieve rechtsstof die het rechtspersoonlijk handelen beheerst, beter begrepen en verklaard kan worden met behulp van begrippen als identificatie en incarnatie dan met klassiekere mechanismen van privaatrecht zoals vertegenwoordiging, lastgeving, en buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad.³¹³ “*Zonder beeld geen begripsvorming*”,

lequel l'une et l'autre nature retient sans défaut ce qui lui est propre, où l'une et l'autre forme accomplit sa tâche dans la communion avec l'autre”; en verwijzend naar de woorden van Jezus: “*le Père est en moi et moi dans le Père*”). Met andere woorden: met enkel aardse logica is de orgaantheorie niet meer coherent te begrijpen. Zie ook *supra* voetnoot 220.

³¹¹ Zie ook: J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne en L.G.D.J., 2006, 132 (“*La référence à la notion d'organe n'est que de peu d'utilité lorsqu'il s'agit de qualifier juridiquement les liens unissant le groupe à ses représentants (...). Dire que l'organe est la personne morale pour éviter d'admettre que l'organe représente cette dernière mène à une situation difficilement qualifiable sur le plan juridique*”). Zie ook terzijde, maar met een interessante analogie: F. LAURENT, *Principes*, XXVII, 555 (“*[L]a Cour de Douai appelle [le clerc] l'alter ego du notaire; c'est se payer de mots, alors qu'il s'agit de qualifier la convention qui fait du premier clerc l'alter ego du notaire. La cour de Nancy a mieux jugé, à notre avis, que le premier clerc est le mandataire du notaire (...)*”).

³¹² Zo concludeert MICHOU dat er tussen organen geen werkelijke conflicten in de juridische zin kunnen bestaan, omdat organen, als orgaan, geen persoonlijkheid hebben: L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 137 en 148 e.v. Dit terwijl alle interessante juridische problemen net het gevolg zijn van het feit dat die conflicten wel bestaan. Vergelijk, voor een concreet voorbeeld van dit probleem: H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 319 (die terecht opmerkt dat het niet veel zin heeft vragen over het karakter *intuitu personae* van de bestuursopdracht te beantwoorden met het standpunt van TILQUIN en SIMONART dat het bestuursorgaan zich met de rechtspersoon vereenzelvigt, geen rechtspersoonlijkheid heeft, geen opdracht uitoefent, laat staan dus *intuitu personae*).

³¹³ C. ASSER en P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, 50.

om het nogmaals met SCHOLTEN te zeggen. Als op grond van inductief verzamelde positieve gegevens blijkt dat toerekening *verder gaat* of *anders is* dan wat met toepassing van gemeenrechtelijke toerekeningsmechanismen mogelijk is, dan *kan* het wetenschappelijk verantwoord zijn organiek optreden als afzonderlijk *genus* te kwalificeren en *kan* het beeld van organieke incarnatie geschikt zijn om deze afzonderlijke klasse van rechtsfenomenen te benoemen.³¹⁴

Maar hiermee is de bewijslast wel verschoven. Het principe van Ockham's scheermes³¹⁵ verplicht te bewijzen waarom de geobserveerde rechtsfenomenen niet eenvoudiger kunnen worden begrepen als toepassing van bestaande en gekende categorieën, eerder dan hiervoor een heel nieuw begrippenapparaat *sui generis* te postuleren. FORIERS verwoordt een variante van deze idee:

“Lorsqu’une situation peut-être réglée harmonieusement à la lumière des principes classiques nous préférons éviter le recours à des concepts autonomes, certes séduisants, mais souvent incertains – et dont la reconnaissance peut avoir des effets incontrôlés”.³¹⁶

Organieke incarnatie is een eerder barokke constructie en haar historische *roots* stemmen vandaag sceptisch. Een moderne interpretatie van de orgaantheorie mag geen rationalisatie zijn van wat werd overgeleverd, maar moet haar toegevoegde waarde bewijzen aan de hand van concrete juridische gegevens. Is organieke incarnatie een toerekeningsmechanisme met een eigen juridische begripshoud die zowel voor toerekening van rechtshandelingen als voor toerekening van onrechtmatige daden kan worden geïdentificeerd? Slaagt de orgaantheorie erin om zich zinvol te onderscheiden van de gemeenrechtelijke mechanismen van privaatrecht die haar zowel vanuit historisch als conceptueel oogpunt voorafgingen: vertegenwoordiging via lastgeving voor wat betreft rechtshandelingen, en buitencontractuele aansprakelijkheid van de aansteller voor onrechtmatige daden? Die vragen worden frontaal behandeld in Deel 3 (rechtshandelingen) en Deel 4 (onrechtmatige daden). Hiertoe is het echter eerst nodig drie voorvragen te beantwoorden die het gemeenrechtelijke regime van vertegenwoordiging, lastgeving en aanstelling verduidelijken (*infra* Deel 2).

³¹⁴ Maar zelfs dat is niet op voorhand zeker. De vraag is dan nog of de nuances niet beter opgevat worden als punctuele afwijkingen in een specifieke context van meer dieperliggende klassiek-privaatrechtelijke mechanismen, eerder dan dat zij een totaal nieuw en autonoom juridisch referentiekader *sui generis* doen ontstaan. Dit laatste verplicht dan immers antwoorden op concrete rechtsvragen steeds rechtstreeks uit de abstracte constructie af te leiden, eerder dan met behulp van gekende begrippen en rechtsregels. Zie voor een vergelijkbare kritiek, maar dan op de institutionele opvatting van de vennootschap: H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 8-9; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 81. Zie ook *supra* voetnoot 312.

³¹⁵ Zie *supra* voetnoot 288.

³¹⁶ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle” in X (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, 256 (over een andere vraag).

DEEL 2

**VERTEGENWOORDIGING,
LASTGEVING EN AANSTELLING:
DRIE SCHARNIERPUNTEN VAN
GEMEEN PRIVAATRECHT**

64. Deel 1 eindigde met een eerste problematisering van de orgaantheorie. Dit leidt tot nieuwe belangstelling voor de klassieke mechanismen waarop ze beweert een verbetering te zijn. Organieke incarnatie is een complex en tegenintuïtief idee. Het steunt sterk op een postulaat (*petitio principii*) dat vandaag niets verklaart. Om als moderne juridische constructie te herrijzen, moet de orgaantheorie uitdrukkelijker aantonen waarin haar meerwaarde ligt ten aanzien van het meer eenvoudige verklaringsmodel dat het klassieke privaatrecht biedt. Voegt de orgaantheorie op fundamenteel niveau iets toe aan ons rechtsdogmatisch begrip omtrent toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden naar aanleiding van bestuursoptreden in rechtspersoonlijk verband? Dit wordt hierna in Deel 3 (rechtshandelingen) en Deel 4 (onrechtmatige daden) onderzocht. Maar hiertoe moeten eerst drie algemene pijnpunten uit het klassieke privaatrecht worden uitgeklaard, die zijn zinvolle toepassing op de voorliggende materie lijken te hypothekeren. Eenvoudig voorgesteld, gaat het om de volgende drie bezwaren: (i) lastgeving is beperkt tot vertegenwoordigingshandelingen, wat de rechtsfiguur ongeschikt maakt om de rechtspersoonlijke bestuurstaak te begrijpen; (ii) vertegenwoordiging is beperkt tot rechtshandelingen, wat toerekening van onrechtmatige daden van de vertegenwoordiger aan de principaal in de weg staat en dus tot buitencontractuele immuniteit van de rechtspersoon zou leiden; (iii) lasthebbers zijn geen aangestelden, waardoor artikel 1384, lid 3 B.W. evenmin een oplossing biedt.

In dit deel wordt toegelicht dat dit grotendeels op een misverstand berust. Eerst wordt de verhouding tussen vertegenwoordiging en lastgeving onderzocht (*infra* Hoofdstuk 1). Vervolgens komt de verhouding tussen vertegenwoordiging en buitencontractuele aansprakelijkheid aan bod (*infra* Hoofdstuk 2). En tot slot wordt de verhouding tussen lastgeving en aanstelling uitgeklaard (*infra* Hoofdstuk 3). In dit laatste verband bleek het eveneens nodig aandacht te besteden aan de rol van de “feitelijke” gezagsverhouding in de rechtspraak rond het aanstellingsbegrip. Verkeerd begrepen, zou die eveneens zinvolle toepassing op bestuurders in de weg staan.

HOOFDSTUK 1

VERTEGENWOORDIGING EN LASTGEVING

1. INLEIDING

65. Vertegenwoordiging is geen gemakkelijk begrip.³¹⁷ In een moderne opvatting kan vertegenwoordiging omschreven worden als de juridische techniek die bestaat in de toerekening van een rechtshandeling aan een ander rechtssubject dan datgene dat bij de rechtshandeling optrad.³¹⁸ Of nog beknopter: de toerekening van een rechtshandeling aan een ander dan de handelende.³¹⁹ In wat volgt zal vaak naar deze beknopte omschrijving worden verwezen. Hierbij moet in acht worden genomen dat zij steeds de volgende elementen omvat: (i) een rechtssubject dat een gedrag vertoont³²⁰ dat voor het recht een rechtshandeling doet ontstaan, (ii) de toerekening van de rechten en verbintenissen uit deze rechtshandeling aan een ander rechtssubject, en (iii) de niet-toerekening daarvan aan het eerstgenoemde rechtssubject.³²¹ Het beeld dat klassiek wordt gebruikt om dit mechanisme beknopt uit te drukken, luidt: *alsof hij de rechtshandeling zelf heeft verricht*. Hiermee wordt in één klap verwezen naar zowel het feit dat de rechtshandeling in

³¹⁷ Vergelijk de definities bij onder meer: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 40; R. DEKKERS, *Précis*, II, 28; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1961, 45; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 17 (definitie “in de huidige rechtsopvatting”) en 525 (eigen definitie); W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 473; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 158-159; P. WÉRY, *Le mandat*, in *Répertoire notarial*, Brussel, Larcier, 2000, 66. In Nederland: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, in *Asser-reeks*, II/1, 8e uitgave, Deventer, Kluwer, 2004, 1; P. VAN SCHILFGAARDE, *Toerekening van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1969, 27 en 47.

³¹⁸ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 454 en 473; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 158-159; P. VAN SCHILFGAARDE, *Toerekening van rechtshandelingen*, 27.

³¹⁹ Zie reeds: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 187.

³²⁰ “Een gedrag vertonen” lijkt iets accurater dan “een handeling stellen”, omdat “handelen” een mate van actief gedrag evoceert die niet voor elke rechtshandeling nodig is. Maar “handelen” is ongetwijfeld eleganter qua terminologie en zal hierna dan ook worden gebruikt.

³²¹ Hiermee wordt met andere woorden verwezen naar de *volmaakte* of *onmiddellijke* vertegenwoordiging. *De lege lata* is dit meest gebruikelijk. Op pogingen om het vertegenwoordigingsbegrip te verruimen met de zgn. *middellijke* vertegenwoordiging, wordt hier niet dieper ingegaan. Zie hierover: I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 762p; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 488 e.v.

zijn geheel, met alle daarin vervatte rechten en verbintenissen, en *onmiddellijk*, dus van bij zijn ontstaan, aan de vertegenwoordigde wordt toegerekend, als naar het feit dat diezelfde rechtshandeling aan de vertegenwoordiger *niet* wordt toegerekend, zelfs niet transitoir.³²² Als in wat volgt wel eens beknopt naar vertegenwoordiging wordt verwezen als de toerekening van een rechtshandeling aan een ander, dan is dit telkens met deze elementen in het achterhoofd.

Die meer recente omschrijving legt de nadruk op het rechtsgevolg dat in het mechanisme vervat zit – op het uitgepuurde juridische mechanisme zelf dus – en minder op de bron van het mechanisme of op de verklaring ervan.³²³ DIDIER:

“En soi, la représentation désigne un effet juridique, indépendamment de sa cause”.³²⁴

De wet kan deze techniek hanteren – hetzij rechtstreeks hetzij mits tussenkomst van de rechter – net zoals het contractspartijen is toegestaan hem in hun onderlinge verhoudingen te integreren.³²⁵

66. Als zodanig is ook het moderne vertegenwoordigingsbegrip een juridische constructie van de doctrine. Hierop wordt later teruggekomen, wanneer het gaat om de vraag of er binnen het vertegenwoordigingsbegrip ook plaats is voor de toerekening van niet-rechtshandelingen, in het bijzonder onrechtmatige daden (*infra* Hoofdstuk 2). Het moderne vertegenwoordigingsbegrip werd geabstraheerd uit een aantal rechtsverhoudingen waarin toerekening aan een ander zich geleidelijk ontwikkelde tot wat we nu als volmaakte vertegenwoordiging kennen. Vooral de lastgeving heeft daarbij een bijzondere rol gespeeld. Deze rol was oorspronkelijk emanciperend: de vertegenwoordigingstechniek vond in de lastgevingsovereenkomst een vruchtbare voedingsbodem om zich verder te ontwikkelen. Maar in het Belgische en Franse recht leidde dit tot een vervlechting van vertegenwoordiging en lastgeving die vaak tot misverstanden aanleiding geeft. Dit verhaal heeft twee luiken: de misplaatste reductie van vertegenwoordiging tot lastgeving (*infra* 2) en de misplaatste reductie van lastgeving tot vertegenwoordiging (*infra* 3).

³²² “Zonder beeld geen begripsvorming”, om het nogmaals met SCHOLTEN te zeggen. C. ASSER en P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, 50.

³²³ I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 259-260; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 188-189.

³²⁴ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Parijs, L.G.D.J., 2000, 26.

³²⁵ Men onderscheidt wel eens drie soorten van vertegenwoordiging: wettelijke, gerechtelijke en conventionele. H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 376; P. WÉRY, *Le mandat*, 67. Anderen onderscheiden twee hoofdcategorieën: de wettelijke en de conventionele vertegenwoordiging. De gerechtelijke vertegenwoordiging is dan een bijzondere toepassing van de wettelijke. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 41; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 477. Zie voor enkele terechte nuances bij dit soort typologieën: P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 222-223.

2. VERTEGENWOORDIGING HERLEID TOT LASTGEVING: MISPLAATST GEVOLG VAN DE HISTORISCHE ROL VAN LASTGEVING BIJ ONTWIKKELING VAN DE VERTEGENWOORDIGINGSTECHNIEK

67. Vertegenwoordiging is geen juridische evidentie. Een rechtssubject verricht één of meer handelingen die normaal voor het recht in zijn hoofde een rechtshandeling zouden doen ontstaan. Toch wordt de rechtshandeling niet aan hem toegerekend, maar aan een ander rechtssubject. Dit wijkt af van de “normale” gang van zaken.³²⁶ Het vergt enige juridische verbeeldingskracht. Het vertegenwoordigingsbegrip werd dan ook pas relatief laat in de rechtsontwikkeling geconceptualiseerd. Dit proces kan zeer bondig worden geschetst als volgt.

68. Het vroege rechtsdenken is vaak formalistisch, en heeft het dan ook moeilijk met de idee dat rechten en verbintenissen rechtstreeks (zonder cessie) bij een ander ontstaan dan de persoon die materieel heeft gehandeld, en dat tegelijk deze laatste uit het juridische plaatje verdwijnt. Zo ook in het Romeins Recht, waar gold: *alteri stipulari nemo potest*. Het verhaal van de ontwikkeling van een juridisch vertegenwoordigingsconcept, is dan ook het verhaal van een geleidelijke ontworsteling aan de beknelling van deze Romeinsrechtelijke erfenis.³²⁷ Een eerste stap in deze evolutie, is dat in een aantal situaties aan de vordering tegen de (proto)vertegenwoordiger, die in eerste lijn verbonden blijft, een vordering wordt toegevoegd tegen de (proto)principaal.³²⁸ De principaal wordt mee in bad getrokken, zonder dat de vertegenwoordiger al op het droge blijft. Hiervoor zijn al – weliswaar fragmentaire – aanknopingspunten te vinden in het Romeinse recht zelf. Geleidelijk ontstond bij de Romeinen de mogelijkheid om in bepaalde omstandigheden ook tegen de *pater familias* op te treden voor verbintenissen aangegaan door personen (zonen, slaven) die onder zijn macht stonden. Hier ontstond dus een soort accessoire *aansprakelijkheid voor andermans daad*, ook voor rechtshandelingen. Later deed die ook zijn intrede in sommige vrije relaties: de *actio exercitoria* tegen de reder voor schulden aangegaan door de kapitein en de

³²⁶ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 473. Het vertegenwoordigingsfenomeen blijft dan ook de wetenschappelijke geesten beroeren, zoals blijkt uit recent doctoraal onderzoek van Ilse SAMOY in België en Philippe DIDIER in Frankrijk: P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 461p.; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 762p.

³²⁷ Zie hierover onder meer: H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 423-430; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Kaapstad, Juta & Co, 1990, 45-58. Zie ook: I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 25-30.

³²⁸ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Parijs, L.G.D.J., 1982, 76-77. In dit werk werd ervoor gekozen de generieke term “principaal” te gebruiken, eerder dan het visueel meer verwarrende en minder elegant klinkende “vertegenwoordigde”.

actio institoria tegen diegene die een bediende (een *institor*) had aangesteld om een handel te drijven.³²⁹ De *actio institoria* werd vervolgens uitgebreid naar de vrije *procurator* (oorspronkelijk een bevrijde slaaf, later ook een vrijgeborene), die belast was met het beheer van de eigendommen van welstellende Romeinen.³³⁰ Zo ontstonden zeer embryonaal een aantal voorposten die de opmars van vertegenwoordiging voorbereidden. Maar volwaardige vertegenwoordiging was dit zeker nog niet, en diegene die materieel was opgetreden, bleef zelf verbonden.

Van deze fragmentaire aanknopingspunten werd vanaf de Middeleeuwen dankbaar gebruik gemaakt om de evolutie naar een volwaardig vertegenwoordigingsbegrip verder te zetten.³³¹ De praktijk liep hier voorop.³³² Maar daarnaast spraken in de loop van de 16e en 17e eeuw meer en meer toonaangevende rechtsgeleerden zich uit tegen een al te rigide interpretatie van het *alteri stipulari*.³³³ Lange tijd bleef men nochtans de oplossingen zoeken in de Romeinsrechtelijke figuren van accessoire verbondenheid, bijvoorbeeld door de *procurator* als *institor* (aansteller) te beschouwen.³³⁴ Tegelijk was er nog geen eenheid tussen de manier waarop de actieve kant (het verwerven van rechten via een derde) en de passieve kant (het aangaan van verbintenissen via een derde) van de zich ontwikkelende vertegenwoordigingsrelatie werd benaderd.³³⁵ In de tweede helft van de 17e en vooral in de 18e eeuw wordt dan de beslissende stap gezet naar een modern vertegenwoordigingsbegrip³³⁶, waarbij de volledige contractuele rechtsverhouding die uit het optreden van de vertegenwoordiger voortvloeit (met zowel de rechten als de verbintenissen) rechtstreeks tot stand komt met de principaal, en alleen met hem.³³⁷ De overeenkomst van lastgeving lijkt hierin een cruciale rol te

³²⁹ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 36-37; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 51-53.

³³⁰ R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 53-54.

³³¹ De noden van het steeds uitdijende handelsverkeer waren hier wellicht niet vreemd aan: I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 29; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 56.

³³² H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 425. Zie voor een mooi voorbeeld hiervan in vennootschappen: G. SICARD, *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Age*, Parijs, Librairie A. Colin, 1953, 310.

³³³ H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 426; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 56. Het is trouwens niet denkbeeldig dat we hieraan de centrale rol van het beeld van het zelf handelen in vertegenwoordiging te danken hebben. Bij POTHIER bijvoorbeeld (wel al iets later), is dit vrij flagrant. Als deze auteur zegt dat men kan stipuleren via een derde, en dat dit niet gelijkstaat met stipuleren voor een ander omdat men geacht wordt zelf te stipuleren, dan is dit duidelijk een rondje om het *alteri stipulari*. R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, nr. 74. Zie over dit laatste punt ook: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 474-475.

³³⁴ H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 428; Zie ook: P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 37.

³³⁵ H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 424-428.

³³⁶ Althans qua resultaten. De grote theorievorming rond vertegenwoordiging moest dan nog goed op gang komen en treffen we pas aan vanaf de 19e eeuw.

³³⁷ H. COING, "Le développement de la procuration (Vollmacht) en droit allemand", *Travaux et conférences de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles* 1964, nr. 1, I, 429; R. ZIM-

hebben gespeeld. De lastgeving bood al een algemene contractuele basis om iemand anders met een breed palet aan opdrachten te belasten. Handelen met derden was hier een onderdeel van. Het volstond te aanvaarden dat de opdracht om met derden te handelen, als partijen dit wensten, de mogelijkheid kon meebrengen om de volledige rechtsverhouding uitsluitend met de principaal te doen ontstaan.³³⁸ Met de opkomst van natuurrecht en verlichtingsideeën was dit niet meer zo moeilijk. Het *mandatum* bood hierdoor in één klap een instrument voor zowel de (interne) relatie tussen principaal en vertegenwoordiger, waarin de bevoegdheid werd verleend, als de (externe) relatie tussen principaal en derdemedecontractant, waarin de krachtens de lastgeving verleende bevoegdheid, samen met de toestemming van de derde, tot toerekening leidde. Eens de vertegenwoordigingstechniek binnen de lastgevingsovereenkomst “geadopteerd”, gaf de algemeenheid van de lastgevingsovereenkomst de vertegenwoordigingstechniek een enorm elan.³³⁹ Het mandaat werd de bevoorrechte bron van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Lastgeving ontwikkelt zich in die periode dan ook als de hoeksteen *par excellence* voor de uitbouw van het vertegenwoordigingsbegrip.³⁴⁰ In Frankrijk is dit proces onder meer duidelijk in het werk van Robert-Joseph POTHIER³⁴¹ en vindt het begin 19e eeuw zijn beslag in de Napoleontische codificatie.³⁴²

69. Hiermee was definitief aanvaard dat een rechtshandeling bij zijn totstandkoming onmiddellijk en integraal kon worden toegerekend aan een ander rechtssubject dan datgene dat had gehandeld, en niet aan dit laatste. Dit was ongetwijfeld voor die tijd een belangrijke verworvenheid. Maar tegelijk ligt hier voor het Belgische recht, in navolging van het Franse, de oorzaak van een zekere traditie van begripsverwarring tussen vertegenwoordiging en lastge-

MERMANN, *The law of obligations*, 56-57.

³³⁸ Zie over deze evolutie: H. COING, “Le développement de la procuration (Vollmacht) en droit allemand”, 46; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 430 en II, 488.

³³⁹ “La généralité du mandat va faire éclater les frontières de la procuration”: P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 431.

³⁴⁰ H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 429-430 en 463 en II, 455-456 en 488; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 421. Zie ook: I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 29-30.

³⁴¹ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 23-25 (d.i. *Traité des obligations*, nr. 74-84) en III, 137 (d.i. *Traité du contrat de mandat*, nrs. 87-89). Zeer interessant is dat, daarnaast, bij POTHIER ook nog de “actieve aanstelling” overleefd, dit wil zeggen de accessoire verbondenheid van de aansteller, niet enkel voor onrechtmatige daden, maar ook voor rechtshandelingen die de aangestelde zelfs in eigen naam aanging: zie I, 24-25 en 140 e.v. (*Traité des obligations*, nr. 82 en nr. 448 e.v.).

³⁴² H. COING, “Le développement de la procuration (Vollmacht) en droit allemand”, 46; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, II, 455-456, 488; P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 39; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 30; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 57. Ook al draagt de libellering van art. 1998 B.W. nog duidelijk de sporen van de langzame genese (maar zie hierover zeer duidelijk: F. LAURENT, *Principes*, XXVIII, 51).

ving. Het Burgerlijk Wetboek kent geen algemene regeling van de vertegenwoordiging.³⁴³ De meest algemene bepalingen over vertegenwoordiging, staan in de artikelen over de overeenkomst van lastgeving. Dit begon echter beknellend te werken. In de loop van de 19e eeuw emancipeerde vertegenwoordiging zich in een aantal ons omringende landen tot zelfstandig juridisch begrip.³⁴⁴ De techniek werd (h)erkend en gepolijst in andere rechtsverhoudingen dan de lastgeving. In Duitsland begon men met een conceptuele oefening die erin bestond, binnen de lastgevingsovereenkomst zelf, de vertegenwoordigingsmacht jegens derden te abstraheren van de rechtsverhouding tussen partijen. De volmacht werd losgeweekt van de onderlinge rechten en verbintenissen tussen partijen in de lastgevingsovereenkomst.³⁴⁵ Die inzichten vonden hun weg naar latere codificaties (Duitsland, Zwitserland, Oostenrijk, Italië), maar het Belgisch-Franse Burgerlijk Wetboek weerspiegelt ze niet. De neiging vertegenwoordiging te reduceren tot lastgeving blijft dan ook tot vandaag soms moeilijk te onderdrukken.³⁴⁶

70. Daarbij kwam dat zich in de 19e eeuw een spiegelbeweging voordeed. De overeenkomst van lastgeving werd meer en meer gereduceerd tot het vertegenwoordigingsluik: het verrichten van rechtshandelingen in naam en voor rekening van een ander. Dit wordt nu nader belicht.

3. LASTGEVING HERLEID TOT VERTEGENWOORDIGING: MISPLAATST GEVOLG VAN DE DOCTRINALE POGING OM ORDE TE SCHEPPEN IN DE TYPOLOGIE DER BIJZONDERE OVEREENKOMSTEN

71. Lastgeving is volgens artikel 1984 B.W. de overeenkomst waarbij iemand aan een ander de macht geeft om iets voor hem en in zijn naam te doen. Vandaag wordt hier vrij algemeen – althans *de lege lata* – uit afgeleid dat lastgeving in essentie moet slaan op het verrichten van rechtshandelingen in naam en voor

³⁴³ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 222; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 10.

³⁴⁴ Zie over deze historische evolutie vooral: H. COING, *Europäischer Privatrecht*, II, 455-458 en 488-489. Zie ook: P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 28 e.v.; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 29-33; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 421.

³⁴⁵ Zie ook: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 453.

³⁴⁶ Zie bijvoorbeeld H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 375-377.

rekening van de opdrachtgever.³⁴⁷ DE PAGE verwoordt het tekstargument op grond van artikel 1984 B.W.:

“Il n'est pas possible de faire, “au nom” d'une autre personne, autre chose qu'un acte juridique”.³⁴⁸

72. Vóór de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek lagen de zaken anders. Sinds zijn ontstaan in het Romeins recht, heeft het mandaat steeds een uiteenlopende waaier aan opdrachten kunnen omvatten: van puur materiële diensten (bv. kledij wassen) over zogenoemde intellectuele prestaties (bv. een juridisch advies geven) tot het tot stand brengen van rechtshandelingen (een contract sluiten).³⁴⁹ Maar de nadruk lag bij een mandaat toch meestal op het beheer van zaken van een ander, met alle materiële of juridische handelingen die daarbij kwamen kijken.³⁵⁰ Wel ontstond er, zoals net toegelicht, in de 17e-18e eeuw een geprivilegieerde relatie tussen de lastgeving en de stilaan geperfectioneerde vertegenwoordigingstechniek. Het werd gebruikelijk dat lastgeving een vertegenwoordigingsluik omvatte. Het verrichten van rechtshandelingen in naam en voor rekening van de lastgever ontwikkelde zich tot een *natuurlijk* aspect van lastgeving, maar een *essentieel* onderdeel van deze overeenkomst was het aan de vooravond van het Burgerlijk Wetboek nog niet.³⁵¹

73. Er was geen reden om aan te nemen dat dit met het Burgerlijk Wetboek zou veranderen. DOMAT en POTHIER hadden het bij de traditionele opvatting gehouden³⁵², en ook de eerste (mislukte) pogingen tot codificatie na de Franse revolutie

³⁴⁷ Cass. 25 maart 1993, *Pas.* 1993, I, 328; R. DEKKERS, *Précis*, II, 735; H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 358; F. LAURENT, *Principes*, XXVII, 374-378; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 30 (*de lege lata*, maar zie ook p. 207-209); B. TILLEMANN, *Lastgeving*, 3 en 64; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 87 e.v. (kritisch); P. WÉRY, *Le mandat*, 62 en 81. In Frankrijk: P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 28 e.v. (kritisch); F. LABARTHE en C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité des contrats*, Parijs, L.G.D.J., 2008, 115-122; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 195.

³⁴⁸ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 358.

³⁴⁹ H. COING, *Europäischer Privatrecht*, II, 487; P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 30 e.v.; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 420-421. Men mag het Romeinse mandaat tot het stellen van een rechtshandeling niet verwarren met volmaakte vertegenwoordiging, een mechanisme dat de Romeinen, zoals eerder uiteengezet, wellicht niet kenden. Het mandaat tot het verwerven van een zaak, bijvoorbeeld, betekende dat de lasthebber de overeenkomst zelf aanging, en vervolgens onder de lastgeving verplicht was de zaak aan de lastgever te overhandigen, die hem hiervoor moest vergoeden.

³⁵⁰ Zie bijvoorbeeld: R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, III, 113-114 (*Traité du contrat de mandat*, nr. 1-6).

³⁵¹ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 28, 39-40 en 45 e.v.; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 92. Ter herinnering: *essentialia* waren elementen zonder welke het contract niet denkbaar was, *naturalia* waren elementen die vermoed werden aanwezig te zijn, maar waarover partijen anders konden bedingen.

³⁵² “La procuration est un acte, par lequel celui qui ne peut vaquer lui-même à ses affaires, donne pouvoir à un autres de le faire pour lui, comme s'il était lui-même présent. Soit qu'il faille sim-

sloten hierbij aan.³⁵³ Sterker nog: de voorbereidende besprekingen van het Burgerlijk Wetboek, en de eerste commentaren nadien, gaven niet bepaald de indruk dat met artikel 1984 B.W. bewust een andere weg werd ingeslagen. Het beeld dat uit de voorbereidingen naar boven komt, is op zijn best onbepaald, wat eerder op continuïteit dan op een radicale breuk met het verleden wijst.³⁵⁴ In de eerste commentaren werd dan ook vooral naar de traditionele opvatting teruggegrepen.³⁵⁵ Niet zo verwonderlijk: om een wig te drijven tussen POTHIER en het Burgerlijk Wetboek waren doorslaggevende argumenten nodig.

De (ongelukkige) redactie van artikel 1984 B.W. zou uiteindelijk het argument tot koerswijziging leveren: “*lastgeving of volmacht is een handeling, waarbij een persoon aan een ander de macht geeft om iets voor de lastgever en in zijn naam te doen*”. Plots kreeg “de macht om iets in iemands naam te doen” een wel zeer centrale rol in de begripsbepaling van de lastgevingsovereenkomst. Waar dit vandaan komt, zal wellicht nooit meer met zekerheid te zeggen zijn.³⁵⁶ Maar op de legalistische ingestelde geesten van de 19e eeuw moest dit wel een invloed gaan uitoefenen, ook al werd algemeen erkend dat de definitie van artikel 1984 B.W. gebrekkig was.³⁵⁷ Het vertegenwoordigingsluik groeide onder impuls van de doctrine stilaan uit tot de *essentie* van de lastgevingsovereenkomst.³⁵⁸ Lastgeving werd gere-

plement gérer, et prendre soin de quelque bien, ou de quelque affaire, ou que ce soit pour traiter avec d'autres”: J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus*, Parijs, Michel-Etienne David, 1735, deel I, *Les lois civiles*, I, I, XV, I.1 (p. 125). R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, III, 114 (d.i. *Traité du contrat de mandat*, nrs. 5-6).

³⁵³ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 45-46.

³⁵⁴ Zoals bekend, noopt het zeer specifieke voorbereidingsproces dat het Burgerlijk Wetboek onderging, tot voorzichtigheid wat betreft de interpretatie van tekstfragmenten (zie hierover: F. LAURENT, *Principes*, I, 348-349). De meest relevante passages zijn, telkens in J. LOCRÉ, *Législation civile*, VII: uit het Verslag TARRIBLE (p. 376-383), nr. 10 (onbekwamen kunnen lasthebber zijn omdat zij t.a.v. derden uit de relatie verdwijnen), nr. 17 (de lastgever moet de verbintenissen door de lasthebber aangegaan nakomen, omdat het hijzelf is die “*a conçu le plan de ces engagements, qui les a tracés dans la mandat*”), nr. 21 (“*cependant, le mandat a fréquemment pour objet des traités avec des tierces personnes*”); uit het Verslag DE GREUILLE (p. 384-388), nr. 1 (om allerlei redenen kan het noodzakelijk zijn “*de transmettre à un autre le droit de faire et de stipuler en notre nom*”), nr. 5 (algemeen mandaat omvat alles wat nodig is voor het goede beheer der toevertrouwde goederen, waaronder “*faire des réparations*”, net zoals de *procurator omnium bonorum* in het Romeinse recht). Zie hierover ook: P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 46-47; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 93 (voetnoot 3).

³⁵⁵ Zie bijvoorbeeld: R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Du mandat, du cautionnement et des transactions*, Brussel, Wahlen et compagnie, 1846, 6. Maken dezelfde vaststelling: P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 47; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 92.

³⁵⁶ Philippe DIDIER schrijft dit toe aan de invloed van het Pruisische burgerlijk wetboek op PORTALIS tijdens diens tweejarige ballingschap in Duitsland. P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 47. Ongetwijfeld een interessante hypothese, maar zonder diepgaand historisch onderzoek niet met zekerheid te verifiëren.

³⁵⁷ Zie voor die vaststelling, met verdere verwijzingen: P. WÉRY, *Le mandat*, 61.

³⁵⁸ Voor Frankrijk wordt DUVERGIER voor deze evolutie bepalend genoemd: zie P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 48-49; F. LABARTHE en C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, 115 e.v. Voor België situeert VAN GERVEN het bepalende moment bij François LAURENT: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 93. “*Hiermee was*”, aldus VAN GERVEN, “*meteen de*

duceerd tot de overeenkomst waarmee aan een ander de opdracht werd gegeven om *in naam en voor rekening* van de principaal *rechtshandelingen* te verrichten.

74. Deze evolutie werd wellicht in de hand gewerkt doordat zij een uitweg gaf voor een acuut rechtsdogmatisch probleem: de moeilijke verhoudingen in de huishouding der benoemde contracten. De definities van, en grenzen tussen (onder meer) huur van werk en diensten, aanneming, en lastgeving zijn in het Burgerlijk Wetboek niet altijd even duidelijk.³⁵⁹ Traditioneel werd de lastgeving onderscheiden door haar kosteloosheid, minstens in theorie.³⁶⁰ Dit onderscheidingscriterium werd echter in de 19e eeuw (verder) ondergraven, deels door het Burgerlijk Wetboek zelf (zie de artikelen 1986, 1992 en 1999 B.W.), deels door de praktijk. Een letterlijke lezing van de tekst van artikel 1984 B.W. bood een innovatieve oplossing. Lastgeving werd het contract voor opdrachten tot het verrichten van vertegenwoordigingshandelingen – dus rechtshandelingen – en huur van werk voor opdrachten tot het stellen van “materiële” handelingen. In België ont-popte François LAURENT zich tot dé pleitbezorger van deze leer, grotendeels met succes.³⁶¹ Meer en meer werd lastgeving begrepen als de overeenkomst waarmee iemand in essentie met een opdracht tot het verrichten van een (of meer) vertegenwoordigingshandeling(en) was belast.³⁶²

75. Terloops mag worden opgemerkt dat we hiermee binnen de typologie van de bijzondere overeenkomsten werden opgezaagd met een rechtsdogmatiek die terecht wereldvreemd mag worden genoemd. Het onderscheid binnen eenzelfde opdracht tussen vertegenwoordigingshandelingen en andere diensten lijkt niet het meest zinvolle onderscheidingscriterium, omdat beide in de praktijk vaak

verwarring tussen lastgeving en vertegenwoordiging, (...) waaraan ons rechtssysteem zich thans moeizaam tracht te onttrekken, definitief bestempeld”.

³⁵⁹ Louter op basis van de definities gegeven in art. 1710 B.W. (huur van werk) en 1984 B.W. (lastgeving), is bijvoorbeeld duidelijk dat een heel aantal contracten zowel in de ene als in de andere begripsbepaling zouden passen.

³⁶⁰ H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 462-463; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 415-420. Voor een zeer volledige analyse van de Romeinsrechtelijke wortels van de kosteloosheid, zie: J.-H. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, Brussel, Editions de l’Institut de Sociologie de l’Université Libre de Bruxelles, 1962, 168-197.

³⁶¹ F. LAURENT, *Principes*, XXVII, 374 e.v. LAURENT erkent uitdrukkelijk dat hij hiermee afwijkt van de historische opvatting en van POTHIER, maar heeft hier geen probleem mee: “*la tradition est sans valeur aucune quand la loi nouvelle déroge à l’ancien droit*” (p. 376). Helemaal overtuigen doet zijn betoog echter niet. LAURENT maakt weliswaar terecht (en met soms bijtende ironie) komaf met de elitaire pretenties van het kosteloze mandaat als vriendendienst tussen welstellende burgers (inclusief “hogere” prestaties van bepaalde intellectuele beroepen). Maar zijn argument is te veel op deze negatie gesteund om te overtuigen als positief betoog ten voordele van het alternatieve criterium. Zie over de hier geschetste evolutie en de rol van LAURENT ook: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 93. Over de parallelle evolutie in Frankrijk, zie: P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 48.

³⁶² Zie *supra* voetnoot 347.

vervlochten zijn.³⁶³ Bij kwalificatievraagstukken moet men van nochtans relatief eenvoudige economische verhoudingen dan ook snel zeggen dat ze aspecten van diverse contractstypes vertonen. Dit leidt dan onvermijdelijk tot moeilijke discussies over welke regels op welke situaties van toepassing zijn.³⁶⁴ Het is meer een probleem van de typologie dan van de praktijk als het van vrij eenvoudige economische verhoudingen elke keer opnieuw luidt dat hun rechtsdogmatische kwalificatie “complex”, “delicaat”, enzovoort, is.³⁶⁵ Deze stand van ons recht is te betreuren, omdat zij historisch gezien het gevolg is van een vrij contingente evolutie, die niet noodzakelijk voortvloeit uit de tekst of de wordingsgeschiedenis van artikel 1984 B.W.³⁶⁶ De lastgevingsovereenkomst is hierdoor ontegensprekelijk verschaald.³⁶⁷ Het is hier echter niet de plaats om een alternatieve typologie der bijzondere overeenkomsten voor te stellen. Het is overigens maar de vraag of, door de snelle evoluties in bijzondere wetgeving en contractspraktijk, zulke oefening nog zeer zinvol zou zijn.

76. Wel is in het kader van dit onderzoek te onderlijnen dat er zelfs *de lege lata* geen aanleiding is om het voorwerp van de opdracht die bij lastgevingsovereenkomst wordt verleend, volledig tot vertegenwoordigingshandelingen te herleiden. In tegenstelling tot wat uit sommige begripsomschrijvingen zou zijn af te leiden³⁶⁸, is de aanwezigheid van prestaties die op zichzelf genomen geen vertegenwoordigingshandelingen zijn, niet onmiddellijk een onoverkomelijk probleem. Er moet *essentieel* een *vertegenwoordigingsopdracht* worden gegeven om van lastgeving te kunnen spreken. Dit betekent niet dat binnen de lastgevingsovereenkomst geen plaats zou zijn voor prestaties die op zichzelf genomen geen vertegenwoordigingshandelingen zijn³⁶⁹, maar wel onderdeel uitmaken van de vertegenwoordigingsopdracht. Dit zou de lastgevingsbepalingen van het Burgerlijk Wetboek – zelfs los van hun oorspronkelijke invulling – al te zeer denatureren. Het Burgerlijk Wetboek plaatst nog steeds een bepaalde opdracht centraal: iets voor de lastgever

³⁶³ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 94-95; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 448-449. Zie ook: B. TILLEMANN, *Lastgeving*, 11.

³⁶⁴ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 195-200; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 88; G. VAN HECKE, “La responsabilité des sociétés pour faits de leurs administrateurs en droit belge”, 349; P. WÉRY, *Le mandat*, 105-106.

³⁶⁵ Zie bijvoorbeeld: P. WÉRY, *Le mandat*, 105.

³⁶⁶ Wat overigens door H. DE PAGE, nochtans een voorstander van de huidige opvatting, uitdrukkelijk wordt erkend. Zie: *Traité*, V, 1975, 360-361.

³⁶⁷ Zie ook al het voorstel *de lege ferenda* in: G. VAN HECKE, “De *locatio operis faciendi*: een bijdrage tot de systematiek van de contractentypes”, *T.P.R.* 1966, 353.

³⁶⁸ Zie bijvoorbeeld: C. PAULUS, “Enkele facetten van lastgeving” in J. HERBOTS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Actuele problemen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, (328) 329-330, 333 en 338; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 344; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 195-196; P. WÉRY, *Le mandat*, 81.

³⁶⁹ Meestal spreekt men in dit verband van “materiële handelingen”. Maar evengoed kan het gaan om rechtshandelingen zonder vertegenwoordiging (bijvoorbeeld aankopen die gebruikt worden bij de uitvoering van de opdracht en verrekend worden).

en in zijn naam doen (art. 1984 B.W.). De lastgeving kan *een zaak of bepaalde zaken* (bijzondere lastgeving) hetzij *alle zaken* (algemene lastgeving) van de lastgever betreffen (art. 1987 B.W.). Alleen al het feit dat de lastgeving een aantal zaken, of zelfs alle zaken van de lasthebber tot voorwerp kan hebben, impliceert dat de lasthebber *binnen de overeenkomst van lastgeving* verbintenissen heeft (en kan opnemen) tot het verrichten van prestaties die ruimer zijn dan louter het verrichten van rechtshandelingen in naam en voor rekening van de lastgever.³⁷⁰ Ook het in artikel 1988 B.W. gemaakte onderscheid tussen het uitdrukkelijke beding vereist voor daden van beschikking, en de lastgeving in algemene bewoordingen uitgedrukt, die slechts daden van beheer omvat, verstaat zich moeilijk met een lastgeving die uitsluitend vertegenwoordigingshandelingen zou mogen omvatten. Het Hof van Cassatie van zijn kant, is van oordeel dat lastgeving *hoofdzakelijk* het stellen van een rechtshandeling in naam van de lasthebber veronderstelt.³⁷¹ Zo lang vertegenwoordiging de hoofdzaak van de opdracht uitmaakt, sluit dit niet uit dat de lastgevingsovereenkomst de lasthebber prestaties oplegt die geen vertegenwoordigingshandelingen zijn. Het is partijen bij een lastgevingsovereenkomst niet op straffe van diskwalificatie verboden hieromtrent verbintenissen op te nemen. De lasthebber vertegenwoordigt de lastgever *wat deze handelingen betreft* weliswaar niet.³⁷² Maar dat is geen reden – tenzij op grond van een misplaatste assimilatie tussen lastgeving en vertegenwoordiging – om hieruit te besluiten dat deze prestaties niet in een lastgevingsovereenkomst thuishoren.

Nochtans gebeurt dit frequent – maar ten onrechte – indien de onvermijdelijke erkenning dat de meeste vertegenwoordigingsopdrachten ook een luik “materiële” handelingen inhouden, er onmiddellijk toe leidt de vraag als een probleem van gemengde of complexe overeenkomsten te beschouwen.³⁷³ De loutere aanwezigheid van niet-vertegenwoordigingshandelingen in de uitvoering van de opdracht is dan schijnbaar voldoende om de overeenkomst onmiddellijk als gemengd te beschouwen, zelfs indien vervolgens in een aantal (beperkte) gevallen toch op de hele (gemengde) overeenkomst de regels van de lastgeving worden toegepast.³⁷⁴ Zo verregaande reductie van lastgeving tot vertegenwoordiging is

³⁷⁰ Men ziet bijvoorbeeld moeilijk in, hoe het mandaat “*de gérer mon fonds de commerce*”, volgens DE PAGE een bijzondere lastgeving (H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 391), zin heeft zonder een aanzienlijk aandeel “materiële” diensten.

³⁷¹ In het Frans: “*essentiellement*”. Cass. 25 maart 1993, *Pas.* 1993, I, 328, *Arr.Cass.* 1993, 328.

³⁷² Wat materiële handelingen en vertegenwoordiging betreft: zie ook I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 54. Wat rechtshandelingen in eigen naam betreft: hier wordt uitgegaan van de klassieke visie dat dit niet onder het vertegenwoordigingsbegrip valt, maar zonder hierop in dit onderzoek dieper in te gaan. Voor een andere opvatting hierover, zie I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 527.

³⁷³ G. VAN HECKE, “*De locatio operis faciendi*: een bijdrage tot de systematiek van de contractentypes”, 349; P. WÉRY, *Le mandat*, 105-106.

³⁷⁴ I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 54. Zie, zelfs m.b.t. zeer accessoire prestaties, WÉRY: “*Il appartient au juge du fond d’apprécier souverainement si les éléments caractéristiques du mandat sont ou non prédominants dans ce contrat complexe*” (onderstreping toegevoegd): P. WÉRY, *Le mandat*, 105-106. De voorbeelden die in dit verband worden gegeven,

misplaatst. Zelfs indien *de lege lata* de kwalificatie als lastgeving vereist dat de opdracht *in hoofdzaak* op vertegenwoordigingshandelingen slaat, betekent dit niet dat de uitvoering van de opdracht *uitsluitend* vertegenwoordigingshandelingen mag omvatten.

4. BESLUIT VAN HOOFDSTUK 1

77. Vertegenwoordiging verwijst naar het juridische mechanisme waardoor een rechtshandeling als eigen wordt toegerekend aan een ander rechtssubject dan datgene dat heeft gehandeld. Voor het recht is het dan alsof het eerstgenoemde rechtssubject de rechtshandeling zelf had verricht. De vertegenwoordigingstechniek speelt een rol in een heel aantal rechtsverhoudingen, niet enkel binnen de overeenkomst van lastgeving. Lastgeving van zijn kant, is een bijzonder geregelde overeenkomst waarbij een rechtssubject door een ander met een opdracht wordt belast waarin vertegenwoordigingshandelingen de hoofdzaak uitmaken. Vertegenwoordiging is een juridisch mechanisme dat in zijn meest uitgepuurde vorm verwijst naar een wijze van toerekening van rechtshandelingen. Lastgeving is een bijzonder geregelde overeenkomst. Het blijft de overeenkomst van gemeen recht voor de toekenning van een vertegenwoordigingsopdracht. Maar lastgeving en vertegenwoordiging mogen niet tot elkaar worden herleid.

Deze vaststelling zal nuttig blijken wanneer verder in Deel 3 tegen de orgaantheorie en voor bestuur als lastgeving wordt gepleit. Ten eerste omdat de aanwezigheid van prestaties die geen vertegenwoordigingshandelingen zijn, op zich geen doorslaggevend argument tegen lastgeving oplevert. Zo wordt het nochtans soms opgevat in de discussie over de juridische aard van de rechtspersoonlijke bestuursopdracht.³⁷⁵ Ten tweede omdat argumenten tegen lastgeving en tegen vertegenwoordiging soms worden verward. De orgaantheorie spint garen bij die verwarring. Het is niet aanvaardbaar bij organiek optreden toerekening via vertegenwoordiging te ontkennen met argumenten die tegen lastgeving zijn gericht, om vervolgens de lastgevingskwalificatie te betwisten omdat er geen vertegenwoordiging zou zijn.

Belangrijker nog is deze vaststelling als aanknopingspunt om toerekening van rechtshandelingen en toerekening van onrechtmatige daden te scheiden. Het vertegenwoordigingsmechanisme bekleedt een sleutelpositie binnen de overeenkomst van lastgeving. Het laat toe rechtshandelingen van de lasthebber als eigen aan de lastgever toe te rekenen. Klassiek begrepen, rekent het vertegenwoordig-

zoals telefoneren of zich verplaatsten, zijn vaak wel heel accessoir. Het is zelfs nog maar de vraag of het hier wel accessoire dienstprestaties betreft, en niet eerder in het voorwerp van de vertegenwoordigingsverbintenis inherent besloten handelingen (art. 1134-1135 B.W.). STORCK geeft zelfs het aanbrengen van de handtekening op het contract als voorbeeld. Zie: M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 195-195.

³⁷⁵ Zie *infra* p. 242 e.v.

gingsmechanisme *enkel* rechtshandelingen toe. Maar dit is op zich geen reden om te besluiten dat de lastgever niet buitencontractueel aansprakelijk kan zijn voor schade die zijn lasthebber veroorzaakt. Lastgeving is geen synoniem voor vertegenwoordiging. Uit de lastgevingskwalificatie kan niet *louter omdat onrechtmatige daden geen vertegenwoordigingshandelingen zijn* worden afgeleid dat zij de lastgever niet tot buitencontractuele schadevergoeding kunnen verplichten. Dit slaat meteen de brug naar het volgende hoofdstuk.

HOOFDSTUK 2

VERTEGENWOORDIGING EN BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

1. INLEIDING

78. Als bestuurders lasthebbers zouden zijn die de rechtspersoon vertegenwoordigen, is het dan wel mogelijk de rechtspersoon buitencontractueel aan te spreken voor door die bestuurders in de uitvoering van hun opdracht (foutief) veroorzaakte schade? Vertegenwoordiging is immers klassiek beperkt tot rechtshandelingen.³⁷⁶ Onrechtmatige daden vallen normaal buiten de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de lasthebber en worden dus niet via vertegenwoordiging als eigen aan de lastgever toegerekend. Als bestuurders lasthebbers zijn, is de rechtspersoon dan niet buitencontractueel immuun voor hun fouten?

“Curieux sont ces prétendus mandataires qui engagent parfois la société par leurs délits”.³⁷⁷

Dit bezwaar tegen lastgeving heeft een indrukwekkende stamboom in het vennootschapsrecht en geeft steun aan de idee dat er voor de orgaantheorie geen alternatief is.³⁷⁸ Het alternatief – immuniteit van de rechtspersoon – is monsterlijk.³⁷⁹

79. Die visie berust nochtans op een misvatting. De klassieke beperking van het vertegenwoordigingsmechanisme tot rechtshandelingen valt niet te ontkennen,

³⁷⁶ L. CORNELIS, *Beginselen*, 410 e.v.; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 40; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1961, 45-46 *juncto* V, 1975, 358 e.v.; P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 104 (die deze opvatting bestrijdt); I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 48 (die deze opvatting lijkt te bestrijden, maar vergelijk wel 528); M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 195 e.v.; P. WÉRY, *Le mandat*, 256. In Nederland staat dit met zoveel woorden in het B.W.: zie art. 60 van Boek 3 en de zgn. “schakelbepalingen” in de art. 78 en 79. Zie echter het verzet hiertegen bij C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 2 en 173 e.v.

³⁷⁷ G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 101.

³⁷⁸ Zie *supra* voetnoot 257.

³⁷⁹ Zie *supra* voetnoot 259.

en is zelfs goed verdedigbaar (*infra* 2). Maar hieruit volgt geen buitencontractuele immuniteit voor de principaal (*infra* 3). Is die vaststelling dan geen aanleiding om het vertegenwoordigingsmechanisme ruimer te definiëren en er ook onrechtmatige daden onder te brengen? Vooralsnog niet (*infra* 4).

2. VERTEGENWOORDIGING ALS JURIDISCH MECHANISME DAT RECHTSHANDELINGEN TOEREKENT AAN EEN ANDER

2.1. VERTEGENWOORDIGING IS VAN OORSPRONG EEN JURIDISCHE CONSTRUCTIE

80. Om nutteloze scholastiek te vermijden, is het best onmiddellijk toe te geven dat ons modern vertegenwoordigingsbegrip van oorsprong een constructie van de doctrine is.³⁸⁰ Uit een aantal zeer concrete rechtsregels die golden in een aantal zeer concrete relaties en daar welbepaalde resultaten gaven, werd een juridisch mechanisme geconstrueerd³⁸¹; de toerekening, door het recht, van een rechtshandeling, niet aan het rechtssubject dat materieel de handelingen die normaal de rechtshandeling doen ontstaan, heeft gesteld, maar aan een ander rechtssubject, alsof deze laatste de rechtshandeling zelf heeft gesteld. De geschiedenis van dit proces werd al bondig geschetst.³⁸² Geïnspireerd door het Romeins recht, stond het positieve recht lange tijd deze vorm van toerekening in de weg. Geleidelijk boetseerde de rechtspraktijk gevallen waarin het *resultaat* dat we vandaag als vertegenwoordiging zouden herkennen, via indirecte kanalen werd bereikt. Dit breekt echt door in de 17e-18e eeuw, met de overeenkomst van lastgeving als belangrijke katalysator. Het werk van veralgemening en abstrahering uit deze nieuwe positiefrechtelijke gegevens, dat vooral vanaf de 19e eeuw plaatsvond, leidde dan uiteindelijk tot ons modern vertegenwoordigingsbegrip.

De constructie was zo succesvol en raakte zo goed ingeburgerd, dat ze vandaag amper nog als zodanig wordt herkend. Ze vond ook haar weg naar heel wat wetsbepalingen. Maar het Burgerlijk Wetboek dateert van 1804 en weerspiegelt de laatste stap in de evolutie niet volledig.

Dat het Burgerlijk Wetboek geen algemene regeling van vertegenwoordiging kent, is duidelijk.³⁸³ Maar zelfs in de lastgevingsartikels staat het vertegenwoordigingsmechanisme niet volledig zuiver beschreven.³⁸⁴ Er blijft dus in ons recht ook

³⁸⁰ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 7-8. Zie ook over de constructie in het algemeen: *supra* p. 61 e.v.

³⁸¹ Zie ook: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 189.

³⁸² Zie *supra* p. 77 e.v.

³⁸³ Zie ook: P.A. FORIERS, "Aspects de la représentation en matière contractuelle", 222.

³⁸⁴ Art. 1998 B.W. bepaalt dat de lastgever gehouden is de verbintenissen die de lasthebber aanging, na te komen. Die vrij indirecte omschrijving (zie reeds de kritiek bij F. LAURENT, *Prin-*

nog vandaag inherent een belangrijk element van doctrinale constructie verbonden aan de omschrijving van het privaatrechtelijk vertegenwoordigingsbegrip. Dit is geen probleem: het is het geëigende werk van de rechtsleer, daarbij werkend met de stof die wet en rechtspraak aanreiken. Maar het moet ons bewust maken van twee zaken. In de eerste plaats dat discussies over vertegenwoordiging als juridisch concept plaatsvinden op een ander niveau van abstractie dan discussies over de toepasselijkheid van deze of gene concrete regel van positief recht. De juridische constructie moet de positieve werkelijkheid verklaren en beter werkbaar en begrijpbaar maken, ze mag zich er niet voor in de plaats stellen. Het loopt fout als men geprefereerde antwoorden op concrete rechtsvragen rechtstreeks uit de constructie poogt af te leiden, in weerwil van toepasselijke positiefrechtelijke regels. In de tweede plaats dat de omschrijving van vertegenwoordiging als juridisch begrip altijd in bepaalde mate contingent zal blijven. Het antwoord staat niet in steen gebeiteld, het is het product van een proces van mentale conceptualisering dat meestal ook anders kan. De vraag bij deze of gene juridische constructie is niet of zij noodzakelijk is zoals ze is, maar of ze beter is dan het alternatief.

81. Met die nuance in het achterhoofd, is duidelijk dat het klassieke begrip van vertegenwoordiging als mechanisme voor toerekening van rechtshandelingen aan een ander *prima facie* zinvol is (*infra* 2.2). Maar dit betekent helemaal niet dat de principaal “immuun” zou zijn voor rechtsgevolgen uit gedrag van zijn vertegenwoordiger dat geen rechtshandeling is (*infra* 3).

2.2. BEPERKING VAN VERTEGENWOORDIGING TOT RECHTSHANDELINGEN IS *PRIMA FACIE* VERDEDIGBAAR

82. Vertegenwoordiging kan coherent omschreven worden als het juridische mechanisme dat erin bestaat een rechtshandeling toe te rekenen aan een ander rechtssubject dan datgene dat materieel handelde. Voor het recht is het dan alsof eerstgenoemde zelf had gehandeld. Eerder werd al benadrukt dat deze beknopte omschrijving normaal drie elementen omvat: (i) een rechtssubject dat één of meerdere handelingen stelt die normaal voor het recht een rechtshandeling doen ontstaan, (ii) de toerekening van deze rechtshandeling aan een ander rechtssubject, en (iii) de niet-toerekening van deze rechtshandeling aan het eerstgenoemde rechtssubject.³⁸⁵

cipes, XXVIII, 51) is een tastbare herinnering aan het feit dat *volmaakte* vertegenwoordiging pas vrij laat in de rechtsontwikkeling geconceptualiseerd werd (zie *supra* p. 75 e.v.).

³⁸⁵ Zie *supra* p. 75 e.v.

Wat men de beperking van vertegenwoordiging tot rechtshandelingen noemt, verwijst in wezen naar het feit dat het vertegenwoordigingsmechanisme geconceptualiseerd werd als een manier om rechtshandelingen aan een ander toe te rekenen, of, anders verwoord, als een manier om rechtshandelingen in hoofde van een rechtssubject te doen ontstaan via tussenkomst van een ander. Het *voorwerp* van het vertegenwoordigingsmechanisme is de rechtshandeling. *Prima facie* is dit logisch. De rechtsverhoudingen waaruit het vertegenwoordigingsbegrip werd geabstraheerd delen het kenmerk dat het primair *de bedoeling* is dat *gewilde* rechtsgevolgen worden teweeggebracht bij de principaal. Onderliggend aan inschakeling van de vertegenwoordigingstechniek, is dat om één of andere reden³⁸⁶ de rechtssfeer van een ander door de vertegenwoordiger *doelgericht* moet kunnen worden beïnvloed.³⁸⁷ Waar de vertegenwoordigingstechniek gehanteerd wordt – door de partijen, door de wetgever, door de rechter – is dat essentieel omdat het de bedoeling is dat iemand gewilde rechtsgevolgen voor iemand anders kan nastreven, dus rechtshandelingen kan verrichten die bij die ander de daarin vervatte gewilde rechtsgevolgen meebrengen.³⁸⁸ Die bedoeling hoeft niet in hoofde van de principaal zelf aanwezig te zijn. Denk maar aan niet-consensuele rechtsverhoudingen waarin vertegenwoordiging een rol speelt, zoals de voogdij of de zaakwaarneming. Maar ook waar de mening van de principaal niet wordt gevraagd, strekt het gebruik van de vertegenwoordigingstechniek in de rechtsverhouding ertoe de vertegenwoordiger *de mogelijkheid te geven* (en soms *de plicht op te leggen*) om de rechtstoestand van de principaal doelbewust te beïnvloeden. In ons rechtssysteem is hét instrument om iemands rechtstoestand doelbewust te regelen, de rechtshandeling. Vertegenwoordiging heeft dus een natuurlijke affiniteit met rechtshandelingen, hét instrument bij uitstek dat het recht aan rechtssubjecten ter beschikking stelt om gewilde rechtsgevolgen te doen ontstaan. Hiermee is niet gezegd dat de rechtsverhouding waarin vertegenwoordiging wordt gebruikt uitsluitend – of zelfs nog maar hoofdzakelijk – het verrichten van aan de principaal toe te rekenen rechtshandelingen tot doel heeft. Dit hangt af van geval tot geval. Zelfs de lastgeving kan bijkomend niet-vertegenwoordigingshandelingen omvatten.³⁸⁹ Enkel dat *als* de vertegenwoordigingstechniek wordt ingebed in een rechtsverhouding, *dit aspect* van de rechtsverhouding tot doel heeft rechtshandelingen aan de principaal toe te rekenen.³⁹⁰

³⁸⁶ De exacte reden hangt af van het type vertegenwoordigingsrelatie.

³⁸⁷ De terminologie “beïnvloeding van andermans rechtssfeer” gaat terug op het werk van Walter VAN GERVEN. Zie: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 159 e.v.; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 473 e.v.

³⁸⁸ Zie analoog, maar met iets te veel nadruk op de bedoeling van partijen (wat niet in alle vertegenwoordigingsverhoudingen relevant is): L. CORNELIS, *Beginnselen*, 411.

³⁸⁹ Zie *supra* p. 80 e.v.

³⁹⁰ Dit wordt nog duidelijker als het om een meerszijdige rechtshandeling gaat, meestal een overeenkomst. In dat geval is ook de toestemming van een wederpartij vereist om de overeenkomst tot stand te brengen. Die toestemming slaat niet enkel op de inhoud van de overeenkomst maar – behoudens andersluidend beding – ook op de identiteit van de wederpartij. Het verte-

83. In de traditionele opvatting die het vertegenwoordigingsmechanisme tot rechtshandelingen beperkt, beantwoordt aan deze doelstelling een specifiek en herkenbaar juridisch-technisch stramien. De hete aardappel die de rechtshandeling is, met alle daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen, belandt onmiddellijk en integraal in de schoot van de principaal. De rechten en verbintenissen uit rechtshandeling ontstaan in het vermogen van de principaal *en niet* in dat van de vertegenwoordiger.³⁹¹ De rechtsverhouding die desgevallend als gevolg van de rechtshandeling met een derde tot stand komt, ontstaat onmiddellijk en rechtstreeks tussen principaal en medecontractant, en niet met de vertegenwoordiger. De vertegenwoordiger wordt voor het recht geen partij bij die rechtsverhouding.³⁹² De vertegenwoordiger heeft weliswaar materieel gehandeld, maar *de rechtshandeling* wordt door het recht aan de principaal toegerekend. Dit stramien wordt samengevat met het beeld *alsof hij de handeling zelf heeft verricht*.³⁹³ Het beeld vat de essentiële juridisch-technische demarche goed samen: voor het recht is het alsof deze rechtshandeling door de principaal werd verricht *en niet* door de vertegenwoordiger. Dit beeld lijkt mij een verdedigbare manier om het veelgeplaagde “in naam van” in onze positiefrechtelijke teksten te begrijpen. In naam van iemand anders handelen, betekent dat het rechtens is alsof niet diegene die handelt, maar diegene in wiens naam werd gehandeld, heeft gehandeld.³⁹⁴ Ook de uitdrukking dat bij vertegenwoordiging aan de principaal “de rechtshandeling wordt toegerekend”, is in dit verband verdedigbaar. In wezen is dit een afkorting voor het ontstaan, bij de principaal, en niet bij de vertegenwoordiger, van de rechten en verbintenissen uit rechtshandeling.³⁹⁵ Maar de uitdrukking geeft goed weer dat het

genwoordigingsmechanisme treedt dus enkel in werking als ook de wederpartij de rechtsgevolgen bij de principaal *wil* zien ontstaan. Zie ook: X. DIEUX, “La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme: questions de principe!”, 130 (met die nuance, opnieuw, dat de voorafgaande wilsuiting van de principaal niet in alle vertegenwoordigingsverhoudingen even relevant is. Net zoals de wil van de medecontractant, die deze auteur zeer centraal plaatst, niet voor alle via vertegenwoordiging te stellen rechtshandelingen relevant is).

³⁹¹ R. DEKKERS, *Précis*, II, 735.

³⁹² Het belang van dit aspect wordt misschien onderbelicht. De specifieke meerwaarde van een *juridisch* vertegenwoordigingsmechanisme lijkt immers vooral hierin gelegen dat het toelaat vertegenwoordigers te gebruiken die niet de bedoeling hebben zich te verbinden wat betreft de te stellen rechtshandeling(en) en dat hen de garantie kan geven dat – als alles correct gebeurt en behoudens gevallen waarin partijen hiervan willen afwijken – zij ook niet verbonden zullen zijn.

³⁹³ “Zonder beeld geen begripsvorming”: C. ASSER en P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, 50.

³⁹⁴ “In naam van” verwijst dan naar een juridisch oordeel over wie voor het recht partij is bij de rechtshandeling. Zie: P. VAN SCHILFGAARDE, *Toerekening van rechtshandelingen*, 23. Dit laat de twistvraag onverlet of, en in welke omstandigheden, de vertegenwoordiger ook feitelijk moet zijn opgetreden in naam van een ander om die ander vanuit juridisch oogpunt partij te maken bij de rechtshandeling. Op deze laatste vraag wordt hier niet ingegaan. Zie hierover onder meer: I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 44-45 en 380-383; H. SCHOORDIJK, “Het ‘op naam vereiste’ bij de vertegenwoordiging honderd jaar na Schlossmann”, *T.P.R.* 2000, 1069-1106.

³⁹⁵ Vergelijk Boek 3, art. 66 van het Nederlandse BW: “Een door de gevolmachtigde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in naam van de volmachtgever verrichte rechtshandeling treft in haar

er wel degelijk om gaat het doorgaans welomlijnde pakketje rechtsgevolgen dat de rechtshandeling in zich draagt, *in globo* toe te rekenen aan de principaal. Alleen rechtshandelingen zijn juridisch zo welomlijnd. Alleen bij rechtshandelingen is het daarom zo vlot juridisch denkbaar de principaal in de positie te plaatsen die zou volgens als hij de rechtshandeling zelf had verricht *en tegelijk* de vertegenwoordiger ten aanzien van de rechtshandeling in kwestie in de positie die zou volgen als hij *ze niet* had verricht.³⁹⁶

84. Men denkt soms dat dit klassieke beeld ontkracht wordt doordat de wil van de principaal niet altijd een even grote rol (en soms zelfs geen enkele rol) speelt.³⁹⁷ Dit wordt wellicht in strijd geacht met de idee dat de principaal rechtens geacht wordt zelf te hebben gehandeld. Maar *rechtens* geacht worden zelf te hebben gehandeld, betekent nu net dat het recht toerekent.³⁹⁸ In hoeverre de wil van de principaal hieraan ten grondslag ligt, is een vraag van een andere orde. Vertegenwoordiging verwijst enkel naar het juridische mechanisme dat bestaat in de toerekening van een rechtshandeling aan een ander rechtssubject dan datgene dat de rechtshandeling materieel heeft gesteld. Over de bron van dit mechanisme wordt niets gezegd. Het recht aanvaardt (en regelt) het eigen initiatief van partijen in dit verband (conventionele vertegenwoordiging), maar in andere gevallen speelt de wil van partijen – en zeker van de principaal – een veel beperktere rol (wettelijke en gerechtelijke vertegenwoordiging). Wat telt is dat het recht de rechtshandeling die door een vertegenwoordiger wordt gesteld, toerekent aan de principaal en niet aan de vertegenwoordiger. Rechtens is het dan of de principaal zelf heeft gehandeld. Het is hiervoor niet noodzakelijk dat de principaal de rechtshandeling ook *effectief* zelf had kunnen of zelfs willen stellen. In sommige gevallen is het precies omdat hij dit zelf niet kon, dat het recht in vertegenwoordiging voorziet.

gevolgen de volmachtgever". Zie ook: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 473. Vergelijk: P. VAN SCHILFGAARDE, *Toerekening van rechtshandelingen*, 27.

³⁹⁶ H. DE WULF drukt dit, toegepast op lastgeving, kernachtig uit als volgt: "*alleen de rechtshandelingen van de lasthebber worden geacht de rechtshandelingen van de lastgever te zijn*" (H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 127). Zie ook: J. VANANROYE, "Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid", 84 ("Dit optreden *in naam van*", en de bijhorende "immunité", heeft dan ook enkel voor rechtshandelingen betekenis, niet voor rechtsfeiten").

³⁹⁷ Zie P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 20-21. De auteur geeft enkele voorbeelden van gevallen waarin de rechtshandeling voortspuit uit de enkele wil van de vertegenwoordiger, zoals bij onbekwamen. Een ander interessant voorbeeld is de zaakwaarneming mét vertegenwoordiging, dus waar de zaakwaarnemer in naam en voor rekening van de meester van de zaak met derden heeft gehandeld (art. 1375 B.W.). Zie hierover: P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 91-94; I. SAMOY, "Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De bronnen van niet-contractuele verbinden*, Brugge – Brussel, die Keure – La Charte, 2007, 178 en 184 e.v.

³⁹⁸ Een belangrijk punt, dat te vaak uit het oog wordt verloren: P. VAN SCHILFGAARDE, *Toerekening van rechtshandelingen*, 27-28.

85. Zo begrepen heeft vertegenwoordiging een welomlijnde en coherente begripsinhoud, die aansluit met de geldende teksten. Er zit weliswaar een onvermijdelijk element van *constructie* in ons juridisch vertegenwoordigingsbegrip. We kunnen dus misschien niet meer met de zekerheid van JOSSERAND zeggen dat vertegenwoordiging *enkel* denkbaar is voor rechtshandelingen.³⁹⁹ Maar nog steeds is vertegenwoordiging *bij uitstek* denkbaar voor rechtshandelingen.⁴⁰⁰

Evengoed moet de grens van die oefening duidelijk zijn. De demarche beperkt zich ertoe een juridisch mechanisme voor de toerekening van rechtshandelingen aan een ander te abstraheren en te benoemen. Ze heeft *niet* de ambitie de toepassing van concrete rechtsregels die kunnen leiden tot toerekening van niet-rechtshandelingen aan een ander, in de weg te staan. Dit wordt nu verduidelijkt.

3. VERTEGENWOORDIGING STAAT “TOEREKENING” AAN PRINCIPAAL VAN RECHTSGEVOLGEN UIT FEITELIJK HANDELEN NIET IN DE WEG

3.1. KLASSIEK VERTEGENWOORDIGINGSBEGRIIP UITGEDAAGD

86. Het klassieke vertegenwoordigingsbegrip ligt onder vuur. Paul Alain FORIERS analyseerde een aantal situaties waarin het volgens hem duidelijk is dat “rechtsfeiten” of “materiële handelingen” van de vertegenwoordiger de principaal binden en noemt op grond daarvan de traditionele beperking van vertegenwoordiging tot rechtshandelingen een postulaat dat conceptueel niet noodzakelijk is.⁴⁰¹ Walter VAN GERVEN acht het een normaal gevolg van het vertegenwoordigingsverschijnsel dat “*onrechtmatige handelingen, die door de vertegenwoordigde⁴⁰² in verband met zijn opdracht werden gepleegd, aan de vertegenwoordigde rechtstreeks worden toegerekend: ubi emolumentum, ibi onus*”.⁴⁰³ Verband met de opdracht hebben handelingen die in het maatschappelijke verkeer als handelen van de vertegenwoordigde worden opgevat.⁴⁰⁴ Joeri VANANROYE heeft zich bij dit

³⁹⁹ “[L]a représentation ne se conçoit que pour les actes juridiques”: L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, III dln., Parijs, Sirey, 1930, II, 667.

⁴⁰⁰ Vergelijk, zij het enigszins zijdelings: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 165-166.

⁴⁰¹ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 260 e.v. (en het besluit op p. 273-274).

⁴⁰² Naar alle waarschijnlijkheid betreft het hier een verschrijving en wordt “de vertegenwoordiger” bedoeld.

⁴⁰³ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 502-503.

⁴⁰⁴ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 504. Dit criterium werd door de Nederlandse auteur VAN DER GRINTEN ontwikkeld voor onrechtmatige daden van rechtspersonen en uiteengezet in het deel *Vertegenwoordiging en rechtspersoon* van de gekende *Asser-reeks*. Zie in de recentste edities van dit intussen door meerdere auteurs bewerkte boekdeel: C. ASSER, W. VAN DER

betoog aangesloten.⁴⁰⁵ In de tweede editie van zijn *Handboek*, besluit DEKKERS dat de lastgever jegens derden gebonden is voor de onrechtmatige daad die de lasthebber naar aanleiding van het mandaat pleegt, ook al was dit niet ter uitvoering van het mandaat.⁴⁰⁶ De conclusie is weliswaar beperkt tot de lastgeving, maar steunt volgens deze auteur wel op de “*algemene regel, dat ieder moet instaan voor degene die voor hem optreedt*”, waarvoor hij verwijst naar de hier reeds besproken passages van het *Algemeen Deel* van VAN GERVEN. Ook in recent doctoraal onderzoek over vertegenwoordiging wordt de traditionele beperking van het mechanisme tot rechtshandelingen op de korrel genomen. Ilse SAMOY besluit: “*als techniek die toelaat dat een persoon een handeling verricht waarvan de rechtsgevolgen toegerekend worden aan een andere persoon, kan [vertegenwoordiging] zowel toepassing vinden op rechtshandelingen als materiële handelingen*”.⁴⁰⁷ In Frankrijk erkent Philippe DIDIER dat de traditionele opvatting bijna unaniem wordt aanvaard, maar hij verwerpt ze als een juridisch dogma.⁴⁰⁸

87. Het gaat hier om een bijzonder interessante discussie. In het kader van dit onderzoek kan ze niet tot op de bodem worden uitgespit. Maar evenmin valt ze volledig te negeren. Organiek optreden zou immers net als uitzondering op het klassiek privaatrechtelijke vertegenwoordigingsbegrip zijn te begrijpen en enkel dankzij die uitzondering buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen toelaten.⁴⁰⁹

Veel verwarring kan worden vermeden door vragen gescheiden te houden die al te vaak worden vermengd. Het vertegenwoordigingsmechanisme tot rechtshandelingen beperken, verhindert helemaal niet dat de principaal rechtsgevolgen

GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 113-114 en C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 174. Specifiek voor rechtspersonen werd het criterium door de Nederlandse Hoge Raad overgenomen in het Kleuterschool Babbel-arrest van 6 april 1979 (zie hierover uitgebreid *infra* p. 511 e.v.). Zie echter ook art. 60 van Boek 3 van het (nieuwe) Nederlandse B.W., waar volmacht gedefinieerd wordt als de bevoegdheid om in naam van een ander *rechtshandelingen* te verrichten (en zie ook de zogenaamde “schakelbepalingen” van de art. 78 en 79 van ditzelfde Boek 3).

⁴⁰⁵ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 784-786. In deze opmerkelijke bijdrage verdedigt VANANROYE, naar Nederlands voorbeeld, de toepassing van het criterium der verkeersopvatting in eerste instantie voor toerekening van onrechtmatige daden aan rechtspersonen. Hij breidt dit echter uit naar andere organisatievormen en uiteindelijk ook naar de lastgeving, die hij “de simpelste vorm van organisatie” noemt (p. 784). Zie over het standpunt van VANANROYE meer uitgebreid *infra* p. 511 e.v.

⁴⁰⁶ R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, 2e uitgave, III dln., Brussel, Bruylant, 1971-1972, II, 732. Zie ook: R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, 3e uitgave, Antwerpen, Intersentia, deel III, 2007, 797. Dit is een wijziging van standpunt: R. DEKKERS, *Précis*, II, 761. Maar ze is niet coherent geïmplementeerd. Vergelijk immers: R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 776 (nr. 1393).

⁴⁰⁷ I. SAMOY, “What’s in a name? Het ‘in naam van-vereiste’ bij de vertegenwoordiging vier jaar na Schoordijk” in X (ed.), *Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme*, Brussel, E. Story-Scientia, 2004, 56. Vergelijk echter ook p. 528.

⁴⁰⁸ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 104 e.v.

⁴⁰⁹ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 264.

ondergaat van feitelijk handelen van de vertegenwoordiger (*infra* 3.2). Het positieve recht biedt hier heel wat voorbeelden van (*infra* 3.3). Maar dit is geen logenstraffing van het klassieke vertegenwoordigingsbegrip (*infra* 3.4).

3.2. VERTEGENWOORDIGINGSBEGRIIP VERHINDERT NIET DAT BIJ DE PRINCIPAAL RECHTSGEVOLGEN UIT FEITELIJK HANDELEN VAN DE VERTEGENWOORDIGER ONTSTAAN

88. Eerst past een terminologische bedenking. Het is in de discussie over een verruimd vertegenwoordigingsbegrip niet altijd duidelijk waar exact naar wordt gezocht. Als vertegenwoordiging volgens de critici van de klassieke interpretatie niet beperkt is tot rechtshandelingen, welke juridische categorie moet er dan worden bijgevoegd? Hier is in de huidige stand van het debat geen duidelijke lijn in te trekken. De stelling luidt afwisselend, door elkaar, en vaak zonder verduidelijking, dat aan de principaal ook “materiële handelingen”, “feitelijke handelingen”, “rechtsfeiten”, “onrechtmatig handelen”, “onrechtmatige daden”, “buitencontractuele fouten” en dergelijke kunnen worden “toegerekend”.⁴¹⁰ Van de ene is al duidelijker dan de ander wat toerekening aan een ander via vertegenwoordiging zou kunnen betekenen. Een meer diepgaand onderzoek zou hiermee ongetwijfeld bij aanvang heel wat afbakeningswerk hebben. Onderliggend is dit probleem natuurlijk geen toeval. Het is net omdat de rechtshandeling juridisch welomlijnd is, dat de toerekening ervan aan een ander via vertegenwoordiging zo goed te concipiëren valt. In wat volgt wordt ervan uitgegaan dat we op zoek zijn naar handelen van de vertegenwoordiger dat *geen* rechtshandeling is maar *niettemin* bij de principaal rechtsgevolgen doet ontstaan.⁴¹¹ Vaak gaat het dan om onrechtmatig handelen, in het bijzonder buitencontractuele fouten, maar noodzakelijk is dit niet. Afgekort wordt dit hier “feitelijk handelen” genoemd.⁴¹² Heel wat interessante vragen blijven daarmee echter onbehandeld.

⁴¹⁰ Vergelijk: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 173; L. CORNELIS, *Beginselen*, 411-412 en 417-418; P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 260 en 267; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 49-56; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 195 e.v.; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 501. Deels volgt dit uit het feit dat diverse begrippenkoppels door elkaar aan mekaar worden tegengesteld: “rechtshandeling en rechtsfeit”, “rechtshandeling en materiële handeling”, “rechtshandeling en onrechtmatige daad” en zelfs “rechtsfeit en materiële handeling”.

⁴¹¹ Als de vertegenwoordiger belast met de verkoop van een huis een stoel verplaatst van de ene kamer naar de andere, ondergaat de principaal daarvan ook de “materiële” gevolgen. Het gaat echter – behoudens bijkomende gegevens – niet om rechtsgevolgen.

⁴¹² Zie ook: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 173.

89. Het klassieke vertegenwoordigingsbegrip staat er helemaal niet aan in de weg dat de principaal zich rechtsgevolgen ziet “toegerekend” als gevolg van feitelijk handelen van zijn vertegenwoordiger. Hier zijn twee vragen aan de orde die op een verschillend niveau van juridische analyse moeten worden beantwoord. De eerste peilt naar de beste conceptualisering van het vertegenwoordigingsbegrip. De tweede peilt naar concrete rechtsregels die concrete rechtsgevolgen meebrengen. Zowel voor- als tegenstanders van het klassieke vertegenwoordigingsbegrip zoeken het antwoord op de tweede vraag te vaak in de eerste. Uit het vertegenwoordigingsbegrip zou dan volgen dat de principaal in beginsel de rechtsgevolgen van feitelijk handelen van zijn vertegenwoordiger niet ondergaat, dat hij niet aansprakelijk is voor diens “rechtsfeiten”, in het bijzonder zijn onrechtmatige daden.⁴¹³ Die “immuniteitsregel” wordt al te vaak voorgesteld als eenvoudige herformulering van de definitie van vertegenwoordiging.

Conceptueel is dit nochtans betwistbaar. De klassieke stelling luidt dat via vertegenwoordiging enkel rechtshandelingen aan een ander worden toegerekend. De steen des aanstoots – althans voor de tegenstanders – is echter een andere regel: rechtsgevolgen uit feitelijk handelen worden niet toegerekend aan de principaal. Men gaat er dan van uit dat de tweede regel slechts expliciteert wat al impliciet in het principe ligt vervat. Maar dit klopt niet. Het enige wat het klassieke principe impliciet over feitelijk handelen zegt, is dat het *niet via het vertegenwoordigingsmechanisme* aan de principaal wordt toegerekend. Er wordt enkel een conceptuele abstractie gemaakt op basis van wat als het essentiële juridische mechanisme in vertegenwoordigingsrelaties wordt aanzien: toerekening van rechtshandelingen. De enige impliciete conceptuele keuze ten aanzien van toerekening van feitelijk handelen is dat het buiten *dit* mechanisme – vertegenwoordiging genoemd – wordt gesloten. Niet dat dit rechtsgevolg niet via andere mechanismen dan vertegenwoordiging kan worden bereikt.

90. Dit probleem kan geïllustreerd worden aan de hand van de genoemde bijdrage van FORIERS. Bij aanvang zegt deze auteur:

“Suivant une formule classique, *‘la représentation ne se conçoit que pour les actes juridiques’*. Les faits juridiques en sont donc exclus, comme les actes purement matériels. Il n’y aura donc pas de représentation du chef des délits ou quasi-délits du représentant agissant dans le cadre de ses fonctions”.⁴¹⁴

⁴¹³ I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, 184; L. CORNELIS, *Begin-selen*, 412 en 420; P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 260; L. SIMONT, “Exposé introductif” in B. GLANSDORFF (ed.), *Les intermédiaires commerciaux*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1990, 10-11; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 6; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 502-503; P. WÉRY, *Le mandat*, 256-257.

⁴¹⁴ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 260. Het citaat is naar JOSSERAND (zie voetnoot 399); de voetnoot bij FORIERS werd hier weggelaten.

Dit is volledig accuraat en zegt niet meer dan dat het vertegenwoordigingsmechanisme enkel rechtshandelingen tot voorwerp heeft. Maar wat verder voegt de auteur toe:

“Si l’on s’en tenait à l’idée classique que la représentation ne vaut que pour les actes juridiques, ces fautes [extracontractuelles] ne pourraient lier le mandant. Elles n’engageraient que le mandataire. Il s’agirait en effet de faits juridiques et non d’actes juridiques”.⁴¹⁵

Uit de stelling dat vertegenwoordiging maar werkt voor rechtshandelingen volgt niet dat buitencontractuele fouten de principaal niet kunnen verbinden. Er volgt enkel uit dat deze fouten de principaal niet *via het mechanisme van de vertegenwoordiging* worden toegerekend.⁴¹⁶ Dit laat de vraag onverlet of zij hem kunnen verbinden via de werking van andere toerekeningsmechanismen. Het omgekeerde zou trouwens moeten verbazen. Abstracte deducties uit een constructie mogen nooit de plaats innemen van concrete rechtsregels van positief recht. Aangezien ons recht geen algemene regeling van de vertegenwoordiging kent, is het niet verwonderlijk dat er geen algemene regeling voor toerekening van onrechtmatige daden van vertegenwoordigers bestaat. Alleen al het gebruik van de generieke term “vertegenwoordigers” in dit verband, insinueert een niveau van abstractie dat niet rechtstreeks uit concrete regels van positief recht voortvloeit.⁴¹⁷ Een feitencomplex moet nog altijd in de eerste plaats aanleiding geven tot een poging tot inpassing in de aangrijppunten van bestaande en concrete rechtsregels. Wie de vraag onmiddellijk op het niveau van abstracte begripsvorming benadert, loopt het risico belangrijke juridische feiten, waarvan het begrip een inductieve afleiding is, over het hoofd te zien. Het klassieke vertegenwoordigingsbegrip kan niet de ambitie hebben toerekening van rechtsgevolgen uit feitelijk handelen onmogelijk te maken, indien die toerekening uit concrete rechtsregels voortvloeit. Het is dan niet moeilijk vast te stellen dat dit vaak het geval is (*infra* 3.3). Maar die vaststelling op zich volstaat niet als logenstraffing van het klassieke vertegenwoordigingsbegrip (*infra* 3.4). Ze rechtvaardigt wel de vraag of het vertegenwoordigingsbegrip niet beter ruimer wordt geconstrueerd (*infra* 4).

⁴¹⁵ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 267.

⁴¹⁶ En dan nog maar enkel omdat het vertegenwoordigingsmechanisme op basis van inductie uit de bestaande vertegenwoordigingsinstituten werd gedefinieerd als een toerekeningsmechanisme voor rechtshandelingen.

⁴¹⁷ VAN GERVEN waarschuwt hier overigens voor bij de aanvang van zijn betoog *pro* aansprakelijkheid van de principaal in het *Algemeen Deel* (W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 501). Maar illustratief voor het probleem, is dat zelfs deze eminente auteur dit in het vuur van de daaropvolgende analyse wat lijkt te vergeten. Hij komt tot uitspraken over de rechtstreekse toerekening van onrechtmatige daden door “de vertegenwoordiger” gepleegd, die zeer algemeen zijn (zie p. 502-503). Pas op het einde komt opnieuw de nuancering, en blijkt dat de voorgaande analyse in feite vooral voor vertegenwoordiging uit lastgeving geldt (p. 504). Dit is een nuance die nadien makkelijk uit het oog wordt verloren (inclusief door VAN GERVEN zelf: W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 159).

3.3. POSITIEFRECHTELIJKE VOORBEELDEN WAAR RECHTSGEVOLGEN BIJ PRINCIPAAL ONTSTAAN ALS GEVOLG VAN FEITELIJK HANDELEN VAN VERTEGENWOORDIGER

91. Het is positiefrechtelijk niet moeilijk om vast te stellen dat er heel wat regels bestaan die rechtsgevolgen uit feitelijk handelen (mee) doen ontstaan bij de principaal in een vertegenwoordigingsrelatie, zelfs al zijn de materiële handelingen die tot die rechtsgevolgen leiden (deels) van de vertegenwoordiger afkomstig. Een constante hierin is dat de oplossing van de vraag niet afhangt van de ene of de andere definitie van vertegenwoordiging, maar wel van de toepassingsvoorwaarden van elk der concrete rechtsregels die de rechtsfeiten in kwestie regelen.

Die oefening wordt hier gemaakt omdat ze bij tegenstanders van het klassieke vertegenwoordigingsbegrip gebruikelijk is als bewijsvoering. De toonaangevende bijdrage van FORIERS vormt hier een goed voorbeeld van.⁴¹⁸ Ze heeft nochtans iets kunstmatig. Dit heeft alles te maken met de terminologische onduidelijkheid die eerder al werd signaleerd. Het is niet altijd even duidelijk waar we naar op zoek zijn. Aansprakelijkheid van de principaal voor onrechtmatige daden van de vertegenwoordiger? Toerekening van rechtsfeiten aan de principaal (en zo ja, wat betekent dit dan in het licht van de grote diversiteit binnen de categorie der rechtsfeiten)? Eender welk rechtsgevolg dat de principaal ondergaat als gevolg van gedrag van een vertegenwoordiger? Deze verwarring belooft in feite al weinig goeds als het de bedoeling is hieruit een superieur rechtsdogmatisch vertegenwoordigingsbegrip af te leiden.

Het opzet hier is niet daarover definitieve duidelijkheid te verschaffen of een sluitende taxonomie voor te stellen. De bedoeling is enkel aan te tonen dat het vrij voor de hand ligt dat het positieve recht een heel aantal regels kent die in concrete situaties rechtsgevolgen veroorzaken bij de principaal in een vertegenwoordigingsrelatie, als gevolg van gedrag dat de vertegenwoordiger heeft vertoond, zonder dat de traditionele beperking van het vertegenwoordigingsbegrip tot rechtshandelingen hieraan in de weg staat. Om de behandeling toch enigszins te structureren, wordt hierbij een onderscheid gemaakt tussen gevallen waarin de vertegenwoordiger schade veroorzaakt en de principaal hiervoor buitencontractueel aansprakelijk is (*infra* 3.3.1), en gevallen waarin het gedrag van de vertegenwoordiger eerder de contractuele positie van de principaal beïnvloedt (*infra* 3.3.2). Op basis van dit onderscheid wordt dan vastgesteld dat de aan de rechtspraak van het Hof van Cassatie ontleende categorie van “aan de vertegenwoordigingshandeling inherente onrechtmatige daad”, (nog) niet echt een afzonderlijk criterium vormt (*infra* 3.3.3).

⁴¹⁸ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 260 e.v.

3.3.1. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bij de principaal

92. Het is niet zo moeilijk om voorbeelden te vinden van gevallen waarin een principaal buitencontractueel aansprakelijk is als gevolg van schade die (mede) door zijn vertegenwoordiger werd veroorzaakt.⁴¹⁹ De belangrijkste vaststelling daarbij is dat het recht aanknoopt bij de diverse categorieën van onrechtmatige daad, en niet bij één of andere conceptuele definitie van vertegenwoordiging als toerekeningsmechanisme voor rechtshandelingen. Het meest pertinente voorbeeld is artikel 1384, lid 3 B.W. (*infra* A). Maar ook andere gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsgronden kunnen worden opgevoerd (*infra* B).

A. Artikel 1384, lid 3 B.W.

93. Het meest pertinente voorbeeld gaat over de aanstellersaansprakelijkheid van artikel 1384, lid 3 B.W. De relatie tussen de vertegenwoordigingsverhouding (in het bijzonder de lastgeving) en de aanstellingsverhouding zorgt wel eens voor verwarring.⁴²⁰ Maar de grote lijnen zijn vrij duidelijk. De principaal kan op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. aansprakelijk zijn voor de schade die zijn vertegenwoordiger veroorzaakt, indien die als zijn aangestelde in de zin van die wetbepaling kan worden gekwalificeerd.⁴²¹ De vraag wordt niet beantwoord aan de hand van abstracte deducties uit het vertegenwoordigingsbegrip, maar aan de hand van een concrete toetsing aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 1384, lid 3 B.W. Het feit dat tussen aansteller en aangestelde een vertegenwoordigingsrelatie zou bestaan, zal de principaal niet helpen. Artikel 1384 lid 3 maakt zeer algemeen rechtssubjecten die anderen aanstellen aansprakelijk voor de schade die deze aangestelden veroorzaken “in de bediening waartoe zij hen gebezigd hebben”. De aanstellingsverhouding vindt vaak zijn grondslag in een overeenkomst, ook al is hij daartoe niet te herleiden.⁴²² Die overeenkomst kan ook vertegenwoordigingsbevoegdheid verlenen. Soms zal dit zelfs de essentie van de overeenkomst zijn (lastgeving). Maar dit feit zal geen soelaas bieden aan de aansteller die geconfronteerd wordt met een aansprakelijkheidsvordering op basis van artikel 1384 lid 3 B.W. Het feit dat vertegenwoordiging enkel rechtshandelingen tot voorwerp heeft, heeft geen belang wanneer beslist moet worden of een onrechtmatige daad van een vertegenwoordiger die tevens als een aangestelde kan worden gekwalificeerd, de principaal-aansteller tot vergoeding verplicht. Het antwoord hierop moet rechtstreeks in de toepassingsvoorwaarden van artikel 1384 lid 3 B.W. worden gezocht.

⁴¹⁹ De analyse blijft hier beperkt tot een aantal gemeenrechtelijke voorbeelden van buitencontractuele aansprakelijkheid, zoals die vervat zijn in de art. 1382-1386bis B.W.

⁴²⁰ Zie *infra* p. 127 e.v.

⁴²¹ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 266.

⁴²² Zie *infra* p. 136 e.v.

94. De toepassing van de aanstellersaansprakelijkheid op vertegenwoordigingsrelaties wordt goed geïllustreerd aan de hand van de overeenkomst van lastgeving. Niets verhindert dat de lastgever aansprakelijk is voor de onrechtmatige daden van zijn lasthebber, indien uit de feiten blijkt dat hij als aansteller in de zin van artikel 1384 lid 3 B.W. kan worden gekwalificeerd.⁴²³ Dat dit net voor de lastgeving uitdrukkelijk wordt aangenomen is significant. Niet alleen omdat lastgeving in ons recht aanzien wordt als het archetype van de vertegenwoordigingsverhouding en zelfs vaak met vertegenwoordiging wordt verward.⁴²⁴ Maar vooral omdat net in de lastgevingsregels het vertegenwoordigingsmechanisme uitdrukkelijk⁴²⁵ wordt verwoord. Artikel 1998 B.W. bepaalt dat de lasthebber gehouden is de verbintenissen na te komen die de lasthebber overeenkomst de hem verleende macht is aangegaan, *en niet* tot wat *daarbuiten* mocht zijn gedaan dan wanneer hij dit bekrachtigd heeft. Over de exacte draagwijdte van deze wetsbepaling valt te discussiëren.⁴²⁶ Maar in een bepaalde lezing kan het een uitdrukkelijke wettelijke basis zijn voor de regel dat de lastgever niet aansprakelijk is voor de onrechtmatige daden van zijn lasthebber. Die zouden immers – zo wordt beweerd – haast per definitie buiten de “verleende macht” vallen. Artikel 1998 B.W. zou dan afwijkende *lex specialis* zijn ten aanzien van artikel 1384 lid 3, minstens voor de lastgevingsverhouding en bij gebreke aan algemene vertegenwoordigingsregel misschien zelfs voor vertegenwoordigingsverhoudingen meer algemeen. Ons recht is echter niet in die zin gevestigd, en terecht.⁴²⁷ De vraag of de lastgever-aansteller aansprakelijk is voor de buitencontractuele schade die zijn lasthebber-aangestelde veroorzaakt, wordt niet opgelost aan de hand van het vertegenwoordigingsbegrip, maar aan de hand van artikel 1384, lid 3 B.W.

B. Andere gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsgronden

95. Mocht het er louter om gaan te bewijzen dat de principaal buitencontractueel aansprakelijk kan zijn voor schade die materieel door een vertegenwoordiger in de uitvoering van zijn opdracht werd veroorzaakt, is het trouwens niet moeilijk andere voorbeelden te vinden.

⁴²³ Zie *infra* voetnoot 533.

⁴²⁴ Zie *supra* p. 75 e.v.

⁴²⁵ Maar ietwat archaïsch: zie *supra* voetnoot 384.

⁴²⁶ Het lijkt *prima facie* niet onredelijk het tweede lid vooral te interpreteren in het licht van de daarin gecreëerde mogelijkheid tot bekrachtiging, een techniek die enkel zin heeft voor rechtshandelingen. De bepaling doelt dan vooral op rechtshandelingen die buiten bevoegdheid werden verricht. Zie in de voorbereidingen van het Burgerlijk Wetboek, het Verslag van TARRIBLE voor het Tribunaat in: J. LOCRIÉ, *Législation civile*, VII, 379, nr. 8. Vergelijk: H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 660. Hierop wordt niet dieper ingegaan. Het gaat hier om de vaststelling dat deze wetsbepaling positiefrechtelijk de aanstellersaansprakelijkheid van de lastgever niet in de weg heeft gestaan.

⁴²⁷ R.O. DALCQ, *Traité*, I, 580 (nr. 1807).

96. Artikel 1384 B.W. kent aansprakelijkheid van ouders voor hun minderjarige kinderen (lid 2) en van onderwijzers en ambachtslieden voor hun leerlingen en leerjongens (lid 4). Het is niet ondenkbaar dat tussen aansprakelijke en schadeverwekker daarnaast ook een vertegenwoordigingsverhouding bestond en dat schade werd berokkend tijdens de uitvoering daarvan. Een kind moet bij de slager een bestelling gaan plaatsen voor het nakende tuinfeest van de ouders, of een leerling wordt om een blikje frisdrank voor de leraar gezonden.⁴²⁸ Indien zij hierbij schade aanrichten – het kind beschadigt de winkelinrichting, de leerling veroorzaakt onderweg een ongeval – zou het nogal eigenaardig zijn de aansprakelijkheidsvraag te laten afhangen van een analyse van de vertegenwoordigingsverhouding. Artikel 1384 B.W. verleent het slachtoffer een rechtstreekse vordering tegen de ouders en onderwijzers, die onafhankelijk is van enige vertegenwoordigingsverhouding of van de vraag of vertegenwoordiging enkel op rechtshandelingen betrekking heeft.

97. Artikel 1384, lid 1 B.W. bevat aansprakelijkheid van de bewaarder voor schade veroorzaakt door gebrekkige zaken. Bewaarder is wie *voor eigen rekening* een zaak gebruikt, ervan geniet of er toezicht over heeft.⁴²⁹ Het is dus best mogelijk dat de principaal bewaarder is van een gebrekkige zaak die door zijn vertegenwoordiger materieel wordt gebruikt bij de uitvoering van de vertegenwoordigingsopdracht.⁴³⁰ Als de vertegenwoordiger dan de gebrekkige zaak gebruikt en er schade mee veroorzaakt, en hierbij misschien ook een eigen 1382-fout beging, is de principaal hiervoor op grond van artikel 1384, lid 1 B.W. aansprakelijk.⁴³¹ Dat het vertegenwoordigingsmechanisme enkel rechtshandelingen omvat, verandert hier niets aan.

98. Artikel 1386 B.W. maakt de eigenaar van een gebouw aansprakelijk voor de schade door instorting als gevolg van een verzuim van onderhoud of een gebrek in de bouw. Het is best denkbaar dat het verzuim van onderhoud te wijten is aan een lasthebber die specifiek met het beheer van het gebouw was belast, en bijvoorbeeld de bevoegdheid had hiervoor beroep te doen op gespecialiseerde firma's. Het is vaststaande rechtspraak dat het verzuim in onderhoud niet aan de eigenaar te wijten moet zijn opdat die aansprakelijk is.⁴³² In ons voorbeeld begaat de last-

⁴²⁸ Men aanvaardt doorgaans dat sommige juridisch onbekwamen, vooral minderjarigen, lasthebber kunnen zijn. Zie, met uitgebreide verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer: B. TIL-LEMAN, *Lastgeving*, 52-54.

⁴²⁹ L. CORNELIS, *Beginselen*, 461; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 399.

⁴³⁰ L. CORNELIS, *Beginselen*, 461.

⁴³¹ De grens tussen schade veroorzaakt door eigen fout en door het gebrek in de zaak is natuurlijk niet altijd scherp te trekken: W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 404-405. Als de vertegenwoordiger bovendien aangestelde van de principaal was, kan ook nog op art. 1384, lid 3 B.W. een beroep worden gedaan (L. CORNELIS, *Beginselen*, 513). Ook als de aangestelde geen fout beging, maar enkel als bewaarder aansprakelijk is? Zie *infra* voetnoot 1375.

⁴³² Cass. 16 juni 1995, *Pas.* 1995, I, 621; Cass. 19 oktober 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1204.

hebber, naast een contractuele fout ten aanzien van de eigenaar, mogelijk zelf een buitencontractuele fout ten aanzien van derden. De lastgever ziet zich nochtans verplicht de schade te vergoeden die uit het foutieve optreden van zijn lasthebber voortvloeit, zonder dat de vraag of vertegenwoordiging enkel op rechtshandelingen betrekking heeft daarbij aan de orde is.

99. Zelfs de artikelen 1382-1383 B.W. kunnen worden genoemd. De principaal die in het kader van de vertegenwoordigingsrelatie zelf een onrechtmatige daad begaat blijft hiervoor aansprakelijk. Frequente voorbeelden zijn gebrekkige instructies, gebrek aan toezicht in omstandigheden waar de zorgvuldigheid dit had vereist, enzovoort.⁴³³ Het gedrag van de principaal is dan onder omstandigheden een eigen buitencontractuele fout, waarvan hij de schade moet vergoeden. Strikt genomen speelt de vraag naar toerekening van feitelijk handelen van de vertegenwoordiger niet. De principaal is aansprakelijk uit eigen fout. Maar soms heeft het er wel de schijn van. De fout van de principaal kan bijzonder passief zijn. Het kan best zijn dat de schade materieel volledig wordt veroorzaakt door feitelijk handelen van de vertegenwoordiger, die hiermee ook zelf in de eerste plaats een fout beging. Alleen had de principaal de schade volgens de rechter kunnen vermijden. Rechtstechnisch is hij niet aansprakelijk voor het feitelijk gedrag van de vertegenwoordiger, maar voor zijn eigen gedrag. Maar in zekere zin ondergaat de principaal hier wel de rechtsgevolgen van het feit dat zijn vertegenwoordiger schade aan derden heeft berokkend. De toepassingsvoorwaarden van artikel 1382-1383 B.W. waren in hoofde van de principaal niet verenigd geraakt zonder het schadeverwekkende gedrag van de vertegenwoordiger.

100. In de laatste drie gevallen (art. 1382-1383, art. 1384, lid 1 en art. 1386 B.W.) is duidelijk dat de “feitelijke handeling” van de vertegenwoordiger op zichzelf geen toepassingsvoorwaarde van de aansprakelijkheidsbepaling vormt. Dit is wel het geval bij aansprakelijkheid voor andermans daad (art. 1384, lid 2, 3 en 4 B.W.). De aansprakelijkheidsregel neemt zijn aangrijppunt niet rechtstreeks in andermans daad (en wel in de eigen fout, een gebrek in de zaak of de eigendom van een ingestort gebouw). Maar in de aangehaalde voorbeelden – die helemaal niet vergezocht zijn – is het in bepaald opzicht wel steeds de “feitelijke handeling” van de vertegenwoordiger in de uitvoering van de vertegenwoordigingsopdracht, die materieel de schade heeft veroorzaakt. Zonder deze feitelijke handeling hadden de toepassingsvoorwaarden van de betrokken aansprakelijkheidsbepalingen zich in hoofde van de principaal niet gerealiseerd. Natuurlijk voelt dit kunstmatig aan in het kader van discussies over vertegenwoordiging. Maar dit bewijst net opnieuw dat het in de huidige stand van het vraagstuk in België niet steeds duidelijk is waarnaar voorstanders van een verruimd vertegenwoordigingsbegrip op zoek

⁴³³ H. DE PAGE, *Traite*, V, 1975, 448; P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 269; P. WÉRY, *Le mandat*, 257.

zijn om het vertegenwoordigingsmechanisme mee te verruimen. De vraag is waarom ook deze voorbeelden geen gevallen zijn waarin “*een persoon een [materiële] handeling verricht waarvan de rechtsgevolgen toegerekend worden aan een ander persoon*”.⁴³⁴

101. Dit blijkt nog sterker wanneer we het domein van de onrechtmatige daad verlaten, en kijken naar andere voorbeelden van zogenaamde toerekening van (rechtsgevolgen uit) niet-rechtshandelingen aan de principaal.

3.3.2. Rechtsgevolgen voor contractuele rechtspositie van de principaal

102. Auteurs die een verruimd vertegenwoordigingsbegrip bepleiten, besteden vaak ook aandacht aan voorbeelden die de buitencontractuele aansprakelijkheid van de principaal te buiten gaan. Die blijkt dan vaak in zijn contractuele rechtspositie “gebonden” door “gedrag” van zijn vertegenwoordiger. Maar ook hier leert een nadere analyse dat deze oplossing meestal een normale toepassing van bestaande regels volgt, die met een conceptuele verruiming van het vertegenwoordigingsbegrip tot niet-rechtshandelingen niet veel te maken heeft.⁴³⁵

A. Bedrog bij het sluiten van de overeenkomst

103. Het bedrog van de vertegenwoordiger bij het aangaan van de overeenkomst maakt deze vatbaar voor nietigverklaring.⁴³⁶ De principaal ondergaat dus het “rechtsgevolg” van het bedrog – feitelijk handelen en bovendien vaak een onrechtmatige daad⁴³⁷ – van zijn vertegenwoordiger.

104. Deze traditionele oplossing vergt slechts een redelijke interpretatie van artikel 1116 B.W. Dit wetsartikel maakt bedrog tot nietigheidsgrond “*wanneer de kunstgrepen, door een van de partijen gebezigd, van dien aard zijn dat de andere partij zonder die kunstgrepen klaarblijkelijk het contract niet zou hebben aangegaan*”. Het klopt dat de vertegenwoordiger na de totstandkoming geen partij is bij

⁴³⁴ I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 56. Het volledige citaat luidt: “*Als techniek die toelaat dat een persoon een handeling verricht waarvan de rechtsgevolgen toegerekend worden aan een andere persoon, kan [vertegenwoordiging] zowel toepassing vinden op rechtshandelingen als op materiële handelingen*”.

⁴³⁵ Vergelijk ook: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 115.

⁴³⁶ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 62; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, VII dln., Parijs, Rousseau, 1923-1933, I, 579-580; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1961, 68-69; R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992): verbintenissen”, *T.P.R.* 1994, 352; F. LAURENT, *Principes*, XV, 607; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 316; P. VAN OMMEFLAGHE, “Examen de jurisprudence (1974 à 1982): les obligations”, *Revue Critique de la Jurisprudence Belge* 1986, 74; P. WÉRY, *Le mandat*, 258.

⁴³⁷ Vergelijk: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 62.

de overeenkomst. Maar de vraag is waarom dit in de context van artikel 116 B.W. ter zake zou doen. Wilsgebreken benaderen de geldigheid van een overeenkomst in de eerste plaats vanuit een gebrek in de wil van één der partijen, *in casu* de partij die slachtoffer werd van het bedrog.⁴³⁸ “Geen toestemming is geldig indien zij [...] door bedrog is verkregen” (art. 1109 B.W.). Artikel 1116 B.W. omschrijft dan verder wat bedrog is. Het lijkt eerder onwaarschijnlijk dat het B.W. het woordje “partij” in artikel 1116 B.W., dat tenslotte over de precontractuele fase handelt, in de formele zin heeft willen verstaan als rechtssubject op wiens hoofd de rechten en verbintenissen vervolgens bij het tot stand komen van de overeenkomst worden gevestigd.⁴³⁹ Het artikel in kwestie regelt (één aspect van) de totstandkomingsfase die aan de overeenkomst voorafgaat. In ons voorbeeld treedt op dat ogenblik net de vertegenwoordiger ten aanzien van de wederpartij op. Hij is voor doeleinden van artikel 1116 B.W., tijdens de totstandkoming van de overeenkomst, dan ook veel meer “partij” dan “derde”.⁴⁴⁰ De partij wier wil werd aangetast door de “kunstgrepen” van een vertegenwoordiger, hoeft dan ook geen omweg te maken via een verruimd vertegenwoordigingsbegrip waardoor deze kunstgrepen als feitelijke handeling aan de vertegenwoordiger kunnen worden toegerekend. Hij haalt zijn rechten rechtstreeks uit artikel 1116 (*juncto* 1108-1109) B.W.

105. Dat de principaal vervolgens de rechtsgevolgen van de vernietigbaarheid ondergaat, is meer een toepassing van, dan een uitzondering op het klassieke vertegenwoordigingsbegrip. De rechtshandeling bestaat en werd als eigen toegerekend aan de principaal. Alleen is ze gebrekkig en dus vernietigbaar. Er is geen verruimd vertegenwoordigingsbegrip nodig om te begrijpen waarom de vernietiging van de rechtshandeling dan rechtsgevolgen heeft in het vermogen van de principaal aan wie ze al was toegerekend.⁴⁴¹ Dit vindt extra illustratie in het feit dat de principaal wel de nietigverklaring ondergaat, maar niet noodzakelijk bui-

⁴³⁸ Dit lijkt positiefrechtelijk nog steeds als een paal boven water te staan, ook al kennen we volgens sommigen, in het bijzonder ten aanzien van het wilsgebrek dwaling, een evolutie naar de nietigheid als een vorm van beteugeling van het onbehoorlijk handelen of nalaten van de wederpartij. A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 268. Hiermee wordt overigens niet ontkend dat in onze regeling der wilsgebreken een evenwicht wordt gezocht tussen bescherming van de werkelijke wil en rechtszekerheid van transacties. Geweld van pure derden, bijvoorbeeld, leidt wél tot nietigheid, terwijl dit bij bedrog niet het geval is, ook al kan de wilsvorming evenzeer aangetast zijn. Zie ook: H. DE PAGE, *Traité*, I, 1961, 68-69. Op deze vraag wordt hier niet nader ingegaan.

⁴³⁹ Er is niets in de voorbereidingen dat hierop wijst. Zie: J. LOCRÉ, *Législation civile*, VI, 150 (nr. 13) en 192 (nr. 13).

⁴⁴⁰ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 268. Het is dan ook niet helemaal duidelijk welke rol dit voorbeeld bij FORIERS exact speelt. Het komt voor in de lijst die *crescendo* toewerkt naar het besluit dat het positief recht duidelijk afwijkt van het klassieke vertegenwoordigingsbegrip als beperkt tot rechtshandelingen. Maar FORIERS erkent dat het probleem gewoon via art. 1116 B.W. wordt opgelost.

⁴⁴¹ Dit is in essentie ook het argument in: L. SIMONT, J. DE GAVRE en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1976-1980). Les contrats spéciaux (3e partie)”, *R.C.J.B.* 1986, 409.

tencontractueel aansprakelijk is voor de eventuele schade die het bedrog – ditmaal bekeken als onrechtmatige daad – bijkomend heeft veroorzaakt.⁴⁴² Mocht nietigverklaring moeten worden verklaard met een verruimd vertegenwoordigingsbegrip, dan is dit omdat het feitelijke gedrag van de vertegenwoordiger de principaal als eigen werd toegerekend. Dan valt niet uit te leggen waarom hij voor dit als eigen toegerekend gedrag niet ook nog buitencontractueel aansprakelijk zou zijn.⁴⁴³

Het voorbeeld illustreert net dat de exacte rechtsgevolgen bij de principaal best begrepen worden met het klassieke inzicht dat hem een rechtshandeling werd toegerekend. De omweg via toerekening van feitelijk handelen schept enkel verwarring. Mocht feitelijk handelen als eigen worden toegerekend, dan zou men mogen verwachten dat *alle* rechtsregels die dit feitelijk handelen bij de principaal als toepassingsvoorwaarde nemen, in actie schieten (in dit voorbeeld: art. 1382 B.W.). Dit is niet het geval. De principaal werd gewoon een gebrekkige rechtshandeling toegerekend. De principaal ondergaat de gevolgen van de vernietiging omdat de hem toegerekende rechtshandeling verdwijnt, niet omdat hem het foutieve gedrag dat aan de basis lag van de gebrekkigheid wordt toegerekend.⁴⁴⁴ Natuurlijk haalt hij uit het vertegenwoordigingsbegrip geen *immunité*. Het is niet omdat het vertegenwoordigingsbegrip zelf geen grond aanreikt om de principaal buitencontractueel aan te spreken voor het bedrog van zijn vertegenwoordiger, dat hiervoor onder omstandigheden geen andere rechtsgronden voorhanden zijn. De principaal kan bijvoorbeeld als aansteller aansprakelijk zijn voor het bedrog van zijn vertegenwoordiger (art. 1384, lid 3 B.W.).

⁴⁴² Dit is ongetwijfeld nog steeds de meerderheidsopvatting: H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 123; B. TILLEMANS, *Lastgeving*, 174-175; L. SIMONT, J. DE GAVRE en P.A. FORIERS, "Examen de jurisprudence (1976-1980). Les contrats spéciaux (3e partie)", 409; P. WÉRY, *Le mandat*, 258. Vergelijk: P.A. FORIERS, "Aspects de la représentation en matière contractuelle", 272. De passages die DE PAGE aan dit probleem wijdt zijn niet zeer helder. Hij lijkt vooral te willen pleiten voor het feit dat het bedrog bekeken als wilsgebrek aan de lastgever "toerekenbaar" is en dus de overeenkomst vernietigbaar, maar bij de legitimering van dit resultaat lijkt het er bij momenten op dat de lastgever voor dit bedrog ook buitencontractueel aansprakelijk moet zijn. Nochtans leiden de argumenten die DE PAGE aanhaalt en de auteurs die hij citeert enkel tot het besluit dat de lastgever – die natuurlijk de nietigverklaring ondergaat – daarnaast buitencontractueel aansprakelijk kan zijn in de mate dat hij ook aansteller is, en in dat geval op grond van art. 1384, lid 3 B.W. en niet van vertegenwoordiging (H. DE PAGE, *Traité*, I, 1961, 67-69 en V, 1975, 447-449).

⁴⁴³ Vergelijk: H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 123.

⁴⁴⁴ Vergelijk: J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé dans l'article 1384 du Code Civil*, Parijs, Librairie Dalloz, 1933, 232-233. Deze auteur bespreekt hier enkel het geval van de wettelijke vertegenwoordiging van onbekwamen, maar de redenering is perfect transposeerbaar. Het geval van vertegenwoordiging van onbekwamen onderstreept extra de conclusies. Zelfs de aanhangers van een buitencontractuele aansprakelijkheid van de vertegenwoordigde op basis van vertegenwoordiging, deinzen ervoor terug dit door te trekken naar onbekwamen (W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 505). Nochtans kan ook bij bedrog van de wettelijk vertegenwoordiger, de bedrogen medecontractant van een onbekwame de gebrekkige rechtshandeling aanvechten (H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 233). Dit wijst er opnieuw op dat een gebrekkige rechtshandeling wordt toegerekend, geen foutief gedrag.

106. Dit kan ook nog worden toegelicht aan de hand van een wat minder frequent voorbeeld. Het is best mogelijk dat het bedrog niet werd gepleegd door de vertegenwoordiger die de rechtshandeling heeft verricht, maar door een ander die ook voor de principaal werkzaam is (bijvoorbeeld een werknemer of een extern raadgever zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid).⁴⁴⁵ De vertegenwoordiger bedroeg niet, de principaal evenmin, dus is de overeenkomst dan geldig? Niet als hij rechtstreeks gebrekkig kan worden genoemd op grond van artikel 1116 B.W. Wel als vertegenwoordiging de reden zou zijn omdat het bedrog van de vertegenwoordiger aan de principaal werd toegerekend.⁴⁴⁶

107. Het resultaat inzake bedrog hoeft overigens niet te verbazen. Eén manier om naar ons systeem van wilsgebreken te kijken, is als wettelijke “contractualisering” van bepaalde rechtsfeiten die zich in de precontractuele fase voordoen. De wet noemt bij naam een aantal feitelijke omstandigheden die in bepaalde omstandigheden rechtstreeks inwerken op de geldigheid van de rechtshandeling, in plaats van louter onderworpen te blijven aan het normale regime van buitencontractuele aansprakelijkheid.⁴⁴⁷ Dit onderscheid is belangrijk. Geconfronteerd met een vraag over de toepassing van wilsgebreken in vertegenwoordigingsrelaties⁴⁴⁸, moet het antwoord dan ook eerst in de regels en de doeleinden van dit systeem worden gezocht. Dit houdt in dat er doorgaans al een – gebrekkige – rechtshandeling tot stand kwam, die aan de principaal werd toegerekend. Het is misleidend om, puur omdat aan de basis van het wilsgebrek doorgaans een feitelijk handelen ligt, de zaak onmiddellijk als een vraag van “toerekening van rechtsfeiten” te benaderen.

B. Contractuele fouten van de vertegenwoordiger

108. Ook het feit dat de principaal aansprakelijk zou zijn voor de “contractuele fout van de vertegenwoordiger” die bij de uitvoering van een overeenkomst van

⁴⁴⁵ Zeker in rechtspersoonlijk verband is dit niet ondenkbaar. Bijvoorbeeld als een (gedelegeerd) bestuurder bijzondere volmacht krijgt om een bepaalde overeenkomst te onderhandelen en te ondertekenen, maar daarom niet zelf tussenkomt in (elke fase van) de onderhandelingen. Het bedrog werd dan materieel gepleegd door bijvoorbeeld een werknemer of een extern raadgever, maar de bestuurder die als vertegenwoordiger optreedt is hiervan niet op de hoogte. Ook de orgaantheorie – net als elke andere theorie die nietigheid steunt op de idee van toerekening van het gedrag als eigen aan de principaal – kan hier slecht mee om.

⁴⁴⁶ Hiermee wordt hier niet verdedigd dat elk van dit soort feitenconstellaties per definitie tot vernietigbaarheid aanleiding geeft. Er komt een moment waarop het woordje “partij” een buitengrens trekt. Wel dat het antwoord in een interpretatie van art. 1116 B.W. en het systeem van de wilsgebreken moet worden gezocht, eerder dan via toerekening van feitelijk handelen als eigen.

⁴⁴⁷ Vergelijk: L. CORNELIS, *Beginselen*, 114.

⁴⁴⁸ Een materie waar naar mijn oordeel nog vruchtbaar werk in kan worden verricht. Zie hierover voor Nederland: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 94-96.

de principaal tussenkomt, moet helpen bewijzen dat vertegenwoordiging niet tot rechtshandelingen is beperkt.⁴⁴⁹ Dat dit niet zomaar als uitbreiding van het vertegenwoordigingsmechanisme kan tellen, blijkt al uit het feit dat de regel identiek is voor de uitvoeringsagent die geen vertegenwoordiger is.⁴⁵⁰ Ofwel vertegenwoordigt elke uitvoeringsagent de hoofdschuldenaar⁴⁵¹, ofwel is er een andere reden dan vertegenwoordiging waarom de principaal contractueel aansprakelijk is als hij zijn contractuele verbintenissen door toedoen van een vertegenwoordiger miskent.

In dit tweede geval is de reden niet ver te zoeken. De principaal is immers contractueel schuldenaar van de uit te voeren verbintenissen. Zij rusten op hem persoonlijk. Hij staat zelf in voor hun nakoming. De normale regels van contractuele aansprakelijkheid volstaan om hem aan te spreken voor schending van zijn eigen verbintenissen, zelfs indien de uitvoering aan een ander was opgedragen.⁴⁵² Het gaat er niet om contractuele fouten van een vertegenwoordiger toe te rekenen. Hoe zou dit ook kunnen? De vertegenwoordiger is geen partij bij de overeenkomst. Het gaat er slechts om dat de contractuele verbintenis van de principaal niet werd nagekomen en dat hij geen vreemde oorzaak kan inroepen (art. 1147 B.W.). Om dezelfde reden is de vertegenwoordiger niet contractueel aansprakelijk. De contractuele verbintenis rust niet op hem (art. 1165 B.W.). Het resultaat vloeit rechtstreeks voort uit de regels rond relativiteit en verbindende kracht van de overeenkomst, en het contractuele aansprakelijkheidsregime dat hierop

⁴⁴⁹ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 503 (“Het is niet duidelijk waarom een delictuele gedraging van de vertegenwoordiger gepleegd in verband met zijn opdracht, anders moet worden behandeld dan contractuele wanprestatie”). Zie ook: P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 262 (genuanceerd, maar niettemin onder de indruk van het “frappante parallélisme” met vertegenwoordiging).

⁴⁵⁰ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 115.

⁴⁵¹ Hier doet zich een interessante samenloop voor in de traditionele rechtssystematiek. Betaling slaat juridisch niet enkel op voldoen van een geldschuld, maar op nakoming van elke verbintenis, terwijl men anderzijds voorhoudt dat betaling een rechtshandeling is (zie onder meer L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 481; H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 392; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 603). Het syllogisme wenkt: de uitvoeringsagent kreeg opdracht voor de hoofdschuldenaar te “betalen”, betaling is een rechtshandeling, dus de uitvoeringsagent vertegenwoordigt de hoofdschuldenaar bij die rechtshandeling. Op de zin of of onzin hiervan (en vooral: de redenen hiervoor) wordt hier niet dieper ingegaan (zie nochtans: X. DIEUX, “La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme : questions de principe !”, 127-129 en 137). Hier volstaat de vaststelling dat de redenering enkel werkt omdat prestatie en wanprestatie als rechtshandelingen worden opgevat. Zie ook: P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 262.

⁴⁵² P. VAN OMMEFLAGHE, “L’exécution des contrats de service par autrui” in F. GLANSBORFF en P.A. FORIERS (eds.), *Les contrats de service*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, 247. Dit principe werd in een Engelse uitspraak op bijzonder heldere verwoord door Lord DIPLOCK, geciteerd in: W. VAN GERVEN, *Tort Law Ius Commune casebooks*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 478.

steunt.⁴⁵³ Sommigen zoeken de grondslag hiervoor in de ontwikkeling van een autonoom leerstuk van *contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad* eerder dan de vraag uitsluitend te benaderen via de eigen contractuele fout van de schuldenaar.⁴⁵⁴ Maar voor de voorliggende vraag maakt dit niet zo veel verschil. Dit contractuele toerekeningsmechanisme voor andermans daad speelt ook in die opvatting immers voor elke uitvoeringsagent, los van enige vertegenwoordigingsverhouding. Het gaat steeds om contractuele aansprakelijkheid bij inschakeling van hulppersonen of uitvoeringsagenten in het algemeen. Het kan dan ook moeilijk een voorbeeld zijn van verruimde toerekening in vertegenwoordigingsrelaties. Hetzelfde geldt in beginsel trouwens als de uit te voeren verbintenis rechtstreeks uit de wet voortspuit, een parallelle hypothese die veel minder aandacht krijgt.⁴⁵⁵

⁴⁵³ Zie: H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 493; H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 116-117; P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 263 (maar uitdrukkelijk de vraag opwerpend of vertegenwoordiging hier toch geen rol speelt); Zeer nadrukkelijk (en uitgebreid), in Frankrijk: D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers, 2006, 396 e.v.; M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Poitiers, Université de Poitiers, 2003, 320-321 en 357 (en, voor een goed begrip, p. 306-356). Het is natuurlijk mogelijk dat partijen een afwijkende regeling hebben voorzien die uitdrukkelijk rekening houdt met de tussenkomst van uitvoeringsagenten. In dit geval is het antwoord hierin te zoeken. Maar dit illustreert dat waar het hier werkelijk om draait, het bepalen van de exacte draagwijdte van de verbintenis van de principaal is, niet de toerekening van fouten van een vertegenwoordiger (of andere uitvoeringsagent). Inspanningsverbintenissen vormen hierop geen uitzondering: D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, 401-404; M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, 325-326 en 374. De bindende kracht van de overeenkomst verhindert, behoudens andersluidend beding, dat de schuldenaar zijn inspanningsverbintenis omtrent een prestatie eenzijdig omzet in een inspanningsverbintenis om een bekwaam uitvoeringsagent te zoeken en hem naar best vermogen te instrueren en te superviseren (*contra*: L. CORNELIS, “Plaidoyer pour une responsabilité uniforme en cas d'abus de fonction”, *Revue Critique de la Jurisprudence Belge* 1997, 352). Uit de impliciete toestemming om zich te laten vervangen bij de uitvoering van een inspanningsverbintenis, kan geen impliciete exoneration voor de slechte uitvoering ervan worden afgeleid.

⁴⁵⁴ G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, 3e uitgave, Parijs, L.G.D.J., 2006, 1033 e.v. Die discussie woedt vooral in Frankrijk. Ze komt grondig aan bod in de proefschriften van ARTEIL en van FAURE ABBAD waarnaar in vorige voetnoot werd verwezen. Het debat vertoont nauwe banden met de in Frankrijk verhitte discussie over de vraag of “contractuele aansprakelijkheid” een zinvol concept is (zie voor deze discussie opnieuw het proefschrift van FAURE ABBAD, sterk *contra*; en voor een inleiding op het debat met stellingname *pro*: G. VINEY en P. JOURDAIN, *Introduction à la responsabilité*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, 3e uitgave, Parijs, L.G.D.J., 2007, 401-421). Het ontwerp CATALA zou kant kiezen voor de laatste opvatting (P. ANCEL, “La responsabilité contractuelle et ses relations avec la responsabilité extracontractuelle dans l'avant-projet français” in B. WINIGER (ed.), *La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens*, Brussel-Genève, Bruylant-Schulthess, 2008, 160-161; en de kritiek, in hetzelfde volume van P. LE TOURNEAU vanaf p. 181).

⁴⁵⁵ Tenzij de wetsbepaling in kwestie uitdrukkelijk in een regeling voor uitvoering door anderen voorziet. Maar opnieuw zal dan eenvoudigweg een vraag van toepassingsvoorwaarden van een concrete rechtsregel voorliggen.

109. Hiermee niet te verwarren zijn gevallen waarin de “contractuele fout” die als “feitelijk handelen” rechtsgevolgen voor de principaal moet meebrengen, een eigen contractuele fout van de vertegenwoordiger *in zijn verhouding met de principaal* is.⁴⁵⁶ De mentale gymnastiek die nodig is om dit als toerekening van feitelijk handelen via vertegenwoordiging te begrijpen, wordt nu wel heel uitdagend. De nadelige rechtsgevolgen voor de principaal volgen hier immers uit het feit dat *ofwel* hem niettegenstaande de contractuele fout van de vertegenwoordiger een rechtshandeling werd toegerekend omdat de vertegenwoordiger hiertoe voldoende bevoegd was *ofwel* hem nu net geen rechtshandeling werd toegerekend omdat de vertegenwoordiger (contractueel) foutief naliet ze te verrichten. In beide gevallen kan moeilijk sprake zijn van een verruimd vertegenwoordigingsbegrip.

In het eerste geval wordt gewoon de rechtshandeling toegerekend op grond van verleende bevoegdheid. Dat de principaal schade lijdt omdat zijn vertegenwoordiger zijn contractuele opdracht niet goed uitvoerde, heeft hier niet veel mee te maken.⁴⁵⁷ Integendeel. De “schade” volgt net uit het feit dat *de rechtshandeling* gewoon via vertegenwoordiging werd toegerekend en de principaal de daarin vervatte verbintenissen moet honoreren. Als vertegenwoordiging een techniek is die toelaat de contractuele rechtspositie van een ander te beïnvloeden, dan mag het geen verbazing wekken dat de vertegenwoordiger de contractuele rechtspositie van zijn principaal beïnvloedt.

Het tweede geval is hiervan het spiegelbeeld. De principaal leidt schade omdat hem *geen* rechtshandeling werd toegerekend. Dit krijgt vooral aandacht wanneer de vertegenwoordiger naliet een rechtshandeling te verrichten die binnen een bepaalde termijn nodig was om voor de principaal rechten te verkrijgen, te vrijwaren of niet te verliezen. Het typevoorbeeld is de proceshandeling waarvoor een termijn geldt. Indien een vertegenwoordiger (bijvoorbeeld advocaat of gerechtsdeurwaarder) deze termijn laat verstrijken zal dit de principaal binden.⁴⁵⁸ Dit resultaat vergt geen nieuwe theorie over toerekening van feitelijk gedrag. Als de rechtshandeling niet verricht werd, valt er ook niets toe te rekenen. De beoogde rechtsgevolgen ontstaan eenvoudigweg niet. Er is geen verruimd vertegenwoordigingsbegrip nodig dat zou toelaten het “foutieve” gedrag van de vertegenwoordiger toe te rekenen. Vertegenwoordiging laat toe rechtshandelingen te verrichten via anderen, alsof je ze zelf hebt verricht. Maar als niemand de rechtshandeling

⁴⁵⁶ Dit is het eerste voorbeeld genoemd bij P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 260.

⁴⁵⁷ Zie voor een treffend vroeg voorbeeld in de rechtspraak: Luik 19 oktober 1892, *Pas.* 1893, II, 87. De rechtshandeling ontstaat en wordt de lastgever toegerekend op het ogenblik dat ze door de lasthebber bevoegd wordt verricht (*in casu* ging het om ontvangst van een aanbod). Het feit dat de lasthebber mogelijk jegens de lastgever contractueel aansprakelijk is omdat hij hem hiervan niet op de hoogte bracht en deze hierdoor schade leed, verandert niets aan de geldigheid van de rechtshandeling en de daarin jegens de medecontractant opgenomen verbintenissen.

⁴⁵⁸ Cass. 24 januari 1974, *Arr.Cass.* 1974, 576. Zie voor uitgebreide verwijzingen naar de lagere rechtspraak: B. TILLEMANS, *Lastgeving*, 177. Zie ook de bespreking bij: P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 261.

verricht, is het niet nodig het “niet-verrichten van de rechtshandeling” als “eigen feitelijk gedrag” toe te rekenen aan de principaal. De rechtshandeling kwam gewoon niet tot stand. Als ze nodig was om rechten in het vermogen van de principaal uit te oefenen, te vrijwaren of niet te verliezen, zal de invloed zich natuurlijk in diens vermogen doen voelen.⁴⁵⁹ Er is geen verruimd vertegenwoordigingsbegrip nodig om te verklaren waarom de principaal de rechtsgevolgen ondergaat van het feit dat hem geen rechtshandeling wordt toegerekend die zijn vertegenwoordiger niet heeft verricht.

3.3.3. *De aan de vertegenwoordigingsopdracht inherente onrechtmatige daad: een afzonderlijke categorie?*

110. Er is één hypothese die soms naar voor wordt geschoven als uitzondering op de algemene regel die door het Hof van Cassatie zelf werd bekrachtigd.⁴⁶⁰ Het gaat om de onrechtmatige daad van de vertegenwoordiger die *inherent* is aan de vertegenwoordigingsopdracht of aan de rechtshandeling die het voorwerp van de vertegenwoordiging uitmaakt.⁴⁶¹ Men lijkt hier nogal uiteenlopende zaken in te lezen. Sommigen zoeken hierin de verklaring voor de “toerekening” van bedrog en zelfs voor elke *culpa in contrahendo*.⁴⁶² Anderen beperken deze rechtspraak tot gevallen waarin binnen de grenzen van het mandaat een rechtshandeling werd verricht die tegelijk een onrechtmatige daad uitmaakt ten aanzien van derden.⁴⁶³ Het is inderdaad opletten niet te snel algemene regels te maken van een hermetisch geformuleerde cassatieoverweging die soms vooral voortvloeit uit de speci-

⁴⁵⁹ In wezen verschilt dit in niets van rechtshandelingen waarvoor geen vervaltermijn geldt. Als de vertegenwoordiger een uitgelezen koopje laat voorbijgaan, dan is de principaal hierdoor geschaad omdat er gewoon geen rechtshandeling tot stand kwam. Dat dit tegelijk een contractuele fout van de vertegenwoordiger is, verplicht niet tot de gedachtenkronkel dat hij “verbonden” is door het “niet-verrichten van de rechtshandeling” omdat die fout hem als “feitelijk handelen” werd toegerekend, dit alles in weerwil van het traditionele vertegenwoordigingsbegrip.

⁴⁶⁰ Zie bijvoorbeeld bij I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 50; P. WÉRY, *Le mandat*, 257.

⁴⁶¹ Cass. 21 september 1987, *Pas.* 1987, I, 77; Cass. 22 april 1985, *Pas.* 1985, I, 1021; P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 270-272; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 50; P. WÉRY, *Le mandat*, 257. Zie ook de bespreking bij: L. CORNELIS, *Begin-selen*, 419-424.

⁴⁶² I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, 185-186; KRUTHOF, BOCKEN, DE LY en DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992): verbintenissen”, 554; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 50; P. WÉRY, *Le mandat*, 257-258.

⁴⁶³ L. CORNELIS, *Begin-selen*, 419-424; L. SIMONT, “Exposé introductif”, 11; L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux (suite et fin)”, *Revue Critique de la Jurisprudence Belge* 2001, 538-539. Lijkt zich hierbij aan te sluiten: P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 271. Enige voorzichtigheid is echter geboden, aangezien FORIERS op de volgende pagina besluit dat deze rechtspraak de bedrogen wederpartij toelaat de principaal buitencontractueel aan te spreken voor het bedrog van zijn vertegenwoordiger (p. 272).

ficiteit van de cassatiecontrole.⁴⁶⁴ De “aan de vertegenwoordigingshandeling inherente onrechtmatige daad” wordt anders een amalgaam van een aantal feitelijke situaties die beter afzonderlijk onderkend worden, en afzonderlijk oplosbaar zijn volgens de regels die hierboven reeds aan bod kwamen. In gevallen waarin de principaal opdracht gaf tot een rechtshandeling die *als rechtshandeling* tevens een onrechtmatige daad is, is de kans groot dat hij zelf een onrechtmatige daad begaat, hetzij al door het geven van de opdracht⁴⁶⁵, hetzij doordat hem een rechtshandeling wordt toegerekend (via klassieke vertegenwoordiging) die ook een onrechtmatige daad ten aanzien van derden is.⁴⁶⁶ Ook schade uit *feitelijk handelen* kan op de opdracht van de principaal teruggaan en een eigen fout uitmaken (afbreken van onderhandelingen, onnauwkeurige instructie). Kadert de fout in een contractuele relatie, dan speelt vooral voornoemde contractuele analyse.⁴⁶⁷ In de precontractuele fase is in de eerste plaats met wilsgebreken rekening te houden (vooral dan bedrog en geweld): de wet maakt zelf bepaalde rechtsfeiten “inherent” aan de overeenkomst doordat ze tot vernietiging kunnen leiden. Daarbuiten moet de precontractuele fout tot nader order buitencontractueel worden benaderd.⁴⁶⁸ Zoals uiteengezet betekent dit echter niet dat de principaal hiervoor immuun is. Als aansteller kan hij aansprakelijk zijn voor de onrechtmatige daden van zijn vertegenwoordiger, ook in de precontractuele fase.

111. De “onrechtmatige daad die inherent is aan de uitvoering van de opdracht of aan de rechtshandeling die er het voorwerp van uitmaakt” wordt op dit ogenblik dan ook niet meest zinvol wordt begrepen als een autonome en tegelijk van de algemene regel afwijkende rechtsgrond voor toerekening van feitelijk handelen

⁴⁶⁴ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 271. In dezelfde zin: L. CORNELIS, *Beginselen*, 422-423.

⁴⁶⁵ Bijvoorbeeld de opdracht tot het maken van prijsafspraken met concurrenten.

⁴⁶⁶ Bijvoorbeeld de intrekking van een aanbod, waar de onrechtmatigheid gelegen is in de intrekking zelf. In het algemeen echter lijkt de ogenschijnlijke eenvoud van deze categorie ietwat bedriegelijk. Hierop wordt niet dieper ingegaan.

⁴⁶⁷ Met inbegrip van de wetsbepalingen die daarop inhaken. Men kan toch moeilijk voorbij aan het feit dat het “principearrest” van 22 april 1985 over de legitimiteit van een ontslag om dringende redenen door de werkgever aan zijn werknemer ging. De vraag was of de beroepsrechter geldig kon beslissen dat de werknemer zelf geen fout beging en de arbeidsrelatie niet onmogelijk was geworden omdat de beledigende brief niet door hem zelf was geschreven, maar (zo werd in feite vastgesteld) in zijn opdracht door een vakbondssecretaris.

⁴⁶⁸ Zoals geweten valt hier echter wel één en ander over te zeggen. Het is soms kunstmatig de wederpartij die *weet* onderhandelingen aan te gaan met een vertegenwoordiger die tot doel hebben enkel met de principaal te contracteren, over dezelfde kam te scheren als een puur buitencontractueel derde-slachtoffer. In dezelfde zin: X. DIEUX, “La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme: questions de principe!”, 130. Daarbij komt nog dat het begrip “precontractuele fout” diverse ladingen dekt. Wanneer de overeenkomst tot stand kwam, en één partij beklaagt zich hier nadien over (meestal omdat hem bepaalde informatie niet zou zijn verstrekt), is duidelijk dat de zoektocht naar eventuele fout en remedie wel heel “contractueel” wordt en moeilijk abstractie kan maken van de weerslag op de ingetreden overeenkomst. Het afbreken van onderhandelingen anderzijds, vertoont op dit punt een heel ander karakter. Hierop wordt niet dieper ingegaan.

aan de principaal.⁴⁶⁹ Ongetwijfeld leiden feiten die kunnen worden omschreven als aan de uitvoering van de opdracht inherente onrechtmatige daden, voor hem doorgaans tot rechtsgevolgen. Maar vooralsnog is er een té grote diversiteit in de feitelijke hypothesen die men in dit criterium kan lezen, en lijkt het erop dat elke van deze hypothesen een oplossing kan vinden via de normale toepassing van bestaande rechtsregels die er het best bij aansluiten. Het gaat niet om een afwijking van de klassieke invulling van het vertegenwoordigingsbegrip zolang in dit laatste geen immuniteitsregel wordt gelezen.

3.4. BESLUIT MET BETREKKING TOT DE TOEREKENING AAN DE PRINCIPAAL VAN RECHTSGEVOLGEN UIT FEITELIJK HANDELEN

112. Wat al deze voorbeelden gemeen hebben, is dat de normale toepassing van regels die op zich niets met het vertegenwoordigingsbegrip te maken hebben, leidt tot rechtsgevolgen bij de principaal naar aanleiding van “feitelijk handelen” van zijn vertegenwoordiger. Ongetwijfeld zijn er nog andere gevallen denkbaar. Dit is een *positiefrechtelijke* vaststelling die op geen enkele manier incongruent is met de *conceptuele* omschrijving van het vertegenwoordigingsbegrip als juridisch mechanisme voor de toerekening van rechtshandelingen. Deze conceptuele omschrijving houdt immers geen impliciete immuniteitsregel in ten aanzien van rechtsgevolgen uit niet-rechtshandelingen.⁴⁷⁰ Een opsomming van gevallen waarin dit laatste gebeurt, is dan ook op zichzelf geen logenstraffing van het klassieke vertegenwoordigingsbegrip. Als juridische constructie, heeft de begripsvorming rond vertegenwoordiging overigens helemaal niet de ambitie de werking van concrete regels waarvan de toepassingsvoorwaarden zijn vervuld, onmogelijk te maken.⁴⁷¹ De constructie moet net met het bestaande positieve recht congruent zijn.

Omgekeerd, is er geen verruimd vertegenwoordigingsbegrip nodig om de hier geschetste resultaten te bereiken of te verklaren. Zelfs zonder verruimd vertegenwoordigingsbegrip bijvoorbeeld, leidt bedrog van de vertegenwoordiger tot nietigheid van de overeenkomst en indien de vertegenwoordiger in een aanstellingsverhouding tot de principaal stond, zelfs tot diens buitencontractuele aansprakelijkheid (art. 1384 lid 3 B.W.).

113. Maar de vraag mag vervolgens wel opnieuw op het niveau van de constructie worden beschouwd. Heel wat positiefrechtelijke voorbeelden van “toerekening” van rechtsgevolgen aan de principaal vallen nu buiten het vertegenwoordigings-

⁴⁶⁹ Zie ook de kritiek bij: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 128-129.

⁴⁷⁰ Zie *supra* p. 97 e.v.

⁴⁷¹ Vergelijk: X. DIEUX, “La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers: une révolution de velours”, 239, voetnoot 38.

gingsbegrip. Het vertegenwoordigingsbegrip staat die toerekening evenmin in de weg. Positiefrechtelijk is er dus weinig probleem. Maar een betere constructie is altijd denkbaar. Zou een verruimd vertegenwoordigingsbegrip niet toelaten een aantal van deze positiefrechtelijke resultaten mee te omvatten, en zo een ruimere dekking geven van de rechtsstof? Kan het vertegenwoordigingsbegrip niet naar een nog hoger niveau van abstractie worden getild, zodat het ook de vastgestelde positiefrechtelijke resultaten over feitelijk handelen omvat? Wordt het systeem van ons recht niet beter begrijpbaar als we het vertegenwoordigingsbegrip uitbreiden met andere vormen van toerekening? Minstens zou deze alternatieve constructie een groter deel van de positieve stof dekken: ook de hierboven behandelde resultaten (en wellicht nog andere) worden dan een deel van de “ruwe materie” waaruit het vertegenwoordigingsbegrip is opgetrokken.

In het volgende punt wordt bondig bepleit dat dit vooralsnog niet wenselijk is.

4. VERRUIMING VAN HET VERTEGENWOORDIGINGSBEGRIP LIJKT VOORALSNOG NIET WENSELIJK

4.1. INLEIDING

114. De klassieke constructie van het vertegenwoordigingsmechanisme heeft een vrij mooi afgelijnde en coherente begripsinhoud. Zijn domein is totstandbrenging van rechtshandelingen via een ander mogelijk te maken door de toerekening van de rechtshandeling alsof je die zelf hebt gesteld. Er is geen *algemene* rechtsgrond die toelaat niet-rechtshandelingen op dezelfde wijze aan een ander toe te rekenen. Als constructie is het niet zo verwonderlijk dat het zo ingevulde vertegenwoordigingsbegrip geen “*principe invariable*” of het alternatief geen “*impossibilité conceptuelle*” is.⁴⁷² Maar de vraag is welke “*phénomènes qui pourraient a priori s’y rattacher*”⁴⁷³ het begrip een meer zinvolle inhoud zouden geven, indien men in het achterhoofd houdt dat het zich in de huidige opvatting *helemaal niet* verzet tegen de positiefrechtelijke toerekening van rechtsgevolgen waarnaar deze fenomenen verwijzen. Als de huidige definitie “arbitrair”⁴⁷⁴ is, welke definitie is dan beter?

115. Merkwaardig genoeg is in België in feite nog geen systematische poging ondernomen om vorm te geven aan zo een alternatief verruimd vertegenwoordigingsbegrip. Als vertegenwoordiging klassiek het juridische mechanisme is waar-

⁴⁷² P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 273.

⁴⁷³ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 273.

⁴⁷⁴ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 273.

door rechtshandelingen worden toegerekend aan een ander persoon dan diegene die de handelingen materieel heeft gesteld, zodat *rechtens* de principaal heeft gehandeld, dan vereist een verruimd vertegenwoordigingsbegrip een alternatieve omschrijving. Als men van oordeel is dat de opsomming van een aantal gevallen waarin het positieve recht bij de principaal rechtsgevolgen uit feitelijk handelen van de vertegenwoordiger doet ontstaan, implicaties heeft voor het vertegenwoordigingsbegrip, dan moet men aantonen *welke* van die gevallen dan wel in het vertegenwoordigingsbegrip moeten worden getrokken en wat hiervan de gevolgen zijn. Hier blijkt nu net het schoentje te knellen.

4.2. FORIERS EN VAN GERVEN: GEEN ALTERNATIEVE OMSCHRIJVING

116. FORIERS gaat er impliciet van uit dat de opsomming van voorbeelden waarin de principaal rechtsgevolgen ondergaat als gevolg van “rechtsfeiten” van zijn vertegenwoordiger, meteen ook het klassieke vertegenwoordigingsbegrip ondergraaft:

“la brèche est ouverte: il est des cas où la représentation, même conventionnelle, se conçoit pour des fautes quasi-délictuelles donc, a priori, pour des faits juridiques”.⁴⁷⁵

Hij lijkt ook te impliceren dat hieruit een alternatief, verruimd vertegenwoordigingsbegrip kan worden gedistilleerd:

“l’idée que la représentation se conçoit que pour les actes juridiques (...) apparaît en réalité comme une sorte de postulat auquel la doctrine s’efforce de ramener la réalité en excluant du domaine de la représentation *des phénomènes qui pourraient a priori s’y rattacher*, mais qui ne cadrent pas avec la définition qu’on lui a donnée arbitrairement”.⁴⁷⁶

Maar op de keper beschouwd, komt het bij FORIERS niet tot een echt alternatieve definitie van het vertegenwoordigingsbegrip meer algemeen. Hij richt zijn pijlen vooral op de vermeend uit het traditionele vertegenwoordigingsbegrip afgeleide immuniteitsregel. En hij bepleit in dat verband een extra aansprakelijkheidsregel

⁴⁷⁵ P.A. FORIERS, noot bij Cass. 20 januari 2000, *T.B.H.* 2000, 491; P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 272. Zie ook p. 274: “*L’espace pour une telle représentation est par conséquent réduit*” (onderstreping toegevoegd).

⁴⁷⁶ P.A. FORIERS, noot bij Cass. 20 januari 2000, 491 (onderstreping toegevoegd). Tevens instemmend geciteerd in: P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 273. Zie ook p. 267: “*Il suit de l’inventaire qui précède que d’un point de vue statistique, il est de nombreux cas dans lesquels le représenté répond des manquements contractuels ou extra-contractuels du représentant, se sans doute par divers détours, mais détours qui entretiennent tous d’étroites relations avec l’idée de représentation*” (onderstreping toegevoegd).

voor lastgeving. De auteur is van oordeel dat onrechtmatige daden van een lasthebber begaan “*dans l’accomplissement de son mandat*”, in de ogen van derden doorgaans binnen de grenzen van het mandaat vallen en dus beter aan de lastgever worden toegerekend.⁴⁷⁷ Hij wil dus de lastgever (iets) ruimer aansprakelijk maken voor buitencontractuele fouten van zijn lasthebber. Maar hij maakt niet duidelijk hoe deze bijkomende aansprakelijkheidsregel, samen met de eerder besproken fenomenen die met het vertegenwoordigingsbegrip zouden kunnen worden verbonden, een nieuw vertegenwoordigingsbegrip vorm geven en hoe dit dan moet worden gedefinieerd.

117. VAN GERVEN noemt de toerekening van onrechtmatige handelingen die door de vertegenwoordiger *in verband met de opdracht* werden gepleegd weliswaar een “*normaal gevolg van het vertegenwoordigingsverschijnsel*”, en “*inherent aan vertegenwoordiging*”⁴⁷⁸, maar als puntje bij paaltje komt blijkt dit toch vooral te gaan over lastgeving.⁴⁷⁹ Hij aanvaardt meteen een uitzondering voor de wettelijke vertegenwoordiging van minderjarigen⁴⁸⁰ en past evenmin de algemene definitie van vertegenwoordiging als toerekening van *een rechtshandeling* aan een ander aan.⁴⁸¹ Ook bij VAN GERVEN treffen we dus op de keper beschouwd eerder een pleidooi aan voor een extra aansprakelijkheidsregel bij lastgeving, dan de conceptuele omschrijving van een verruimd vertegenwoordigingsbegrip.

118. Van tweeën één. Ofwel beperkt de demarche van beide auteurs zich ertoe te bepleiten dat bij lastgeving onrechtmatige daden ruimer dan vandaag op basis van het positieve recht het geval is, tot buitencontractuele aansprakelijkheid van de lastgever moeten leiden. Het betreft dan (een pleidooi voor) een nieuwe aansprakelijkheidsregel, die moet gaan postvatten in het lijstje positiefrechtelijke regels dat eerder werd besproken. Maar hiermee is niet uitgelegd waarom deze nieuwe vorm van aansprakelijkheid *vertegenwoordiging* moet heten. Ofwel gaan beide auteurs er van uit dat dit soort toerekening – wellicht in combinatie met de andere voorbeelden – wél vertegenwoordiging is, dat de vertegenwoordiger die deze onrechtmatige daden pleegt daarbij de principaal *vertegenwoordigt*, dat met andere woorden het vertegenwoordigingsbegrip een verruimde invulling moet

⁴⁷⁷ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 273-274. Zie ook: P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 179.

⁴⁷⁸ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 502.

⁴⁷⁹ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 502 *juncto* 501 en 504. Op p. 502 lijkt VAN GERVEN vertegenwoordiging in het algemeen te behandelen, maar op p. 501 had hij eerder al (terecht) gewaarschuwd voor een té gedetailleerde algemene behandeling omdat de oplossingen kunnen verschillen naargelang van de diverse verschijningsvormen van vertegenwoordiging, en op p. 504 voegt hij toe dat zijn beschouwingen tot dan toe voornamelijk gelden voor vertegenwoordiging krachtens lastgeving.

⁴⁸⁰ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 505.

⁴⁸¹ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 473. Zie ook: W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 158-159.

krijgen en niet langer beperkt kan worden tot het juridische mechanisme dat rechtshandelingen aan een ander als eigen toerekent. Maar dan komt hen toch de taak toe zo een verruimd vertegenwoordigingsbegrip te omschrijven. Dat gebeurt niet. Er wordt geen poging ondernomen te omschrijven wat, naast de toerekening van rechtshandelingen aan een ander alsof hij deze zelf heeft verricht, nu bijkomend als begripsinhoud aan het vertegenwoordigingsbegrip kan worden gegeven om haar als juridische constructie te verbeteren.⁴⁸² Eerder werd al aangehaald dat dit geen sinecure is: criteria als “rechtsfeiten”, “onrechtmatige daden”, “onrechtmatig handelen”, “feitelijk handelen” en “materieel handelen” vechten om de aandacht, en van sommigen is al duidelijker dan van anderen wat onder de toerekening ervan aan een ander als eigen zou moeten worden verstaan. Noch VAN GERVEN noch FORIERS waagt zich in dit wespennest.

4.3. TOEREKENING VAN RECHTSGEVOLGEN

119. Bij Ilse SAMOY lijkt het aanvankelijk dicht bij een duidelijke alternatieve omschrijving te komen. Na bespreking van – en kritiek op – de klassieke zienswijze besluit zij dat:

(...) vertegenwoordiging zich, zoals FORIERS terecht bepleit, leent voor rechtshandelingen (die beoogde rechtsgevolgen in het leven roepen) én voor materiële handelingen, meer precies rechtsfeiten (die onbeoogde rechtsgevolgen in het leven roepen). Als techniek die toelaat dat een persoon een handeling verricht *waarvan de rechtsgevolgen toegerekend worden aan een andere persoon*, kan zij zowel toepassing vinden op rechtshandelingen als materiële handelingen.⁴⁸³

Dit lijkt een duidelijke en consequente voorstelling van zaken. Zij benadrukt enerzijds dat het voorwerp van de demarche erin bestaat vertegenwoordiging als juridische techniek te definiëren. De vraag is of in bepaalde gevallen rechtsgevolgen uit feitelijke handelingen met rechtsgevolg *op grond van vertegenwoordiging* kunnen worden toegerekend aan een ander dan de handelende persoon.⁴⁸⁴ Er is evenmin sprake van verwarring tussen vertegenwoordiging als juridische techniek en de rechtsverhouding (bv. lastgeving) waarin deze techniek wordt gehan-

⁴⁸² Als uit de voorliggende teksten een impliciete alternatieve omschrijving zou moeten worden afgeleid, kan dit enkel zijn: “vertegenwoordiging is het juridische mechanisme dat toelaat rechtshandelingen aan een ander toe te rekenen alsook het onrechtmatig handelen dat de conventionele vertegenwoordiger in verband met zijn opdracht heeft gepleegd” (VAN GERVEN) of: “vertegenwoordiging is het juridische mechanisme dat toelaat rechtshandelingen aan een ander toe te rekenen alsook onrechtmatige daden die de lasthebber in de ogen van derden ‘*dans l’accomplissement de son mandat*’ heeft gepleegd” (FORIERS). Het lijkt weinig waarschijnlijk dat de auteurs dit hebben bedoeld.

⁴⁸³ I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 56 (cursivering toegevoegd).

⁴⁸⁴ I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 54.

teerd. Anderzijds wordt het mechanisme duidelijk omschreven als toerekening van *rechtsgevolgen* van een handeling aan een ander rechtssubject dan datgene dat de handeling verricht.⁴⁸⁵ Toerekening van rechtshandelingen wordt vervangen door de toerekening van rechtsgevolgen meer algemeen, ongeacht of die rechtsgevolgen uit rechtshandeling of materiële handeling volgen. Dit is een mogelijk (voorlopig) eindpunt in de evolutie naar een alternatief vertegenwoordigingsbegrip. Vertegenwoordiging is niet langer toerekening van rechtshandelingen aan een ander rechtssubject dan datgene dat de handeling materieel heeft gesteld, maar toerekening van rechtsgevolgen aan een ander rechtssubject dan datgene dat de handeling materieel heeft gesteld.⁴⁸⁶

120. De eenvoudige vraag is dan waar nog de grenzen van vertegenwoordiging liggen? Het recht kent een uitgebreid en divers spectrum van gevallen waarin rechtsgevolgen van een handeling ontstaan bij andere personen dan diegene die de handeling materieel heeft gesteld.⁴⁸⁷ Als werkelijk een verruimd vertegenwoordigingsmechanisme werd omschreven – geabstraheerd van de onderliggende rechtsverhouding – moet men vertegenwoordiging noemen al wat aan de omschrijving beantwoordt. Is nu telkens bij een persoon een rechtsgevolg ontstaat als gevolg van om het even welke feitelijke handeling van een ander, sprake van vertegenwoordiging? Het speelveld van vertegenwoordiging wordt dan in één klap enorm uitgebreid. Het wordt moeilijk aan te duiden waarom bepaalde aansprakelijkheidsmechanismen voor andermans daad, of andere gevallen waarin het recht de rechtsgevolgen van iemands handeling niet tot de materiële actor beperkt, en die traditioneel niet onder vertegenwoordiging werden gerangschikt, nog buiten bereik van dit rechtsbegrip vallen. Zeer diverse juridische situaties

⁴⁸⁵ Ten onrechte zou men denken dat SAMOY nog een bijkomend criterium eist: de bevoegdheid om de rechtsgevolgen in het leven te roepen. Uit haar voorbeelden blijkt immers dat de bevoegdheid de toerekening volgt: als de wet rechtsgevolgen toerekent, zelfs buiten de wil van de principaal om, was er bevoegdheid, maar dan verleend door het recht en niet door de principaal (beter dus: macht). I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 54-56: “Steeds zal de toerekening aan de vertegenwoordigde steun moeten vinden in een bevoegdheid die door het recht, buiten de wil van de vertegenwoordigde om, aan een persoon wordt verleend (...)”. Hier wordt niet dieper op ingegaan.

⁴⁸⁶ Het is niet helemaal duidelijk of SAMOY deze laatste stap ook effectief heeft willen zetten. Hoewel de besproken passage zulks kan doen vermoeden, grijpt de auteur elders in het werk toch opnieuw terug naar toerekening van rechtshandelingen in de definitie van vertegenwoordiging, zonder dat daar dan echter de problematiek van handelingen die geen rechtshandelingen zijn opnieuw aan bod komt, en ogenschijnlijk beperkt tot de “vrijwillige” vertegenwoordiging. I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 528.

⁴⁸⁷ Zelfs indien we de definitie beperken – wat wellicht de bedoeling is – tot de actorzijde van de handeling. Normaal ontstaan immers, naast rechtsgevolgen bij de actor, als spiegelbeeld ook rechtsgevolgen bij andere rechtssubjecten. In die zin heeft de “handeling” van de pleger van een onrechtmatige daad ook rechtsgevolgen bij het slachtoffer, die immers een recht op schadevergoeding verwerft. Ook hier is dus, strikt genomen, “toerekening van rechtsgevolgen aan een ander persoon dan hij die de handeling verricht” aanwezig. De vaststelling illustreert dat het in deze benadering moeilijker wordt duidelijke grenzen te trekken.

worden op één hoop gegooid en allemaal vertegenwoordiging genoemd. Misschien is dit niet conceptueel onmogelijk of intern incoherent, al gaat het radicaal in tegen onze rechtstraditie in dit domein en is er vooral nog heel wat verduidelijking nodig eer van een uitgewerkt alternatief sprake is.⁴⁸⁸ Maar het bezwaar mag nu al luiden dat dit het vertegenwoordigingsconcept zodanig doet uitdeinen dat het elk ordenend vermogen verliest en op den duur nutteloos wordt.⁴⁸⁹ Als *toerekening* aan een rechtssubject synoniem wordt voor *ontstaan van rechtsgevolgen* bij dat rechtssubject, dan verliest de vertegenwoordigingsidee veel van zijn eigenheid.

4.4. SCHOLTEN – VAN DER GRINTEN – KORTMANN⁴⁹⁰: TOEREKENING VAN FEITELIJKE HANDELINGEN

121. De meest welomlijnde poging om het vertegenwoordigingsbegrip verruimd te definiëren is van de hand van de Nederlandse auteurs SCHOLTEN, VAN DER GRINTEN en KORTMANN. Zij proberen uitdrukkelijk aansluiting te houden bij de toerekeningsidee door te blijven spreken van *toerekening van handelingen als eigen* maar dit niet te beperken tot rechtshandelingen. Ook feitelijke handelingen met rechtsgevolg kunnen dan onder de vlag van vertegenwoordiging als eigen handeling worden toegerekend.⁴⁹¹ Vertegenwoordiging wordt niet meteen opgetrokken tot “toerekening van rechtsgevolgen” – de haast onoverzichtelijke categorie waarin eender welke handeling eender welk rechtsgevolg te weeg brengt bij een ander – maar blijft beperkt tot de gevallen waarin “*feitelijke handelingen of gedragingen rechtens hebben te gelden als handelingen of gedragingen van een ander*”.⁴⁹² Men bewaart aansluiting bij het klassieke beeld “alsof hij de handeling zelf heeft gesteld”, alleen kan de handeling in kwestie ook een feitelijke handeling zijn. Dit is ook nadrukkelijk de bedoeling: “*buiten de figuur van de vertegenwoor-*

⁴⁸⁸ Het is hier niet de bedoeling het volledige proces van dit standpunt te maken, ook al lijkt het mij weinig vruchtbaar.

⁴⁸⁹ Opnieuw: de bespreking bij SAMOY wordt hier als aanknopingspunt genomen voor één mogelijke alternatieve omschrijving van het vertegenwoordigingsbegrip. Het is goed mogelijk dat deze auteur zo ver niet is willen gaan. Zo is het mogelijk in het voornoemde citaat “de rechtsgevolgen” anders te interpreteren zodat het standpunt wellicht een variante op de hieronder besproken opvatting van SCHOLTEN en co-auteurs wordt.

⁴⁹⁰ Het probleem bij de “toerekening” van opvattingen aan individuele auteurs, in dit soort werken die doorheen de jaren door velen zijn bewerkt, is evident. De naam van SCHOLTEN wordt hernomen als eerste auteur van dit werk en bezieler van de gedachte erachter (zie: H. SCHOORDIJK, “Het ‘op naam vereiste’ bij de vertegenwoordiging honderd jaar na Schlossmann”, 1070); van VAN DER GRINTEN, de voornaamste bewerker en auteur van het criterium der verkeersopvattingen, en van KORTMANN, die recent de fakkel overnam. Alle verwijzingen zijn naar de tekst van de editie van 2004.

⁴⁹¹ C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 173.

⁴⁹² C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 173 (onderstreping toegevoegd). Zie ook p. 11.

diging zouden wij willen laten gevallen waarin het handelen van de een in rechte niet wordt aangemerkt als het handelen van een ander, doch waarin dit handelen wel rechtsgevolgen voor de ander teweegbrengt".⁴⁹³ Een belangrijke idee van vertegenwoordiging blijft – ogenschijnlijk – behouden: het gaat erom iemand anders een bepaalde voor het recht relevante handeling *in globo* als eigen toe te rekenen, met alle rechtsgevolgen die in die handeling liggen vervat.

122. Ultiem overtuigt dit niet. Het is niet duidelijk welk mechanisme het recht dan wel zou kennen dat feitelijk handelen *qua feitelijk handelen* aan een ander als eigen handelen toerekent. Feitelijk handelen is altijd maar één van de toepassingsvoorwaarden waaruit het recht het bestaan van een rechtsfeit afleidt, dat dan in hoofde van een rechtssubject rechtsgevolgen meebrengt. Dit kan soms inderdaad in hoofde van een ander rechtssubject zijn dan datgene dat de feitelijke handeling heeft verricht. Maar dat is dan niet omdat de feitelijke handeling hem als zodanig wordt toegerekend, maar omdat de toepassingsvoorwaarden van de rechtsregel die het rechtsfeit omschrijft in zijn hoofde zijn vervuld. Rechtshandelingen kan je via een ander verrichten, maar rechtsfeiten "bega" je in zekere zin altijd zelf, zelfs als het feitelijk handelen van een ander er een toepassingsvoorwaarde van vormt. Het proces waarbij materieel gedrag een rechtsfeit wordt waaraan in hoofde van een ander rechtssubject rechtsgevolgen worden verbonden, steunt niet op de "toerekening" van die feiten *als feiten* aan een ander. Het feitelijke gedrag blijft immers ook voor het recht enkel feitelijk gedrag van diegene van wie het uitging. Ook de rechtshandeling steunt op feitelijk gedrag. Maar dit feitelijke gedrag zou in hoofde van wie het verricht normaal een rechtshandeling doen ontstaan, alleen gebeurt dit niet omdat het recht die rechtshandeling onmiddellijk en integraal aan een ander als eigen toerekent. Zelfs dan blijft het feitelijke gedrag hem eigen, en kan het aan de toepassingsvoorwaarden van andere rechtsregels die rechtsfeiten omschrijven, worden getoetst.

"Attendu qu'en vertu du texte général et absolu de l'article 1382 du Code civil, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer; (...)

Attendu qu'en conséquence de ces dispositions le mandataire qui, même dans l'exécution de son mandat, commet un quasi-délit causant à autrui un dommage, est tenu personnellement de le réparer, sans préjudice du point de savoir si le tiers n'a pas, en outre, le cas échéant, un recours contre le mandant".⁴⁹⁴

⁴⁹³ C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 11.

⁴⁹⁴ Cass. 5 april 1921, *Pas.* 1921, I, 302 (bovendien in een zaak waar dit principe wordt toegepast op vennootschapsbestuurders).

De rechtshandeling wordt doorgegeven, het feitelijke handelen niet.⁴⁹⁵ Het recht kan dezelfde feiten *distributief* gebruiken om er in hoofde van uiteenlopende rechtssubjecten (meestal ook uiteenlopende) rechtsgevolgen aan te verbinden. Maar een algemeen *translatief* juridisch mechanisme zoals bij rechtshandelingen ontbreekt. Minstens werd een alternatieve en meer coherente visie in de huidige stand van het vraagstuk nog niet geconceptualiseerd.⁴⁹⁶

123. Dit kan best geïllustreerd worden aan de hand van de aanstellersaansprakelijkheid van artikel 1384, lid 3 B.W. Als ook van vertegenwoordiging sprake zou zijn wanneer feitelijke handelingen rechtens te gelden hebben als handelingen van een ander, dan is de vraag waarom net dit geen vertegenwoordigingssituatie is.⁴⁹⁷ Het positieve recht komt niet veel dichter dan de aanstellersaansprakelijkheid als het erom gaat in hoofde van een rechtssubject het feitelijk handelen van een ander als het zijne te doen gelden.⁴⁹⁸ DIDIER is van oordeel dat met artikel 1384, lid 3 B.W. de *Code Civil* al sinds 1804 minstens één voorbeeld kent dat de vraag opwerpt

⁴⁹⁵ Dit onderscheid wordt in wezen erkend bij: P.A. FORIERS en L. SIMONT, "Observations sur un revirement de jurisprudence: représentation et responsabilité aquilienne des organes et mandataires de société", 429 ("On n'aperçoit donc pas en quoi les tiers qui n'auraient pas marqué leur accord sur l'effacement du représentant pourraient se voir interdire d'agir contre ce dernier sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil"). Zie ook, zeer accuraat: J. VANANROYE, "Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid", 84 (maar nadat eerst het gevaar dat zou dreigen voor de traditionele erkenning van persoonlijke aansprakelijkheid van de gemeenrechtelijke lasthebber voor zijn eigen feitelijk handelen *de lege lata* iets te sterk werd voorgesteld).

⁴⁹⁶ Het merkwaardige cassatiearrest van 16 februari 2001 (Cass. 16 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 303, *T.B.H.* 2002, 698, noot C. GEYS, *R.W.* 2002-03, 340, *R.P.S.* 2001, 348) had voor wat betreft de buitencontractuele fout op dit punt als een eerste stap kunnen worden gezien. De uiteenlopende lezingen van dit arrest waren legio, maar één (radicale) mogelijkheid was er de conceptualisering van van een algemeen toerekeningsmechanisme voor buitencontractuele fouten in te zien dat bij volmaakte vertegenwoordiging aansluiting zocht (X. DIEUX, "La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers: une révolution de velours", 240; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 178). Intussen staat dit arrest opnieuw geïsoleerd (Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1354, concl. J.F. LECERCQ). En hoewel het arrest van 2005 het enkel over "organen" heeft, lijkt het bijzonder onwaarschijnlijk dat dit betekent dat de gemeenrechtelijke lasthebber voortaan *meer* transparant is dan de bestuurder. De basisregel is dan ook opnieuw Cass. 5 april 1921, *Pas.* 1921, I, 302 (met de nuances, vanzelfsprekend, die daar nadien aan zijn aangebracht, in het bijzonder als de vordering uitgaat van een medecontractant. Zie Cass. 7 november 1997, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1990, 730, noot V. SIMONART).

⁴⁹⁷ Zeker indien de toerekening die in deze opvatting centraal staat "geen dieper liggende constructie" behoeft, en puur bekeken wordt als voortspruitend uit de kracht van het objectieve recht, en onder de toepassingsvoorwaarden die het objectieve recht stelt: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 5-6.

⁴⁹⁸ Wat historisch trouwens niet eens ongehoord is. De klassieke auteurs worstelden met het objectieve en bijzonder ruime karakter van de aanstellersaansprakelijkheid vanuit hun gehechtheid aan het foutvereiste. Om beide te verzoenen, werd al eens teruggegrepen naar beeldspraak die moest uitdrukken dat wat de aangestelde deed, in rechte door de aansteller werd gedaan. Zie voor deze vaststelling ook: M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 201.

van “*représentation dans la faute*”.⁴⁹⁹ Het lijkt er *prima facie* inderdaad op dat een rechtsfeit als autonome juridische conclusie op niveau van de aangestelde (namelijk diens buitencontractuele fout) integraal aan de aansteller wordt toegerekend.⁵⁰⁰ Veel dichter als analogie met toerekening van rechtshandelingen is er niet. Maar dan nog is het conceptuele verschil groot. Dit kan niet beter worden geïllustreerd dan aan de hand van de (verder te bespreken) kernaanspraak van de orgaantheorie in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht:

“Si le fait de l’organe d’une société jouissant de la personnalité juridique est le fait de l’être moral, le fait du préposé n’est pas le fait du commettant qui n’a pas participé à l’acte”.⁵⁰¹

De aansteller is aansprakelijk voor schade die de aangestelde in de bediening veroorzaakte omdat hij op grond van een uitdrukkelijke wetsbepaling voor de schade door een ander veroorzaakt, instaat, niet omdat hij rechtens geacht wordt de handeling zelf te hebben verricht, laat staan zelf een fout te hebben begaan. Het slachtoffer dat feitelijk door de aangestelde werd geschaad, kan hem in de eerste plaats zelf aanspreken. Hij is geen doorgeefluik voor rechtsgevolgen bij een ander. De aansteller is aansprakelijk voor de daad van een *ander*, niet omdat hij rechtens geacht wordt die daad *zelf* te hebben gepleegd.

Aanstelling is een uitdaging voor wie een alternatief vertegenwoordigingsbegrip wil conceptualiseren. Het is een geval waar het recht er zeer dicht bij komt een onrechtmatige daad aan een ander als eigen toe te rekenen. Toch noemt niemand dit vertegenwoordiging.⁵⁰² Waarom zijn de gevallen waarin de voorstanders van een verruimd vertegenwoordigingsbegrip in wezen hetzelfde toerekeningsstramien als bij aanstelling bepleiten⁵⁰³, maar dan zonder uitdrukkelijke rechtsgrond, wél vertegenwoordiging? Is het vertegenwoordigingsbegrip coherenter geworden nu er gevallen binnen vallen die qua toerekeningsmechanisme meer lijken op gevallen die er buiten vallen (aanstellersaansprakelijkheid) dan op andere gevallen die er binnen vallen (toerekening van rechtshandelingen)? Me dunkt van niet.

⁴⁹⁹ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 108. Uiteindelijk verwierpt deze auteur weliswaar de aangesteldenaansprakelijkheid als geval van vertegenwoordiging: zie p. 137-150.

⁵⁰⁰ Maar deels is dit schijn: zie *infra* p. 474 e.v.

⁵⁰¹ Cass. 25 november 1954, *Pas.* 1955, I, 269.

⁵⁰² Zeer duidelijk: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 502.

⁵⁰³ Lees: toevoeging van een aansprakelijkheidsvordering tegen de principaal aan de eigen aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger, bijvoorbeeld omdat de fout “in de ogen van derden binnen het mandaat viel” (FORIERS) of “in verband met de opdracht” werd begaan (VAN GERVEN). Zowel VAN GERVEN als FORIERS bepleiten immers dat het feitelijk handelen van de vertegenwoordiger, ondanks het feit dat het aan de principaal wordt “toegerekend”, steeds de eigen aansprakelijkheid van de vertegenwoordigde kan meebrengen (P.A. FORIERS en L. SIMONT, “Observations sur un revirement de jurisprudence: représentation et responsabilité aquilienne des organes et mandataires de société”, 429 en *supra* voetnoot 495; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 509-510).

124. Een ander voorbeeld waaruit blijkt dat SCHOLTEN en medestanders nog een lange weg af te leggen hebben, is het bedrog van de vertegenwoordiger. Het is ook in België traditioneel hét schoolvoorbeeld van vertegenwoordiging voor feitelijk handelen.⁵⁰⁴ Als nietigverklaring via vertegenwoordiging moet verklaard worden door toerekening van feitelijk handelen (bedrog) van de vertegenwoordiger, dan stelt zich een probleem indien het bedrog niet uitging van de vertegenwoordiger die de rechtshandeling heeft verricht. In een Nederlandse zaak uit 1930 besliste de Hoge Raad net als uitvloeisel van de theorie van bedrog via vertegenwoordiging, dat een overeenkomst die door een onschuldige vertegenwoordiger was ondertekend, terwijl de wederpartij bedrogen was door een ander voor de principaal werkzaam persoon, niet vernietigbaar was.⁵⁰⁵ Men kan zich hier druk in maken omdat het onderscheid arbitrair lijkt.⁵⁰⁶ Maar het is nu net het gevolg van de demarche die nietigverklaring bij bedrog via vertegenwoordiging wil laten lopen. Het is dan naast de kwestie deze concrete uitspraak te bekritisieren omdat de fysieke bedrieger misschien ook vertegenwoordiger was, en in een eerdere fase van de onderhandelingen optrad.⁵⁰⁷ De echte uitdaging is het geval waarin de bedrieger duidelijk geen vertegenwoordiger was⁵⁰⁸ maar niettemin voor de principaal werkzaam was en tussenkwam tijdens de onderhandelingen. De opvatting van SCHOLTEN zou dan moeten doen bepleiten dat vernietiging mogelijk is, omdat ook dit een geval van vertegenwoordiging is. Het feitelijk handelen van de niet-vertegenwoordiger heeft rechtens te gelden als het handelen van de principaal en dus blijft nietigverklaring verklaard via het verruimde vertegenwoordigingsbegrip. Maar waarom het feitelijk handelen van de bedrieger zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid op grond van vertegenwoordiging rechtens meer te gelden heeft als handelen van de principaal, dan het feitelijk handelen van de onschuldige vertegenwoordiger die de rechtshandeling daadwerkelijk verrichte, is een vraag die binnen die logica bijna onbeantwoordbaar wordt. Opnieuw blijkt duidelijk dat ons vertegenwoordigingsbegrip er hiermee niet coherenter op wordt.

⁵⁰⁴ Ten onrechte: zie *supra* p. 105.

⁵⁰⁵ Het voorbeeld wordt hier louter ter illustratie van het probleem gebruikt, maar naar deze rechtszaak werd geen onafhankelijk onderzoek ingesteld. De bespreking is ontleend aan J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 178-180 en C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 95.

⁵⁰⁶ Zie de kritiek uit de Nederlandse rechtsleer (onder meer van SCHOLTEN) geciteerd bij J. HOEKZEMA op de vindplaats aangegeven in vorige voetnoot.

⁵⁰⁷ Zie de wijze waarop het probleem toch wel wat onder de mat worden geschoven in: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 95. Zie ook de kritieken geciteerd in: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 179.

⁵⁰⁸ Minstens niet ten aanzien van de betrokken rechtshandeling. Dit is in de praktijk ook veel aannemelijker. Het geval waarin een vertegenwoordiger tijdens de onderhandelingsfase uitvalt en vervangen wordt door een ander, is wellicht zeldzamer.

125. Alvorens deze piste vruchtbare resultaten kan opleveren, is eerst noodzakelijk zeer duidelijk te maken wat er juist in de categorie *feitelijke handelingen met rechtsgevolg die rechtens hebben te gelden als de handelingen van een ander* begrepen is. En tegelijk aan te geven waar deze toerekening “vertegenwoordiging” noemen ons begrip verbetert ten aanzien van de huidige situatie waarin de gewenste resultaten doorgaans veel coherenter gehaald worden via andere rechtsregels. Tot dan wordt met deze zienswijze aan de conceptuele coherentie van het klassieke vertegenwoordigingsbegrip enkel afbreuk gedaan. En zolang uit dit laatste geen immuniteitsregel voor niet-rechtshandelingen wordt afgeleid – wat niet haar opzet is – is hier geen beleidsmatige reden voor.

5. BESLUIT VAN HOOFDSTUK 2

126. Vertegenwoordiging wordt coherent omschreven als juridische techniek voor toerekening van rechtshandelingen aan een ander. Hieruit volgt niet dat de principaal immuun is voor niet-gewilde rechtsgevolgen afgeleid uit het gedrag van zijn vertegenwoordiger. Alleen moet er – zoals steeds met rechtsfeiten – een andere rechtsgrond voor zijn. De opsomming van gevallen waarin die rechtsgrond aanwezig is – soms slechts zeer tangentieel gelinkt met het bestaan van een vertegenwoordigingsverhouding – bewijst dan ook niet dat er iets schort aan het klassieke vertegenwoordigingsbegrip. Evenmin is in de huidige stand van het vraagstuk duidelijk wat het vertegenwoordigingsbegrip aan coherentie wint door het met één of meer van die gevallen uit te breiden.

127. Dit besluit kan nu opnieuw in het ruimere kader van dit Deel 2 worden geplaatst. Gebruik van de vertegenwoordigingstechniek is cruciaal in de overeenkomst van lastgeving. Maar lastgeving is niet tot vertegenwoordiging te herleiden. Het feit dat vertegenwoordiging tot rechtshandelingen beperkt is, betekent dus niet dat onrechtmatige daden van de lasthebber de lastgever niet tot schadevergoeding kunnen verplichten. Het meest duidelijke voorbeeld is aanstelling in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. Als de lasthebber ook aangestelde is, zal de lastgever-aansteller aansprakelijk zijn voor alle foutief binnen de functie veroorzaakte schade. Het buitencontractuele verband tussen schade en functie is daarbij een stuk objectiever dan het contractuele verband tussen rechtshandeling en vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor fouten van bestuursorganen is dus niet noodzakelijk een uitzondering op het klassieke vertegenwoordigingsmechanisme zoals we dit ook in de overeenkomst van lastgeving aantreffen.⁵⁰⁹ Het is niet omdat bestuurders lasthebbers zouden zijn en hun

⁵⁰⁹ Zoals nochtans vaak wordt beweerd: P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 264 en 272; L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, IV, 179-180 en V, 621-622; M. STORCK,

rechtshandelingen de rechtspersoon op grond van die lastgeving via vertegenwoordiging worden toegerekend, dat de rechtspersoon buitencontractuele immuniteit geniet voor hun daden. Het feit dat die buitencontractuele aansprakelijkheid *de lege lata* bestaat, is *op zich* dan ook geen bewijs dat die via vertegenwoordiging wordt toegerekend op een wijze die afwijkt van de klassieke invulling van dit begrip. De vraag is wel op welke rechtsgrond de buitencontractuele aansprakelijkheid kan steunen. Als bestuurders geen aangestelden zijn, is er geen algemene rechtsgrond waarom de schade die zij veroorzaken bij de rechtspersoon tot buitencontractuele aansprakelijkheid zou leiden. De orgaantheorie *kan* dan een noodzakelijk palliatief zijn. De eigenheid van dit palliatief *kan* dan aanleiding zijn om van een afwijkend toerekeningsmechanisme specifiek voor rechtspersonen te spreken. Maar dit alles volgt niet enkel op grond van het feit dat de rechtspersoon *de lege lata* buitencontractueel aansprakelijk is. Bestuurders kunnen ook gewoon aangestelden zijn, en in dat geval is er niets in het klassieke privaatrecht, en nog minder in het klassieke vertegenwoordigingsbegrip dat toerekening in de weg staat.

Meer zelfs. Ockham's scheermes⁵¹⁰ verplicht ons eerst de meest eenvoudige verklaring onder ogen te zien. Die luidt dat bestuurders aangestelden van de rechtspersoon zijn. In Deel 4 wordt dit nader onderzocht. Daarbij wordt verdedigd dat bestuur als aanstelling positiefrechtelijk heel wat sterker staat dan veelal gedacht. Hiertoe moet echter eerst een kunstmatige barrière uit het algemene aanstellingsleerstuk worden opgeruimd. Het gaat om de idee dat aanstelling vergt dat de aansteller “feitelijk gezag” over de aangestelde heeft. Dit vormt het voorwerp van het volgende hoofdstuk en is daarmee de derde en laatste voorvraag van algemeen privaatrecht die in dit deel Deel 2 wordt behandeld.

Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, 212; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 6.

⁵¹⁰ Zie *supra* voetnoot 288.

HOOFDSTUK 3

LASTGEVING, AANSTELLING EN DE GEZAGSVERHOUDING “IN FEITE”

1. INLEIDING

128. De verhouding tussen aanstelling en lastgeving zorgt wel eens voor verwarring.⁵¹¹ In een arrest dat zijn belang heeft voor de orgaantheorie in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, overwoog het Hof van Cassatie:

“Attendu, en effet, que l’administrateur est un mandataire, et non un préposé”.⁵¹²

COIPEL van zijn kant, argumenteert voor het nut van de orgaantheorie met onder meer de vaststelling dat “*le mandataire n’est pas, en principe, un préposé*”.⁵¹³ Ook SALEILLES zag tussen lastgeving en aanstelling een scherpe tegenstelling.⁵¹⁴ De kwalificatie van bestuurders als lasthebbers zou zonder hulp van de orgaantheorie dan ook toerekening van onrechtmatige daden op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. in de weg staan.

Nochtans kan er op de keper beschouwd weinig onzekerheid bestaan over het principe dat lastgeving en aanstelling elkaar niet wederzijds uitsluiten. Aanstelling valt niet samen met deze of gene contractuele rechtsverhouding. Het is een rechtsfeit dat door het slachtoffer vrij mag worden bewezen (*infra* 2). Alleen mag men met die vaststelling ook niet te veel willen bewijzen. In de huidige rechtspraak en rechtsleer gebeurt dit soms via overdreven nadruk op het belang van de “feitelijke gezagsverhouding” als alleenzalmakend criterium voor aanstelling.

⁵¹¹ Die vaststelling is klassiek: R.O. DALCQ, *Traité*, I, 579 (nr. 1804); H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1017; J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 214; H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 657.

⁵¹² Cass. 7 september 1950, *Pas.* 1950, I, 846. Zie ook: M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 238; L. FRÉDÉRICQ, *Beginselen*, II, 237 en 409.

⁵¹³ M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 238; M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, 18. Vergelijk ook: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 424.

⁵¹⁴ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 652-653. Deze auteur besluit hier dat – als bestuurders toch het ene of het andere moesten zijn – zij eerder aangestelden dan lasthebbers zijn. Maar in het kader van zijn ruimere betoog is duidelijk dat hij ook de aanstelling verwerpt ten voordele van de orgaantheorie (zie bijvoorbeeld p. 326 e.v.).

Zo kan de indruk ontstaan dat een “juridische gezagsverhouding” die vrij formeel blijft, niet meer volstaat. Dit klopt niet (*infra* 3).

2. DE AANSTELLINGSVERHOUDING IS EEN RECHTSFEIT

129. Dat de verhouding tussen lastgeving en aanstelling wel eens complex wordt genoemd, is vanuit historisch oogpunt best begrijpelijk (*infra* 2.1). Maar vandaag blijkt hun onderscheiden rol rechtstreeks uit het Burgerlijk Wetboek. Lastgeving is een benoemde overeenkomst, aanstelling een rechtsfeit uit het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (*infra* 2.2). Dit brengt mee dat aanstelling volgens de eigen buitencontractuele logica in lastgevingsverhoudingen moet worden toegepast (*infra* 2.3).

2.1. HISTORISCHE OVERLAPPING

130. Het is hier niet de plaats om al te diep in te gaan op de historiek van aanstelling en lastgeving. Maar een vluchtig beeld maakt al duidelijk dat beide lange tijd meer verweven waren dan vandaag. Verbondenheid op grond van de *actio institoria*, ook voor rechtshandelingen, was een belangrijke voorloper van vertegenwoordiging.⁵¹⁵ Naast het *passieve* luik dat zijn weg naar het Burgerlijk Wetboek vond (buitencontractuele aansprakelijkheid van de aansteller), kent POTHIER de aanstellingsverhouding ook een *actief* luik toe. De *commettant* is, zij het *accessoir*, gehouden tot de contractuele verbintenissen van de *préposé* in eigen naam aangegaan.⁵¹⁶ Dit behandelt POTHIER als volwaardige rechtsfiguur voor optreden via een ander.⁵¹⁷ Maar er zijn overlappingen met andere rechtsverhoudingen. Het mechanisme kan bijvoorbeeld spelen bij bestuur van vennootschappen⁵¹⁸ of in het kader van een gemeenrechtelijke lastgeving.⁵¹⁹ De lasthebber kan ook als *institor* verbinden en de aangestelde ook als volmaakt vertegenwoordiger, afhankelijk van de wijze waarop zij ten aanzien van derden optraden.⁵²⁰ De aangestelde verbindt wel binnen een optredensbereik dat objectiever wordt omschreven. Het volstaat “*que le contrat concerne les affaires auxquelles il est préposé, et que ce préposé n’ait pas excédé les bornes de sa commission*”.⁵²¹

⁵¹⁵ Zie *supra* p. 77 e.v.

⁵¹⁶ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 141-143 (*Traité des obligations*, nr. 448-453).

⁵¹⁷ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 23-25 (*Traité des obligations*, nr. 74-84, in het bijzonder nr. 82).

⁵¹⁸ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 25 (*Traité des obligations*, nr. 83).

⁵¹⁹ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, III, 137 (*Traité du contrat de mandat*, nr. 88).

⁵²⁰ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 25 en 142 (*Traité des obligations*, nr. 82 *in fine* en nr. 449), III, 137 (*Traité du contrat de mandat*, nr. 87-88).

⁵²¹ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 142 (*Traité des obligations*, nr. 449).

Het passieve luik van deze aanstellingsverhouding, de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, wordt pas na het actieve luik behandeld:

“Ce n’est pas seulement en contractant, que les préposés obligent leurs commettans. Quiconque a commis quelqu’un à quelques fonctions, est responsable des délits et quasi-délits que son préposé a commis dans l’exercice des fonctions auxquelles il était préposé”.⁵²²

Het actieve luik van de aanstellingsverhouding bij POTHIER – de accessoire toerekening van rechtshandelingen van de aangestelde die in eigen naam optrad en zichzelf verbond, aan de aansteller – vond de weg naar het Burgerlijk Wetboek niet. De exacte reden daarvoor is niet helemaal duidelijk⁵²³, maar deze teloorgang vloekt niet met het ruimere historische plaatje. De *institoraansprakelijkheid*, ook voor rechtshandelingen, is historisch gezien een belangrijke (mogelijk zelfs de belangrijkste) voorloper van volmaakte vertegenwoordiging. Het is niet zo verwonderlijk dat in de loop van deze evolutie beide mechanismen een tijdje naast en zelfs door elkaar hebben bestaan. Eens volmaakte vertegenwoordiging verworven, lijkt deze vorm van toerekening voor rechtshandelingen uit te sterven. Ze blijft enkel bestaan in het kader van buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad. Dit scheidingsproces was niet altijd evident. Enerzijds werden de begrippen “lastgever”, “aansteller”, “lasthebber” en “aangestelde” nog geruime tijd door elkaar gebruikt, en was het bijvoorbeeld niet ongebruikelijk te spreken van het “mandaat van de aangestelde”.⁵²⁴ Anderzijds werd soms getracht aanstelling net zeer duidelijk te onderscheiden van lastgeving, maar dan door er een volwaardige rechtsverhouding naast de lastgeving van te maken, en naar inhoudelijke onderscheidingscriteria te zoeken.⁵²⁵ Aanstelling wordt dan bijna een contract *sui generis*, dat met lastgeving wordt gecontrasteerd.⁵²⁶ Het is nochtans duidelijk dat hier in het Burgerlijk Wetboek geen grond voor is.

⁵²² R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 143 (*Traité des obligations*, nr. 453).

⁵²³ Zie ook: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 263.

⁵²⁴ Zie reeds het Verslag TARRIBLE voor het Tribunaat: J. LOCRÉ, *Législation civile*, VII, 377-383. Zie verder bijvoorbeeld: Cass. 2 juli 1900, *Pas.* 1900, I, 311; R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Du contrat de société*, Brussel, Ad. Wahlen et Compagnie, 1843, 291 (nr. 809), waar zelfs nog “*instituteur*” wordt gebruikt (vgl. ook 286, nr. 792). Maken dezelfde vaststelling: R.O. DALCQ, *Traité*, I, 579 (nr. 1805); H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 658.

⁵²⁵ Zie bijvoorbeeld: R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 652-653. VAN GERVEN van zijn kant, heeft de benaming “aanstelling” gebruikt om, naar buitenlands voorbeeld, een klasse van overeenkomsten met zelfstandige dienstverleners te benoemen: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 447 e.v. Deze oefening is conceptueel interessant maar *de lege lata* niet ingeburgerd, zoals de auteur ook zelf aangeeft. Er wordt dan ook niet op ingegaan. Vergelijk ook, zonder terminologische keuze voor “aanstelling” in dit verband: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 89 e.v.

⁵²⁶ Maakt dezelfde vaststelling: H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 657.

2.2. REGIME VAN HET BURGERLIJK WETBOEK: AANSTELLING ALS RECHTSFEIT UIT HET BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

131. Alles welbeschouwd kan er vandaag over de onderscheiden rol van lastgeving en aanstelling weinig *principiële* onzekerheid bestaan. Een eenvoudige blik op het Burgerlijk Wetboek vertelt het grootste deel van het verhaal. Lastgeving is een bijzonder geregelde overeenkomst waarbij de ene partij (de lasthebber) door de andere partij met een vertegenwoordigingsopdracht wordt belast. Het Burgerlijk Wetboek bepaalt aard en vorm van de overeenkomst (art. 1984-1992 B.W.), rechten en verplichtingen van partijen (art. 1991-2002 B.W.), duur en beëindiging (art. 2003-2010 B.W.). Aanstelling, anderzijds, kent het Burgerlijk Wetboek enkel als kapstok voor buitencontractuele aansprakelijkheid. Artikel 1384, lid 3 B.W. verklaart de *meesters en zij die anderen aanstellen* aansprakelijk voor de schade door hun dienstboden en aangestelden veroorzaakt in de bediening waartoe zij hen hebben gebezigd.⁵²⁷ Uit het laatste lid van artikel 1384 B.W. blijkt bovendien dat de aansteller zijn aansprakelijkheid niet kan ontlopen door te bewijzen dat hij zelf zorgvuldig heeft gehandeld.⁵²⁸ Nergens wordt de aanstellingsverhouding nader bepaald. Zij komt enkel voor in dit ene lid van dit ene artikel over buitencontractuele aansprakelijkheid.⁵²⁹ Nadien behandelt het Burgerlijk Wetboek een aantal benoemde overeenkomsten. Sommigen lijken een verband met de aanstelling te vertonen.⁵³⁰ Maar aanstelling zelf is in de tekst van het B.W. duidelijk geen bijzonder geregelde overeenkomst.

132. De lastgevingsverhouding is dus een overeenkomst, de aanstellingsverhouding is een rechtsfeit. Aanstelling hoeft dan ook niet te worden onderscheiden met verwijzing naar de uit de typologie der benoemde overeenkomsten getransplanteerde dichotomie tussen rechtshandelingen en materiële handelingen.⁵³¹ Het buitencontractuele aanstellingsbegrip is net verenigbaar met een heel aantal

⁵²⁷ In wat volgt zal enkel over “aanstellers”, “aangestelden” en “aanstelling” worden gesproken, daar men het erover eens is dat de verhouding “meester-dienstbode” slechts een *species* is van het *genus* “aansteller-aangestelde”. L. CORNELIS, *Beginselen*, 364; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 572-573; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1011; F. LAURENT, *Principes*, XX, 607.

⁵²⁸ In tegenstelling tot de andere aansprakelijke personen uit art. 1384 B.W. kan de aansteller immers niet bewijzen dat hij “de daad niet kon beletten”. Zie over de objectieve aard van de aansprakelijkheid die zo wordt tot stand gebracht *infra* p. 341 e.v.

⁵²⁹ Zie ook: J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 2.

⁵³⁰ In het bijzonder de huur van “werklieden en dienstboden die in iemands dienst treden” (art. 1779-1780 B.W.), nu in hoofdzaak het voorwerp van het arbeidsrecht.

⁵³¹ Ten onrechte in die zin: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 107 en 122. Overigens onderstreept voetnoot 53 die deze auteurs op dit punt naar het werk van TILLEMANS plaatsen eerder het misverstand. Op de aangehaalde plaats onderscheidt TILLEMANS lastgeving en arbeidsovereenkomst (B. TILLEMANS, *Lastgeving*, 29).

rechtsverhoudingen.⁵³² Het gehalte aan rechtshandelingen en materiële handelingen binnen de eventuele opdracht die het voorwerp van de rechtsverhouding uitmaakt, speelt daarin geen rol. Lastgeving en aanstelling gaan niet noodzakelijk samen, maar sluiten mekaar evenmin uit. Elke rechtsfiguur moet vanuit zijn eigen toepassingsvoorwaarden worden benaderd. De lastgever kan buitencontractueel aansprakelijk zijn voor de schade die zijn lasthebber heeft veroorzaakt, indien in hun onderlinge relatie ook een aanstellingsverhouding wordt herkend en de schade door de lasthebber binnen de bediening werd veroorzaakt. In wezen bestaat hier vandaag *de lege lata* als algemene regel weinig twijfel over.⁵³³ Het gevolg is dat de aanstellersaansprakelijkheid – ook waar zij ten aanzien van de lastgever wordt ingeroepen – enkel vanuit zijn eigen buitencontractuele logica moet worden benaderd.

2.3. CONTRACTUELE LASTGEVINGSLOGICA WIJKT VOOR BUITENCONTRACTUELE AANSTELLINGSLOGICA

133. Aanstellersaansprakelijkheid volgt uitsluitend de logica van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Ook waar de vraag is of de lastgever buitencontractueel aansprakelijk is voor door de lasthebber veroorzaakte schade, leidt toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. ertoe dat de analyse enkel in buitencontractuele termen wordt gevoerd. Het is dan niet moeilijk te begrijpen waarom de contractuele logica van vertegenwoordiging als mechanisme voor toerekening van rechtshandelingen of lastgeving als overeenkomst waarmee conventionele vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt verleend, hiervoor moet wijken. In het contractenrecht draait het erom partijen verbintenissen die ze vrij aangingen te laten nakomen. Zij gelden tussen hen “als wet” (art. 1134 B.W.). Vanuit het vermoeden dat overeenkomsten die vrijwillig werden aangegaan voor alle partijen welvaartsbevorderend zijn, is het logisch dat het recht hiertoe in de eerste plaats aanknoopt bij hun onderlinge afspraken. Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht beoogt echter schade aan derden te vergoeden. De dader heeft de mening van het slachtoffer niet gevraagd alvorens de schadeverwekkende feiten te plegen. Het recht kan die asymmetrie enkel rechtekken door de dader een ver-

⁵³² Zie ook *infra* p. 137 e.v.

⁵³³ L. CORNELIS, *Beginselen*, 424 en 448 e.v.; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 580; H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 449 (en vergelijk I, 1961, 69 en II, 1964, 1117-1118); P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 266; J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 214 e.v.; F. LAURENT, *Principes*, XX, 607 en XXXVIII, 55; H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 657 e.v.; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI, 874; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 201; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 501-502; G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 987-988; P. WÉRY, *Le mandat*, 257. Vergelijk: R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 776 (vergelijking met p. 160 en met p. 797 maakt duidelijk dat de passage wellicht niet *contra* mag worden geïnterpreteerd).

bintenis uit rechtsregel op te leggen die onafhankelijk is van zijn wil: de schade vergoeden.⁵³⁴ De regels van buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht nemen dan ook noodzakelijk aangrijppunten die in vergelijking met contractuele rechtsregels, veel meer van de *objectieve feiten* dan van de *subjectieve wil* afhangen. Voor het slachtoffer doet de buitencontractuele gebeurtenis zich voor als een puur feitelijke situatie waaruit schade voortvloeit. Het is dan ook logisch dat het recht hieruit toepassingsvoorwaarden distilleert die in de eerste plaats verwijzen naar feitelijke gegevens zoals zij zich aan een derde voordoen, niet naar een juridische werkelijkheid zoals die door de dader werd georganiseerd of werd gepercipieerd.⁵³⁵ De dader zou vergeefs inroepen dat hij andere intenties had of dat hij met zijn gedrag andere rechtsgevolgen nastreefde dan diegene die de aansprakelijkheidsregel eraan verbindt. De omstandigheden die tot buitencontractuele aansprakelijkheid aanleiding geven, worden benaderd als rechtsfeiten: feiten waaraan de rechtsregel rechtsgevolgen vastknoopt onafhankelijk van de wil van de betrokkene.⁵³⁶

134. Het feit dat de lastgever in zijn contractuele relatie de lasthebber niet bevoegd heeft gemaakt om onrechtmatige daden te begaan, is dan ook zonder belang. Contractueel verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid en buitencontractuele aansprakelijkheid volgen een andere logica. Artikel 1998 B.W. heeft over buitencontractuele aansprakelijkheid van de lastgever niet veel te zeggen. De voornaamste reden waarom de lastgever niet automatisch buitencontractueel aansprakelijk is voor schade die de lasthebber veroorzaakt, is niet dat de contractuele opdracht tot rechtshandelingen is beperkt, laat staan dat hij buitencontractuele fouten ten aanzien van derden er uitdrukkelijk of stilzwijgend van heeft uitgesloten.⁵³⁷ Wel dat het privaatrecht van de basisregel uitgaat dat men slechts buitencontractueel aansprakelijk is voor andermans daad als hiervoor een uitdrukkelijke rechtsgrond aanwezig is.⁵³⁸ Artikel 1384, lid 3 B.W. biedt een uit-

⁵³⁴ Vanuit rechtseconomisch oogpunt is de hoop dat de dader hierdoor de kost van zijn gedrag voor derden internaliseert. Hiermee krijgt hij de juiste “prikkels” om met die kost op voorhand (“*ex ante*”) rekening te houden en er zijn gedrag aan aan te passen.

⁵³⁵ Vergelijk: L. CORNELIS, *Beginselen*, 14.

⁵³⁶ Deze omschrijving, die lichtjes afwijkt van de in België gangbare canonieke definities, maakt duidelijk dat, enerzijds de gebeurtenis in kwestie wel degelijk door het rechtssubject kan gewild zijn (wat, bijvoorbeeld in de definitie van DE PAGE niet duidelijk is: zie H. DE PAGE, *Traité*, I, 1961, 32), en dat anderzijds het rechtssubject wel degelijk rechtsgevolgen kan beoogd hebben, alleen niet diegenen die het recht eraan hecht (wat bijvoorbeeld in de definitie van VAN GERVEN niet duidelijk is: zie W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 281). Tot slot laat deze omschrijving de (weliswaar eerder zeldzame) mogelijkheid open dat een rechtssubject *in concreto* zowel de gebeurtenis als de rechtsgevolgen heeft gewild, maar dat dit voor de rechtsregel irrelevant is: de aanknopng gebeurt *onafhankelijk* van deze wil.

⁵³⁷ In wezen is dit niet anders bij andere soorten opdrachten. Het is niet omdat huur van werk en diensten in hoofdzaak op “materiële” prestaties slaat, dat de opdracht impliciet het plegen van onrechtmatige daden omvat.

⁵³⁸ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 122. Dit gaat overigens voor buitencontractuele aansprakelijkheid in het algemeen op: L. CORNELIS, *Beginselen*, 5.

drukkelijke rechtsgrond. Maar dan is meteen duidelijk dat, op het ogenblik dat dit artikel tegen een lastgever voor daden van zijn lasthebber wordt ingeroepen, de contractuele afspraken tussen partijen niet langer het primaire aanknopingspunt kunnen zijn om dat aansprakelijkheidsmaat te bepalen.⁵³⁹ Om dezelfde reden put de lasthebber uit die contractuele afspraken als zodanig geen buitencontractuele immuniteit voor zijn eigen 1382-fouten ten aanzien van derden.⁵⁴⁰

135. Als rechtsfeit kan aanstelling dus aanwezig zijn in een lastgevingverhouding. Daartoe is natuurlijk vereist dat de toepassingsvoorwaarden van het rechtsfeit vervuld zijn. Aanstelling wordt in ons recht sinds geruime tijd met ondergeschiktheid verbonden.⁵⁴¹ De uitdaging die het ondergeschiktheidsvereiste stelt specifiek voor de rechtspersoonlijke bestuursopdracht komt in Deel 4 aan bod.⁵⁴² In dit deel moet echter eerst nog een bezwaar uit het algemene aanstellingsleerstuk de weg worden geruimd. Recent lijkt de neiging te bestaan ondergeschiktheid sterk te verbinden met de mogelijkheid om “feitelijk gezag” uit te oefenen. Formeel-juridische ondergeschiktheid zou dan niet langer volstaan. In een bepaalde lezing, is dit een obstakel tegen toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. op de relatie tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders. De vermeende nood aan “feitelijk” gezag berust nochtans op een misverstand. Dit wordt in het volgende punt aangetoond.

3. NOOD AAN AANWEZIGHEID (IN DE FEITEN) VAN EEN GEZAGSVERHOUDING VOOR AANSTELLING VEREIST GEEN AANWEZIGHEID VAN “FEITELIJK” GEZAG⁵⁴³

3.1. INLEIDING: DE ZOEKTOCHT NAAR DE GEZAGS- VERHOUDING “IN FEITE”

136. Het Hof van Cassatie beslist consequent dat aanstelling het bestaan van een “band van ondergeschiktheid” tussen aansteller en aangestelde vereist.⁵⁴⁴

⁵³⁹ Vergelijk: L. CORNELIS, “Plaidoyer pour une responsabilité uniforme en cas d’abus de fonction”, 338-338.

⁵⁴⁰ Het is natuurlijk steeds mogelijk dat uit de ruimere rechtsverhouding tussen alle betrokkenen – eventueel zelfs impliciet – blijkt dat de derde ermee heeft ingestemd de buitencontractuele aansprakelijkheid van de lasthebber persoonlijk binnen bepaalde grenzen niet in te roepen.

⁵⁴¹ Zie *infra* voetnoot 544.

⁵⁴² Zie *infra* p. 333 e.v. en p. 418 e.v.

⁵⁴³ Ik dank Koen NEVENS voor de vruchtbare gesprekken over dit onderwerp, die mee de hier vertolkte standpunten vorm gaven.

⁵⁴⁴ Cass. 29 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1055; Cass. 3 januari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 8, *A.J.T.* 2001-02, 768 noot I. BOONE; Cass. 17 november 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1446; Cass. 19 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1297; Cass. 6 oktober 1982, *Pas.* 1983, I, 183; Cass. 24 december 1980, *Pas.* 1981,

Volgens een de laatste decennia klassiek geworden formule, bestaat deze ondergeschiktheid “van zodra een persoon in feite gezag en toezicht op de daden van een ander kan uitoefenen”.⁵⁴⁵ Recent herformuleerde het Hof nog lichtjes: “de aansteller in de zin van deze bepaling, is de persoon die, voor eigen rekening, in feite gezag en toezicht op de daden van een ander kan uitoefenen”.⁵⁴⁶

Aanstelling bestaat dus van zodra gezag in feite kan worden uitgeoefend, met andere woorden van zodra er “in feite” een gezagsverhouding bestaat. Correct begrepen, drukt dit goed uit dat de aanstellingsverhouding een rechtsfeit is (*infra* 3.2). Maar de laatste tijd lijkt het begrip van die rechtspraak bijna ongemerkt te verschuiven. Ten onrechte ontstaat de idee dat er slechts aanstelling is als het gezag “feitelijk” is, en een formeel-juridische ondergeschiktheidsverhouding niet langer volstaat (*infra* 3.3).

137. Eer dit wordt verduidelijkt, past echter een algemene bedenking. Dat de aanstellingsverhouding een rechtsfeit is, betekent *op zich* niet dat de juridische relatie die tussen twee rechtssubjecten bestaat – vaak op grond van rechtshandeling – geen rol meer speelt of zelfs in sommige omstandigheden niet doorslaggevend kan zijn. Het betekent enkel dat de rechtsgevolgen die daaraan worden verbonden, intreden *onafhankelijk* van de wil van de betrokkenen. Het slachtoffer is niet als partij gebonden door de eventuele contractuele afspraken tussen partijen en mag de aanwezigheid van het rechtsfeit “aanstelling” vrij bewijzen aan de hand van alle feitelijke elementen van de zaak (art. 1348 B.W.). Welke feiten daarbij een rol spelen, hangt evenwel uitsluitend van de rechtsregel af die het rechtsfeit omschrijft. Niet van een abstracte benadering van het begrip “rechtsfeit” of van een tegenstelling met het begrip “rechtshandeling”. Het *bewijsrechtelijke* regime staat los van de *materieelrechtelijke* vraag welke feiten *in concreto* relevant zijn in de toepassingsvoorwaarden van een welbepaald rechtsfeit. Ook *rechtshandelingen* kunnen relevant of zelfs doorslaggevend zijn voor de vraag of een welbepaald rechtsfeit dat aanleiding geeft tot toepassing van de rechtsregel, aanwezig is. Het bestaan en de inhoud van bepaalde rechtshandelingen, bepaalde overeenkomsten, of bepaalde contractuele clausules, bijvoorbeeld, kunnen een deel van het

I, 464; Cass. 27 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1368; Cass. 25 oktober 1977, *Arr.Cass.* 1978, 258; Cass. 16 oktober 1972, *Arr.Cass.* 1973, 165; Cass. 23 januari 1964, *Arr.Cass.* 1964, 548; Cass. 27 april 1953, *Pas.* 1953, I, 654; Cass. 24 december 1951, *Pas.* 1952, I, 213; Cass. 15 juni 1905, *Pas.* 1905, I, 267. Zie ook: F. DUMON, Concl. bij Cass. 5 november 1981, *Pas.* 1982, I, 318; H. LENAERTS, Concl. bij Cass. 31 oktober 1980, *R.W.* 1980-81, kol. 1055.

⁵⁴⁵ Cass. 3 januari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 8, *A.J.T.* 2001-02, 768 noot I. BOONE; Cass. 17 november 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1446; Cass. 19 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1297; Cass. 6 oktober 1982, *Pas.* 1983, I, 183; Cass. 24 december 1980, *Pas.* 1981, I, 464; Cass. 25 oktober 1977, *Arr.Cass.* 1978, 258; Cass. 16 oktober 1972, *Arr.Cass.* 1973, 165; Cass. 23 januari 1964, *Arr.Cass.* 1964, 548; Cass. 24 december 1951, *Pas.* 1952, I, 213. Zie ook: H. LENAERTS, Concl. bij Cass. 31 oktober 1980, kol. 1055.

⁵⁴⁶ Cass. 22 januari 2007, *Pas.* 2007, I, 122. Zie ook: Cass. 29 juni 2009, *J.T.T.* 2009, 343, concl. J.-M. GENICOT.

feitencomplex zijn waarop de toepassingsvoorwaarden van de rechtsregel inhaken.⁵⁴⁷ Het is uitiem de rechtsregel die het rechtsfeit omschrijft, en er is geen enkele reden waarom de rechtsregel niet het bestaan of de inhoud van rechtshandelingen in die omschrijving zou kunnen betrekken.

Zo ook bij aanstelling. In het kader van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregel vervat in artikel 1384, lid 3 B.W., moet het slachtoffer onder meer aantonen dat tussen de persoon die hem foutief schade heeft veroorzaakt, en een ander die hij voor deze schade wil aanspreken, een *aanstellingsverhouding* bestaat. Deze aanstellingsverhouding komt uit de structuur van de aansprakelijkheidsregel naar voren als een rechtsfeit: een toestand waaraan het recht rechtsgevolgen verbindt, onafhankelijk van de wil van de betrokkenen (althans wat deze rechtsgevolgen betreft). Maar het is *de rechtsregel* die het rechtsfeit omschrijft. In het geval van artikel 1384, lid 3 B.W., haakt de rechtsregel aan bij de omstandigheid dat een persoon een ander heeft “aangesteld” om hem “in een bediening te bezigen”. Dit is moeilijk denkbaar zonder minstens stilzwijgende wilsovereenstemming tussen aansteller en aangestelde. De gangbare invulling van de aanstellingsverhouding via *ondergeschiktheid*, onderstreept dit nog. Ondergeschiktheid is vandaag in ons recht niet langer een onverbreekbaar onderdeel van *la condition humaine*. Ondergeschiktheid vereist een specifieke, op rechtsregel gesteunde rechtsverhouding – meestal een overeenkomst – waarbij de ene zich vrijwillig onder het gezag van de ander plaatst.⁵⁴⁸ Het is daarom niet meer dan logisch dat bestaan en inhoud van een overeenkomst tussen twee rechtssubjecten, een belangrijk “feitelijk” element is om al dan niet tot het bestaan van een aanstellingsverhouding te besluiten. Dit doet geen afbreuk aan het “rechtsfeit aanstelling” als autonoom wettelijk begrip uit het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. De aanwezigheid van het rechtsfeit hangt enkel af van de wettelijke omschrijving in artikel 1384 B.W. Partijen beslissen weliswaar vrij of zij een welbepaalde overeenkomst aangaan, maar de vraag of hun rechtsverhouding als “aanstelling” is te kwalificeren, is aan hun oordeel onttrokken. Het slachtoffer put zijn recht rechtstreeks uit de wetbepaling. Hij hoeft slechts de toepassingsvoorwaarden van het wettelijke begrip te bewijzen, en mag dit bewijs aandragen met alle rechtsmiddelen. Maar wat moet bewezen worden, blijft *de aanstellingsverhouding*, en het is onvermijdelijk dat hierin een belangrijke rol gespeeld wordt door tussen partijen bestaande contractuele afspraken.

⁵⁴⁷ L. CORNELIS, *Beginselen*, 365 en 368.

⁵⁴⁸ Indien het klopt dat een rechtsverhouding die als aanstelling kan worden gekwalificeerd *moeilijk denkbaar* is zonder minstens stilzwijgende wilsovereenstemming tussen aansteller en aangestelde, is dit daarom niet onmogelijk. Een uitdrukkelijke rechtsregel kan de plaats innemen van de wil van partijen en tussen twee rechtssubjecten een rechtsverhouding creëren die door ondergeschiktheid wordt gekenmerkt. Ook dit soort vooraf bestaande rechtsverhouding vormt een “feitelijk element” dat relevant is bij de beoordeling van de toepassingsvoorwaarden van de aanstelling. Omdat hypothesen van rechtstreeks uit de wet voortvloeiende ondergeschiktheid, in de praktijk zeer zeldzaam zijn, zal in wat volgt doorgaans over op overeenkomst gestoelde ondergeschiktheid worden gesproken.

3.2. DE GEZAGSVERHOUDING “IN FEITE” KLASSIEK BEGREPEN: BREED SPECTRUM GAANDE VAN FORMEEL-JURIDISCH GEZAG ENERZIJDSTOT MATERIEEL-FEITELIJK GEZAG ANDERZIJDST

138. Omdat de aanstellingsverhouding een rechtsfeit is, mag zij door het slachtoffer vrij worden bewezen op grond van alle feitelijke elementen van de zaak. Het slachtoffer is daarbij niet gebonden door de contractuele afspraken tussen de partijen wier onderlinge verhouding op aanstelling wordt onderzocht. Maar gelet op de aard van het rechtsfeit “aanstelling” is het logisch dat die juridische verhouding niettemin een grote rol speelt (*infra* 3.2.1). Alleen is die onderhevig aan “feitelijke” objectivering op verschillende niveaus: de gezagsverhouding is verenigbaar met heel wat contractuele relaties (*infra* 3.2.2); zij vereist geen specifiek gehalte aan daadwerkelijke, materiële (“feitelijke”) gezagsuitoefening (*infra* 3.2.3); en zelfs de puur feitelijke gezagsverhouding die niet op een contractuele (of andere juridische) rechtsverhouding steunt, kan volstaan (*infra* 3.2.4).

3.2.1. Traditionele nadruk op de juridische verhouding tussen aansteller en aangestelde

139. De 19e-eeuwse Belgische commentaren gaan er – bijna als vanzelfsprekend – uitdrukkelijk⁵⁴⁹ of stilzwijgend⁵⁵⁰ van uit dat de aanstellingsrelatie veronderstelt dat tussen aansteller en aangestelde voorafgaandelijk een *overeenkomst* bestaat. De schaarse cassatierechtspraak hieromtrent sprak dit niet tegen. In arresten uit de 19e eeuw en de eerste helft van de 20e eeuw wordt aanstelling beoordeeld in functie van de rechten die vervat liggen in een vooraf bestaande rechtsverhouding tussen twee partijen.⁵⁵¹ Nog in 1967 schrijft R.O. DALCQ:

“C’est dès lors en se fondant sur la jurisprudence que la doctrine moderne définit la subordination comme le rapport qui existe entre deux personnes dont l’une a le droit de donner des ordres ou des instructions à l’autre dans les fonctions auxquelles elle est employée”.⁵⁵²

⁵⁴⁹ F. LAURENT, *Principes*, XX, 607, 609 en 611.

⁵⁵⁰ E. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, IV dln., Brussel, Bruylant-Christophe, 1879-1880, III, 241; V. THIRY, *Cours de droit civil*, IV dln., Luik, H. Vaillant-Carmanne, 1892-1893, III, 227.

⁵⁵¹ Cass. 6 juli 1868, *Pas.* 1868, I, 468 (“le droit de diriger et de surveiller”); Cass. 2 juli 1900, *Pas.* 1900, I, 311 (“l’exécution de leur mandat ou de leur service”); Cass. 15 juni 1905, *Pas.* 1905, I, 267 (“un lien juridique entre l’un et l’autre” en “un droit de contrôle et d’ingérence”); Cass. 1 april 1940, *Pas.* 1940, I, 98 (“le droit de donner des ordres”); Cass. 5 januari 1948, *Pas.* 1948, I, 1 (“le droit de donner des ordres ou instructions”). Ondergeschiktheid *stricto sensu* was echter aanvankelijk niet nodig. Op die nuance wordt hier niet ingegaan. Ze komt aan bod *infra* p. 333 e.v.

⁵⁵² R.O. DALCQ, *Traité*, I, 574, nr. 1786 (eigen onderstreping).

En bij Jean-Luc FAGNART vinden we nog in 2004 de aanstellingsverhouding gedefinieerd in functie van “*le droit du commettant de donner au préposé des ordres ou des instructions*”, met overeenkomstige verbintenis van de aangestelde om deze bevelen en instructies na te leven.⁵⁵³ Een in een voorafbestaande juridische verhouding tussen aansteller en aangestelde wortelend gezagsrecht was lange tijd het onderscheidingscriterium voor aanstelling.

3.2.2. Juridische gezagsverhouding verenigbaar met breed spectrum contractuele verhoudingen

140. Deze nadruk op de juridische gezagsverhouding, en het daaraan ontleende gezagsrecht van de aansteller, was echter niet in strijd met de aanstellingsverhouding als rechtsfeit. Het volstaat dat het slachtoffer aanwezigheid ervan op grond van alle feitelijke elementen van de zaak kan aantonen, en niet gebonden is door enkel de bestaande contractuele afspraken. Dit was steeds het geval.

141. In de eerst plaats kon de aanstellingsverhouding voortvloeien uit diverse types overeenkomst. LAURENT is wat dit betreft zeer duidelijk:

“Ce peut être un louage de services (...). Ce peut être un mandat. Peu importe, la loi ne distingue pas et il n’y avait pas lieu de distinguer; celui qui confie un service quelconque à une personne est responsable des faits dommageables de cette personne”.⁵⁵⁴

Aanstelling was nooit beperkt tot huur van werk of – later – de arbeidsovereenkomst.⁵⁵⁵ Ook types overeenkomst waarin gezagsrechten normaal minder uitdrukkelijk aanwezig zijn (zoals een aannemingsovereenkomst) kunnen onder omstandigheden de voor artikel 1384, lid 3 B.W. vereiste aanstellingsverhouding in het leven roepen.⁵⁵⁶ Het slachtoffer is niet gebonden door de kwalificatie van

⁵⁵³ J.-L. FAGNART, “Responsabilité du fait d’autrui” in B. TILLEMANS en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, nr. 37 (onderstreept toegevoegd). Om eerlijk te zijn verbaast deze passage enigszins, net als de keuze van de ter ondersteuning geciteerde cassatiearresten. Niet zozeer omwille van het ingenomen standpunt, dat de auteur eerder al verdedigde, maar wel omwille van het ontbreken van bespreking van de intussen *prima facie* toch sterk geëvolueerde opvattingen in rechtspraak en rechtsleer. Vergelijk: J.-L. FAGNART, “Problèmes de responsabilité au cas de faute commise par un préposé mis à la disposition d’un tiers”, noot bij Cass. 8 november 1979 en Cass. 17 januari 1980, *R.C.J.B.* 1980, 308.

⁵⁵⁴ F. LAURENT, *Principes*, XX, 609. Vandaag: W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 390. Dit principe werd recent nog bijzonder duidelijk in de verf gezet door: J.-M. GENICOT, Concl. bij Cass. 29 juni 2009, *J.T.T.* 2009, 343. Ook het cassatiearrest zelf is in dit verband interessant (zelfde vindplaats).

⁵⁵⁵ J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 117 (zie ook p. 145 e.v.).

⁵⁵⁶ Cass. 6 juli 1868, *Pas.* 1868, I, 468; Cass. 15 juni 1905, *Pas.* 1905, I, 267 (althans wat de analyse van de relatie met de aannemer betreft). Vergelijk recent nog: Cass. 29 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1055 (“dat de omstandigheid dat iemand gelast is met de dagelijkse leiding van de rechtspersoon, niet uitsluit dat hij ter zake optreedt als aangestelde”); H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1015 en 1016 (m.b.t. de aannemingsovereenkomst).

partijen, en kan de feitelijke toestand waaruit zij aanstelling afleidt, vrij bewijzen.⁵⁵⁷ Hiertoe behoren contractuele clausules die, onafhankelijk van de kwalificatie die partijen aan hun rechtsverhouding hebben gegeven, erop wijzen dat de ene partij gezag kan uitoefenen over de andere.⁵⁵⁸

142. Ook binnen het kader van een welbepaald type overeenkomst, kan gezag diverse vormen aannemen. De ondergeschiktheid kan zeer nadrukkelijk aanwezig zijn, maar kan evengoed veel subtieler zijn. Zo hoeft de gezagsverhouding niet te betekenen dat de aansteller specifieke instructies kan geven wat betreft de inhoud van het geleverde werk. Voor sommige beroepen volgen een aantal plichten in verband met de beroepsuitoefening rechtstreeks uit de wet, of uit een daarop gebaseerde deontologische code (geneesheren, apothekers, advocaten, enzovoort). De eventuele aansteller put uit de overeenkomst met dit type dienstverstrekker dan ook geen recht om gezag uit te oefenen wat betreft de inhoud van *deze prestaties*. Maar dit neemt niet weg dat hij gezag uitoefent over andere onderdelen van de relatie, of over de dienstverhouding *in het algemeen*: bepalen van werkuren, aanwezigheden, spreekuren, werkomstandigheden, toewijzing van “klanten” van de aansteller die moeten worden “behandeld”, facturatiebeleid voor de geleverde prestaties, enzovoort.⁵⁵⁹ Het Hof van Cassatie benadrukte dan ook terecht dat “*de vrijheid die de apotheker, verbonden door een arbeidsovereenkomst voor bedienden (welke ondergeschiktheid inhoudt), in de uitoefening van zijn vak noodzakelijk behoudt, het bestaan niet uitsluit van een verhouding van ondergeschiktheid, zelfs in dat opzicht*”.⁵⁶⁰ De gezagsverhouding die op een uit een

⁵⁵⁷ C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titel IV – Boek 40, Brussel, Editions Kluwer, 2000, 6. Maar de overeenkomst maakt hier evengoed deel van uit en kan dus niet zonder meer terzijde worden geschoven: Cass. 1 april 1940, *Pas.* 1940, I, 98; Cass. 27 april 1953, *Pas.* 1953, I, 654; Cass. 19 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1297. In het arrest van 19 oktober 1999 besliste het Hof van Cassatie dat “*waar derhalve op zich een agentuurovereenkomst geen band van ondergeschiktheid tussen de handelsagent en de principaal doet ontstaan, dergelijke band slechts kan blijken uit precieze feitelijke elementen*”.

⁵⁵⁸ Geïllustreerd in: Cass. 15 juni 1905, *Pas.* 1905, I, 267 (“*Attendue que de l’analyse des clauses des cahiers de charges réglant l’entreprise, [l’arrêt] déduit que la Compagnie avait un droit de contrôle et d’ingérence, d’où il ressort qu’elle pouvait donner des ordres à l’entrepreneur (...)*”).

⁵⁵⁹ Zie ook: DUMON, *Concl. bij Cass.* 5 november 1981, 319. Zie voor een nauwkeurig onderzoek van deze en andere elementen in de specifieke context van de relatie tussen arts en ziekenhuis: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen-Brussel, Maklu-Bruylant, 1992, 489-493.

⁵⁶⁰ Cass. 16 oktober 1972, *Arr.Cass.* 1973, 165 (eigen onderstreping). Vroeger werd minder makkelijk aanvaard, vooral in het geval van medische beroepen e.d., dat hier van aanstelling sprake kon zijn. Zie bijvoorbeeld: J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 167-188; H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 628 (het gezagsrecht moet totaal zijn). Maar op dit vlak zijn de meningen duidelijk geëvolueerd (zie onder meer: C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 7; P. HENRY, “La responsabilité du fait d’autrui: commettants, préposés et organes” in COMMISSION UNIVERSITÉ-PALAIS (ed.), *Droit de la responsabilité*, Luik, Editions CUP, 1996, 237; en vooral: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 475 e.v.).

bestaande overeenkomst afgeleid gezagsrecht steunt, vereist niet dat het gezagsrecht over elk onderdeel van de rechtsverhouding bestaat; vereist met andere woorden niet dat het gezagsrecht betrekking heeft op elke aspect van de prestaties waartoe de aangestelde zich met de overeenkomst verbindt. Aanstelling is niet onverenigbaar met “*une certaine liberté dans l'exercice de l'activité et la nature du travail effectué, [et] peut, en vertu du contrat, comporter, nécessairement, un certaine indépendance et même l'indépendance totale (...)*”.⁵⁶¹ Zo is ook het voorbeeld denkbaar van een overeenkomst die artistieke prestaties tot voorwerp heeft en die een uitdrukkelijk gezagsrecht over een heel aantal aspecten van de opdracht koppelt aan een clause die voorziet in totale artistieke vrijheid wat de inhoud van bepaalde prestaties betreft.⁵⁶²

143. Hieruit blijkt dat zelfs de opvatting die steeds naar een *juridische* grondslag voor de gezagsverhouding zou speuren⁵⁶³, niet noodzakelijk aanstelling als autonoom rechtsfeit miskent. FLOUR vatte dit goed samen:

“C'est admettre pleinement le caractère autonome du lien de préposition; non seulement, il peut résulter de différents contrats, mais un contrat déterminé peut le comporter ou non suivant les clauses qu'il contient”.⁵⁶⁴

3.2.3. *Juridische gezagsverhouding vereist geen “feitelijke” (materiële) gezagsuitoefening*

144. Als uit de feiten van de zaak blijkt dat tussen twee partijen een overeenkomst bestaat, waaruit de ene een gezagsrecht put over de andere, dan staat de voor het wettelijke aanstellingsbegrip vereiste gezagsverhouding in principe vast. Het is dan niet vereist dat dit gezag ook daadwerkelijk werd uitgeoefend.⁵⁶⁵ De

Deze evolutie lijkt overigens in de ons omringende rechtstelsels gelijklopend: zie, W. VAN GERVEN, *Tort Law*, 529.

⁵⁶¹ DUMON, Concl. bij Cass. 5 november 1981, 318 (onderstreping toegevoegd). Zie voor een vroege illustratie: Cass. 6 juli 1868, *Pas.* 1868, I, 468. Eiser had tevergeefs ingeroepen dat hij zijn toevlucht had genomen tot een ambachtsman die omtrent zijn beroepsuitoefening van hem geen instructies had te ontvangen (p. 471: “*il n'en a même pas le droit*”). Bij de interpretatie van dit voorbeeld is wel rekening te houden met de beperktere draagwijdte van de cassatiecontrole in die tijd.

⁵⁶² Het voorbeeld is geïnspireerd door: Cass. 4 april 1963, *Pas.* 1963, I, 847, concl. P. MAHAUX, en in het bijzonder de conclusie van advocaat-generaal Paul MAHAUX (zie vooral p. 850). Deze zaak ging evenwel niet over de toepassing van art. 1384, lid 3, maar wel over ondergeschiktheid in het kader van de kwalificatie van de huur diensten.

⁵⁶³ Maar waartoe de rechtspraak zich uiteindelijk niet heeft willen beperken: *infra* p. 142 e.v.

⁵⁶⁴ J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 234.

⁵⁶⁵ Cass. 24 december 1951, *Pas.* 1952, I, 213; Cass. 27 februari 1970, *Arr.Cass.* 1970, 604. I. BOONE, “Artikel 1384, derde lid B.W. en de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor de fouten begaan door het verplegend personeel”, noot bij Cass. 3 januari 2002, *A.J.T.* 2001-02, 771 (in het bijzonder voetnoot 10); L. CORNELIS, *Beginselen*, 365; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 6; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 574-575 (nr. 1789 en

gezagsverhouding kan gepaard gaan met een divers spectrum aan materiële gezagsdaden. Dit kan gaan van de organisatie van het werk in het algemeen (werktijden, dienstregelingen, plaats van uitvoering, omgang met collega's), concrete aanlevering van het uit te voeren werk (uit te voeren taken, te behandelen dossiers, te ontvangen klanten), bevelen of instructies over de inhoud van de te leveren prestaties (kwaliteitsvereisten, te volgen procedures, wijze van uitvoering, eventuele corrigerende tussenkomsten tijdens de uitvoering), toezicht, evaluatie van de geleverde prestaties, enzovoort. In de praktijk zullen deze materiële gezagsdaden belangrijke feitelijke elementen zijn die erop wijzen dat een gezagsverhouding aanwezig is. Maar het ontbreken van één, meerdere, of zelfs alle van deze feitelijke elementen, vormt geen beletsel voor het aanvaarden van een gezagsverhouding, indien uit de overeenkomst tussen partijen (evengoed een feitelijk element) voldoende blijkt dat een gezagsverhouding aanwezig is. Dat met andere woorden "gezag in feite *kan* worden uitgeoefend". De gezagsverhouding die op basis van de contractuele relatie werd vastgesteld, verdwijnt niet omdat bepaalde materiële gezagsdaden die normaal met de uitoefening van een contractueel gezagsrecht worden geassocieerd, ontbreken. Het is best mogelijk dat de aansteller *helemaal geen* materiële gezagsdaden stelt, bijvoorbeeld omdat hij dit nalaat of omdat hij afwezig is.⁵⁶⁶ Zo is het ook denkbaar dat hij niet de vereiste competenties heeft om zinnig tussen te komen wat de inhoudelijke uitvoering van de opdracht betreft.⁵⁶⁷ In het vorige punt bleek al dat het niet nodig was dat het juridische gezagsrecht betrekking heeft op alle onderdelen van de rechtsverhouding, en dat de gezagsverhouding verenigbaar is met een wettelijk, deontologisch of contractueel verbod op inmenging met de uitvoering van bepaalde prestaties. Het is dan ook logisch dat de *louter materiële* onmogelijkheid (die bijvoorbeeld voortkomt uit afwezigheid of een gebrek aan competentie) tot inmenging met bepaalde aspecten van de uitvoering van de toebedeelde opdracht, geen beletsel vormt voor een gezagsverhouding.⁵⁶⁸

nr. 1792); H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1014; J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 164-166 (zie de volledige bespreking van deze problematiek 150-189 en in het bijzonder 150 en 164-166); F. LAURENT, *Principes*, XX, 614-615 ("Il y a plus d'un maître qui ne dirige pas ses domestiques et ne les surveille point; néanmoins la loi déclare le maître responsable d'une manière absolue (...) peu importe qu'il le dirige ou qu'il ne le dirige pas"); H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, "Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)", *T.P.R.* 2000, 1837; A. VAN OEVELEN, "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst", *R.W.* 1987-88, 1195; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 474.

⁵⁶⁶ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 625-626; J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 154-156, 164 en 200.

⁵⁶⁷ Zie hierover: R.O. DALCQ, *Traité*, I, 575 (nr. 1792); J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 156 e.v., 164-166 en 200-201.

⁵⁶⁸ In de praktijk wordt doorgaans geen onderscheid gemaakt tussen de juridische (bijvoorbeeld dokters) en de materiële (bijvoorbeeld laboranten) zelfstandigheid van de aangestelde wat bepaalde onderdelen van de opdracht betreft. Het theoretische verschil bestaat erin dat in het

De gezagsverhouding die uit een overeenkomst voortvloeit, vereist dus traditioneel geen “feitelijk gezag” in de zin van de zeer concrete mogelijkheid tot effectieve, materiële voltrekking van de juridische rechten die de aansteller heeft.⁵⁶⁹ Het materiële (“feitelijke”) luik van de gezagsverhouding kan *in concreto* zelfs afwezig zijn. Het gezag is in dat geval ongetwijfeld eerder formeel of zelfs virtueel⁵⁷⁰, maar de gezagsverhouding is daarom niet minder reëel in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W.⁵⁷¹ Of zoals de Nederlandse auteur G. SCHUT dit verwoordde:

“Men kan feitelijk zelfstandig zijn en toch juridisch onzelfstandig”⁵⁷²

145. Dit resultaat strookt volledig met het aanstellingsbegrip zoals dit in artikel 1384, lid 3 B.W. ligt vervat. Het slachtoffer kan maar *prima facie* vaststellen dat een persoon door een ander werd aangesteld in een bepaalde bediening. Dit kan hij aantonen aan de hand van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding – meestal een overeenkomst – die voor het slachtoffer een feitelijk element is dat hij vrij mag bewijzen. Mag de aangesprokene dan het tegenbewijs leveren dat hij het gezagsrecht dat hij aan die rechtsverhouding ontleende, niet heeft uitgeoefend, of misschien zelfs niet kon uitoefenen? Dit zou ingaan tegen artikel 1384 B.W.⁵⁷³ Uit de samenlezing van het derde en het laatste lid van artikel 1384 B.W., blijkt duidelijk dat de aansteller zijn aansprakelijkheid niet kan ontlopen door te bewijzen dat hij zich bij de totstandbrenging of de uitvoering van de aanstellingsrelatie zorgvuldig heeft gedragen, dat hij “de daad niet kon beletten”. Het “tegenbewijs” is niet toegelaten. De aansteller is *objectief* aansprakelijk voor de schade die zijn aangestelde foutief en binnen de bediening heeft veroorzaakt.⁵⁷⁴ Als zijn *hoedanigheid* van aansteller vaststaat, hangt aansprakelijkheid niet meer af van zijn

laatste geval een andere aansteller (of zelfs dezelfde aansteller die intussen bijkomende competenties heeft verworven) op basis van identiek dezelfde rechtsverhouding, wél gezagsdaden zou kunnen stellen. Maar het zal niemand ontgaan dat het onderscheid tussen het geval waarin niet voorzien werd in een *gezagsrecht* over bepaalde onderdelen van de te leveren prestaties (de dokter); het geval waarin dit recht wel bestond maar praktisch niet uitoefenbaar is gelet op de competenties van de aansteller (de laborant); en zelfs het geval waarin gezagsrecht bestaat en *kan* worden uitgeoefend, maar *de facto* niet wordt uitgeoefend, nogal subtiel is. Zie voor een voorbeeld waarin dit duidelijk in het midden blijft: Cass. 6 juli 1868, *Pas.* 1868, I, 468 (zie over dit cassatiearrest echter ook *supra* voetnoot 561).

⁵⁶⁹ In Nederland heeft R. LUBACH terecht opgemerkt dat het in dit verband beter zou zijn van de “materiële” dan van de “feitelijke” gezagsverhouding te spreken (of om in de Nederlandse terminologie te blijven: materiële *zeggenschap*): R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, Deventer, Kluwer, 2005, 189.

⁵⁷⁰ C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 6.

⁵⁷¹ In dezelfde zin: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 543.

⁵⁷² G. SCHUT, *Onrechtmatige daad volgens BW en NBW*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 3e uitgave, 1985, 139.

⁵⁷³ J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 166 en 200-202.

⁵⁷⁴ Zie over de objectieve aard van de aanstellersaansprakelijkheid ook *infra* p. 341 e.v.

concrete *gedrag*.⁵⁷⁵ Het slachtoffer moet zich niet inlaten met feitelijk ingewikkelde en door de partijen gemakkelijk te manipuleren discussies over hoe zij zich binnen de aanstellingsverhouding concreet gedroegen. Zo niet wordt langs een achterdeurtje het tegenbewijs dat artikel 1384 B.W. voor de aansteller duidelijk uitsluit, weer binnengeloodst. De aansteller zal zich uitputten in argumenten die moeten aantonen dat hij, ondanks zijn gezagsrecht, in werkelijkheid (omwille van zijn afwezigheid, zijn technische incompetentie, enzovoort) geen gezag had.⁵⁷⁶ De derde zou dan de bescherming van de *objectieve* omschrijving van de aansprakelijkheidsregel verliezen en zich volop in een discussie moeten storten over de *subjectieve* eigenheden van een welbepaalde rechtsverhouding waaraan hij vreemd is. Met de objectieve omschrijving van de aanstellersaansprakelijkheid in artikel 1384 B.W. wordt dit vermeden.⁵⁷⁷

146. Het is vanuit diezelfde logica dat de “louter feitelijke” gezagsverhouding oorspronkelijk het licht zag.

3.2.4. Ook de “louter feitelijke” gezagsverhouding volstaat

147. Vereist aanstelling een vooraf bestaande contractuele – of andere juridische – grondslag waarop het gezag van de aansteller over de aangestelde steunt? Het slachtoffer mag ondergeschiktheid in feite bewijzen, maar moet het hiertoe in de feiten een juridische grondslag voor de gezagsverhouding bewijzen? Vanaf ongeveer het midden van de 20e eeuw werd uitdrukkelijk erkend dat dit niet het geval is. De gezagsverhouding kan bestaan zonder dat de aansteller een (juridisch) recht heeft om zijn gezag te doen gelden, en de aangestelde een (juridische)

⁵⁷⁵ L. CORNELIS, “Plaidoyer pour une responsabilité uniforme en cas d’abus de fonction”, 316 (“S’il est vrai que cette qualité implique généralement de sa part certains actes antérieurs afin de créer le lien de subordination, il n’en reste pas moins que ces actes n’entrent pas en considération lorsque l’application de l’article 1384 al. 3 est envisagée”).

⁵⁷⁶ Het is natuurlijk zelfs in de visie die dit wel zou toelaten, mogelijk dat de niet-uitoefening van dit gezagsrecht een fout t.a.v. derden uitmaakt waaruit aansprakelijkheid op basis van art. 1382-1383 B.W. kan volgen. Maar dit illustreert enkel waartoe deze redenering leidt: het opnieuw binnenloodsen van een foutaansprakelijkheid in de aanstellersaansprakelijkheid. Het ironische resultaat zou zijn dat de aansteller niet geholpen wordt door het bewijs dat hij zeer zorgvuldig zijn gezag heeft uitgeoefend (omdat hij dan aansteller is en geen tegenbewijs mag leveren), maar wel door het bewijs dat hij het juridische gezagsrecht waarover hij beschikt, in werkelijkheid niet uitoefende of kon uitoefenen (omdat hij dan geen aansteller zou zijn). Het slachtoffer zou dan moeten uitwijken naar art. 1382-1383 B.W. en bewijzen dat de niet-uitoefening een fout ten aanzien van derden uitmaakte.

⁵⁷⁷ Zoals men weet, is dit in sommige ons omringende landen anders, in het bijzonder in Duitsland, althans op papier. Zie hierover onder meer: R. LEGEAIS, “L’évolution de la responsabilité civile des maîtres et commettants du fait de leurs préposés en droit français et en droit allemand” in P. COUVREAU (ed.), *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l’honneur du professeur Jean Savatier*, Parijs, PUF, 1992, 303 e.v.; C. VON BAR en U. DROBNIG, *The interaction of contract law and tort and property law in Europe. A comparative study*, München, Sellier, 2004, 138 e.v. (en voor Duitsland in het bijzonder, p. 142).

verbintenis om dit gezag te ondergaan. De gezagsverhouding kan, met andere woorden, ook van “louter feitelijke” aard zijn. “Feitelijk” wordt hier dan niet langer in bewijsrechtelijke maar in inhoudelijke zin gebruikt: niet gebaseerd op een overeenkomst (of andere rechtsverhouding) waaraan een gezagsrecht wordt ontleend.

148. Het lijkt erop dat deze hypothese pas in de loop van de 20e eeuw uitdrukkelijk aandacht kreeg.⁵⁷⁸ Ze vond in België haar beslag in twee cassatiearresten van 24 december 1951 en 23 januari 1964, waarin het Hof besliste dat ondergeschiktheid bestaat *zodra*⁵⁷⁹ in feite gezag en toezicht op de daden van een ander kan worden uitgeoefend, zelfs indien dit gezag en dit toezicht hun bron niet in een overeenkomst vinden.⁵⁸⁰ In het eerste geval had de eigenaar aan een derde gevraagd zijn paard met aanhangwagen (sulky) naar een paardenkoers te voeren en weer terug. Het lijkt erop dat deze derde verder niet in dienst was van de eigenaar, en dat de eigenaar na het geven van de opdracht niet meer tussenkwam in de uitvoering ervan. In het tweede geval had een onderneming een wagen ter beschikking gesteld aan de zoon van een werknemer, om deze laatste te vervoeren in het kader van verplaatsingen die hij voor de zaken van de onderneming deed. De zoon was, zo stelt de appelrechter vast zonder op dit vlak te worden tegengesproken, niet contractueel met de onderneming verbonden. In beide gevallen aanvaardde het Hof de aanstellingsverhouding omdat *in feite gezag kon worden uitgeoefend*, ook al steunde dit gezag niet op een ruimere contractuele relatie.

149. Deze bijkomende objectivering van het aanstellingsbegrip tot de puur feitelijke gezagsverhouding, wordt vandaag amper nog betwist.⁵⁸¹ Het is natuurlijk geen toeval dat in dit soort gevallen de grens tussen de juridische en de puur feitelijke gezagsverhouding niet altijd scherp is. Een stilzwijgende overeenkomst is ook een overeenkomst. Een bestaande gezagspraktijk kan onder omstandigheden zelfs wijzen op de stilzwijgende wijziging van een uitdrukkelijke overeenkomst waarin geen gezagsrecht ligt besloten. In bijna elk geval waarin geen uitdrukke-

⁵⁷⁸ Zie bijvoorbeeld: J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 190 e.v. (die in 1933 nog moet schrijven dat de (Franse) rechtspraak dit nog nooit met zoveel woorden heeft aanvaard); H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 620 en 625-626 (waar het idee duidelijk nog in ontwikkeling is).

⁵⁷⁹ Dit woord is zeer belangrijk, zoals verder blijkt.

⁵⁸⁰ Cass. 24 december 1951, *Pas.* 1952, I, 213; Cass. 23 januari 1964, *Arr.Cass.* 1964, 548. Het pad voor deze twee arresten werd mogelijk geëffend door een merkwaardig arrest van 15 juni 1949 waarin het Hof aanvaarde dat de eigenaar van een bestelwagen die zelf niet kon autorijden, en hem permanent aan zijn zoon toevertrouwde, als aansteller van zijn zoon aansprakelijk kan worden gesteld voor schade veroorzaakt bij het gebruik van de bestelwagen. De motivatie van dit arrest is echter bijzonder laconiek, en bevat evenmin de later klassiek geworden overweging dat aanstelling bestaat “zodra in feite gezag kan worden uitgeoefend”.

⁵⁸¹ Zie nochtans: J.-L. FAGNART, “Problèmes de responsabilité au cas de faute commise par un préposé mis à la disposition d’un tiers”, 308; J.-L. FAGNART, “Responsabilité du fait d’autrui”, nr. 37. Zie over deze laatste bijdrage ook de opmerking *supra* voetnoot 553.

lijke overeenkomst bestond, dan wel een overeenkomst zonder uitdrukkelijk gezagsrecht, kan men de vraag stellen of de feitelijke gezagspraktijk niet minstens op stilzwijgend wilsovereenstemming over de werkelijke juridische verhouding was gebaseerd.⁵⁸² Maar voor een buitencontractuele aansprakelijkheidsregel is het verdedigbaar dat dit soort subtiële en vooral voor de verbintenissen tussen partijen relevante discussies, wordt kortgesloten met het argument dat hoe dan ook de puur feitelijke gezagsverhouding volstaat. De praktische kloof met een regel die aan het (juridische) gezagsrecht zou blijven vasthouden, hoeft echter niet noodzakelijk zeer groot te zijn, als tegelijk soepel zou worden aanvaard dat een feitelijke gezagspraktijk wijst op de stilzwijgende totstandkoming van een recht.

150. Aanstelling op grond van een “puur feitelijke” gezagsverhouding is dus een vrij logisch gevolg van de benadering van de in artikel 1384 lid 3 B.W. vervatte aanstellingsverhouding als rechtsfeit. Maar het enthousiasme voor de cassatieformule waarmee dit bijkomende luik van de aanstellingsverhouding werd verwoord, dreigt de regel dat ook formeel-juridisch gezag volstond, naar de achtergrond te verwijzen. Ten onrechte. Dit wordt in het volgende punt aangetoond.

3.3. DE GEZAGSVERHOUDING “IN FEITE”: ENKEL NOG BIJ “FEITELIJK” GEZAG?

3.3.1. Probleemstelling: groeiende nadruk op de “feitelijke” gezagsverhouding?

151. Ogenschijnlijk steunend op de nadruk die de cassatierechtspraak legt op het feit dat ondergeschiktheid bestaat *zodra* “in feite” gezag kan worden uitgeoefend, is er in recente rechtspraak en rechtsleer een duidelijke tendens aanwezig om de nadruk te leggen op de “feitelijke gezagsverhouding”. In een arrest van 3 januari 2002 verbrak het Hof de veroordeling op grond van artikel 1384, lid 3

⁵⁸² Het arrest van 24 december 1951 (Cass. 24 december 1951, *Pas.* 1952, I, 213) is in dat verband genuanceerder dan de ondubbelzinnige bekrachtiging van de puur feitelijke gezagsverhouding die men er veelal in leest (zie bijvoorbeeld R.O. DALCQ, *Traité*, I, 576 (nr. 1794)). Hoewel de exacte feitelijke situatie moeilijk uit het arrest af te leiden valt, lijkt het niet alleen waarschijnlijk dat er minstens een stilzwijgende overeenkomst tussen partijen bestond, bovendien lijkt het Hof hier zelf van uit te gaan. Het betrof een opdracht om een paard met wagen van en naar een paardenkoers te rijden. Op het argument dat de eenvoudige toestemming van de eigenaar om met zijn paard en wagen te rijden, nog geen aanstelling is, antwoordt het Hof met het klassieke, op een contractuele relatie gebaseerde argument dat het volstaat dat men het recht heeft om gezag uit te oefenen, zonder dat vereist wordt dat *in concreto* effectief gezag werd uitgeoefend. Pas op het argument dat het beroepsarrest uit het oog had verloren dat de toestemming ook kon kaderen in een overeenkomst van bruiklening, die elke aanstelling zou uitsluiten, antwoordt het Hof dat aanstelling bestaat zodra in feite gezag kan worden uitgeoefend, zelfs indien dit niet zijn bron vindt in een overeenkomst. Hieruit besluit het Hof echter (en dit wordt veel minder geciteerd): de beroepsrechter moest dus niet de aard en de oorsprong van het *recht* om instructies te geven aan de ruiter omtrent de opdracht, preciseren.

B.W. van een ziekenhuis voor fouten van het verplegende personeel. Het overwoog hierbij onder meer:

“Dat de juridische verhouding tussen een werknemer en een werkgever gebonden door een arbeidsovereenkomst niet noodzakelijk samenvalt met de feitelijke gezagsverhouding”.⁵⁸³

Ingrid BOONE keurt de uitspraak goed omdat de arbeidsovereenkomst wijst op het bestaan van een *juridische* band van ondergeschiktheid, terwijl het in het kader van artikel 1384, lid 3 B.W. volgens haar enkel om een *feitelijke* gezagsverhouding zou gaan.⁵⁸⁴ De juridische en de feitelijke gezagsverhouding gaan niet noodzakelijk samen en aansteller is enkel wie “*in feite instructies kon geven over de wijze waarop de handeling kon worden uitgevoerd*”.⁵⁸⁵ Eerder was Ludo CORNELIS al van oordeel dat indien de juridische band van ondergeschiktheid blijft bestaan, maar niet strookt met de “feitelijke toestand”, niet tot aanstelling kan worden besloten.⁵⁸⁶ Bevestiging van de feitelijke gezagsverhouding als enig criterium, valt mogelijk ook te lezen in een cassatiearrest van 22 januari 2007. Het Hof stapte hier af van zijn traditionele formule dat aanstelling bestaat *zodra* een persoon in feite gezag of toezicht kan uitoefenen, en overwoog:

“Le commettant au sens de cette disposition est la personne qui exerce en fait et pour son propre compte une autorité et une surveillance sur les actes accomplis par une tierce personne”.⁵⁸⁷

En in een arrest van 29 juni 2009 werd dit:

“Est considéré comme préposé, celui qui effectue ses prestations sous l'autorité de fait du commettant”.⁵⁸⁸

152. Betekent dit nu dat de juridische gezagsverhouding niet langer volstaat om tot aansluiting te besluiten? Dat de titularis van een juridische gezagsverhouding aan zijn aansprakelijkheid kan ontsnappen als hij bewijst dat hij geen “feitelijk” gezag over de betrokkene had? Dit zou een verkeerde extrapolatie uit de oorspronkelijke cassatierechtspraak over de louter feitelijke gezagsverhouding zijn, en bovendien ingaan tegen artikel 1384, lid 3 B.W. (*infra* 3.3.2). Het resultaat is in werkelijkheid enkel te begrijpen in de specifieke situatie van terbeschikkingstel-

⁵⁸³ Cass. 3 januari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 8, *A.J.T.* 2001-02, 768 noot I. BOONE.

⁵⁸⁴ I. BOONE, “Artikel 1384, derde lid B.W. en de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor de fouten begaan door het verplegend personeel”, 771.

⁵⁸⁵ I. BOONE, “Artikel 1384, derde lid B.W. en de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor de fouten begaan door het verplegend personeel”, 771.

⁵⁸⁶ L. CORNELIS, *Beginselen*, 366.

⁵⁸⁷ Cass. 22 januari 2007, *Pas.* 2007, I, 122.

⁵⁸⁸ Cass. 29 juni 2009, *J.T.T.* 2009, 343, concl. J.-M. GENICOT.

ling van personeel (*infra* 3.3.3). Maar deze uitzondering mag niet de regel worden (*infra* 3.3.4). Het cassatiearrest van 3 januari 2002 biedt op dat vlak een gevaarlijk precedent, maar is vooralsnog beperkt te interpreteren (*infra* 3.3.5).

3.3.2. De louter feitelijke gezagsverhouding kwam naast, niet in de plaats van juridische gezagsverhoudingen in het klassieke aanstellingspectrum

153. De erkenning van de louter feitelijke gezagsverhouding als *voldoende* voorwaarde voor aanstelling, betekende in het oorspronkelijke opzet manifest niet dat de feitelijke gezagsverhouding plots een *noodzakelijke* voorwaarde werd.⁵⁸⁹ De aanstellingsverhouding staat vast *zodra* de aansteller gezag “in feite” kan uitoefenen, wat onder meer het geval is indien hij aan een overeenkomst met de aangestelde juridische gezagsrechten ontleent. Het is daarbij niet nodig ook nog eens een concreet patroon van materiële of effectieve (“feitelijke”) gezaguitoefening aan te tonen. Zelfs de totale afwezigheid van materiële gezagsdaden is denkbaar (de “formele” gezagsverhouding). De aanstellersaansprakelijkheid is *objectief* voor alles wat de aangestelde in zijn bediening doet.⁵⁹⁰ De structuur van de wetbepaling laat dus weinig twijfel. Eens iemand werd aangesteld in een bepaalde bediening, en zo lang die duurt, is de aansteller objectief aansprakelijk voor schade bij de uitvoering van die bediening veroorzaakt. De vraag of en hoe hij zijn gezag concreet, daadwerkelijk, materieel (“in feite”) heeft uitgeoefend is irrelevant.⁵⁹¹ De traditionele rechtspraak, zoals eerder toegelicht, heeft het dan ook bij het rechte eind. Wanneer *prima facie* een aanstellingsverhouding wordt vastgesteld omdat de gezagsverhouding een juridische grondslag heeft (meestal een overeenkomst), kan de aansteller zich niet bevrijden door te bewijzen dat hij “in feite” geen gezag had op het ogenblik van de feiten, over de handeling in kwestie, enzovoort.

154. De uitbreiding van het begrip aanstelling tot de puur feitelijke gezagsverhouding midden 20e eeuw steunt op een *toepassing* van deze analyse, *niet* op een *afwijking* ervan. Ze erkent dat er gevallen denkbaar zijn waar tussen aangestelde en aansteller misschien geen overeenkomst bestaat, maar wel een feitelijke situatie wordt vastgesteld die sterk op gezag lijkt. De materiële daden die normaal met een gezagsverhouding worden geassocieerd, zijn aanwezig. Alleen lijkt hier geen contractuele (of andere juridische) basis voor te zijn. Het is dan vanuit de principes van artikel 1384, lid 3 B.W. verdedigbaar dat aanstelling aanwezig is. Moet immers een derde die in de feiten vaststelt dat gezag wordt uitgeoefend, zich bekommeren

⁵⁸⁹ De formulering is hier bewust dubbelzinnig, omdat dit de verwarring deels veroorzaakt. Het begrip “feitelijke gezagsverhouding” wordt hier in twee verschillende betekenissen gebruikt.

⁵⁹⁰ De band met de bediening wordt bovendien zeer ruim geïnterpreteerd: zie *infra* p. 349 e.v.

⁵⁹¹ Vergelijk: J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 197-198 (“*les rapports internes entre le commettant et le préposé restant en marge de l'article 1384, ils n'intéressent les tiers qu'en tant qu'ils sont générateurs d'un état de subordination*”).

om de vraag of hiervoor *inter partes* een juridische grondslag (een gezagsrecht) aanwezig is? Kan de aangesprokene met andere woorden bewijzen dat het gezag dat hij uitoefent, geen rechtsgrond heeft in een overeenkomst met de aangestelde? Het is begrijpelijk dat hierop vanuit de optiek van artikel 1384, lid 3 B.W. negatief wordt geantwoord.⁵⁹² De gezagsuitoefening die gebaseerd is op een gezagsrecht, is voor het derde-slachtoffer niet te onderscheiden van de gezagsuitoefening die daar niet op is gebaseerd. Het opzet van artikel 1384, lid 3 B.W., als buitencontractuele aansprakelijkheidsbepaling, zou sterk worden beknot indien tegen de vaststelling dat gezag *de facto* werd uitgeoefend en nageleefd, kon worden aangevoerd dat de aansteller hier geen subjectief recht toe had. Het slachtoffer is vreemd aan de relatie waar dit recht al dan niet zou moeten in gelegen zijn. De *puur feitelijke* gezagsverhouding volstaat dus om van een aanstellingsverhouding te gewagen. Het is natuurlijk geen toeval dat in dit soort gevallen de grens tussen de gezagsverhouding die puur feitelijk is, en de gezagsverhouding waarin de feitelijke gezagspraktijk aan een recht geboorte gaf, niet altijd duidelijk valt te trekken.⁵⁹³ Vandaar ook dat de gezagsverhouding, in de klassiek geworden cassatieformule, wordt aanvaard *van zodra* gezag in feite kan worden uitgeoefend.

Zo kwam midden 20e eeuw eerst de rechtsleer en nadien de rechtspraak ertoe uitdrukkelijk te erkennen dat de feitelijke gezagsverhouding volstond, ook al was ze niet gebaseerd op een overeenkomst.⁵⁹⁴ Maar deze uitbreiding van het aanstellingsbegrip tot de puur feitelijke gezagsverhouding had geenszins de ambitie de analyse te wijzigen voor de standaardhypothese waarin ondergeschiktheid wél een juridische grondslag had. Uit de toevoeging dat waar geen overeenkomst aanwezig is, feitelijke gezagsuitoefening kan *volstaan*, kan manifest niet worden afgeleid dat feitelijke gezagsuitoefening nu plots *noodzakelijk* wordt voor aanstelling. Een voldoende voorwaarde is nog geen noodzakelijke voorwaarde. Het cassatiearrest van 21 december 1951 kan op dat vlak moeilijk duidelijker zijn.⁵⁹⁵ Ook

⁵⁹² Zie voor de meest uitgebreide en methodische verdediging van dit standpunt: J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 197 e.v. (“*le fait de donner des ordres pratiquement obéïs suffit à donner naissance aux rapports de commettant à préposé*”).

⁵⁹³ Dit werd al opgemerkt: *supra* p. 142 e.v.

⁵⁹⁴ Vergelijk het op dit vlak zeer duidelijke betoog van FLOUR (*supra* voetnoot 592) met de reeds genoemde cassatiearresten van 24 december 1951 en 23 januari 1964 (*supra* voetnoot 580). Vergelijk ook: H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1010 (waar hij in de korte bibliografie bij aanvang van het deel over de aanstellersaansprakelijkheid uitdrukkelijk naar FLOUR verwijst) en 1013 (“*la seule condition exigée est qu’il y ait activité exercée sous l’autorité et la surveillance de droit ou de fait d’autrui*”). Klemtoon in het origineel). Zie ook p. 1018, voetnoot 1. Maar vergelijk ook, mogelijk ietwat tegenstrijdig, p. 1014-1015. In het algemeen is dit niet DE PAGE’s meest heldere uiteenzetting (het gebruik van de term “*effectivement*” op diverse plaatsen in deze passages is frustrerend moeilijk om eenduidig te vatten). Onwillekeurig denkt men terug aan de waarschuwing van deze auteur bij de aanhef van het deel over buitencontractuele aansprakelijkheid (t. II, 862): dat de actuele stand van de materie hem dwingt om logica en de heldere principes deels te verlaten voor een loutere beschrijving van wat werd beslist. Nochtans lijkt DE PAGE met het werk van FLOUR in de hand, voldoende houvast in handen te hebben gehad om althans in de hier besproken materie meer lijn te leggen.

⁵⁹⁵ Cass. 24 december 1951, *Pas.* 1952, I, 213.

het werk van FLOUR, bijvoorbeeld, is ter zake kristalhelder.⁵⁹⁶ Dat “*le fait*” nu volstaat, betekent niet dat “*le droit*” niet meer volstaat. Een overeenkomst met gezagsrecht blijft de eerste en meest aangewezen plaats om naar een aanstellingsverhouding te zoeken. Er werd enkel verduidelijkt dat aanstelling bestaat *van zodra gezag in feite* kan worden uitgeoefend. Dit wil zeggen *ook als gezag slechts in feite* kan worden uitgeoefend.⁵⁹⁷ Maar daarnaast dus nog steeds ook als gezag in rechte kan worden uitgeoefend.

3.3.3. Uitzondering: de doorslaggevende rol van de feitelijke gezagsverhouding bij terbeschikkingstelling van personeel

155. In deze oorspronkelijke – inhoudelijke – betekenis was de “louter feitelijke” gezagsverhouding ongetwijfeld een marginaal fenomeen.⁵⁹⁸ Ze bestond slechts waar gezag werd uitgeoefend zonder dat de aangestelde juridisch gehouden was dit te ondergaan. Kwantitatief kon dit – alleen al in vergelijking met de alomtegenwoordige arbeidsovereenkomst – enkel de uitzondering zijn. Maar het leerstuk kreeg een impuls door de explosieve groei de laatste decennia van “terbeschikkingstelling” of “uitlening” van personeel (ook nog “gelegenheidsaanstelling” genoemd).⁵⁹⁹

In dit soort gevallen, is een werknemer door arbeidsovereenkomst verbonden met een werkgever, maar wordt hij uitgestuurd om op min of meer structurele wijze werk te verrichten bij een derde onderneming (vaak “gebruiker” genoemd). De werknemer is doorgaans materieel ingeschakeld in het arbeidsproces van de gebruiker, maar tussen beide bestaat in principe geen overeenkomst. Sterk ver-

⁵⁹⁶ J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 199-202 en 209-210 (“*Lorsque le droit de donner des ordres existe, il suffit à faire naître, en la personne de son titulaire, la qualité de commettant; il n’est pas nécessaire qu’il soit exercé (...). Le lien de droit est donc, à lui seul, générateur des rapports de commettant à préposé. Par contre, en l’absence de ce droit, le fait de donner des ordres produit le même effet. L’état de fait est également, à lui seul, générateur des rapports de commettant à préposé. (...) On est ainsi conduit à admettre l’existence de deux conditions distinctes, dont aucune n’est nécessaire, mais dont chacune est suffisante: deux personnes sont unies par des rapports de commettant à préposé, soit lorsque la première a le droit de diriger l’activité de la seconde, soit lorsqu’il la dirige en fait*”). Klemtoon in het origineel). Zie ook H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 626 (“*Dès qu’une personne tire d’une situation de droit ou de fait le pouvoir de donner des ordres à une autre, elle a la qualité de commettant, qu’elle use ou qu’elle n’use pas de ce pouvoir*”).

⁵⁹⁷ Hoewel ook in dat geval de cassatieformule verwijst naar gezag dat “kan” worden uitgeoefend, is het in het geval van de louter feitelijke gezagsverhouding moeilijk denkbaar dat dit niet minstens op de vaststelling van een zekere materiële, effectieve gezagsuitoefening steunt.

⁵⁹⁸ Zie *supra* voetnoot 578.

⁵⁹⁹ Het is niet de bedoeling deze materie, die ook een belangrijk arbeidsrechtelijk luik vertoont, volledig uit te spitten. De schijnwerper wordt gericht op de hier behandelde vraag rond interpretatie van art. 1384, lid 3 B.W. Zie recent voor een ruimere benadering: V. VERVLIET, *Buitencontractuele aansprakelijkheid bij professionele risico’s*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 311-337. Zie ook: A. VAN OEVELEN, “De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst”, 1196-1198.

eenvoudigd, zijn hierin nog eens twee groepen van gevallen onderscheiden. In de eerste plaats uitzendarbeid, waarbij een werknemer formeel bij arbeidsovereenkomst verbonden is met een uitzendbedrijf, maar materieel enkel bij derden werkt (als uitzendkracht). Daarnaast minder structurele vormen van terbeschikkingstelling, waarin een werkgever, doorgaans in het kader van de uitvoering van een contract met een derde, zijn eigen personeel ter plaatse stuurt.

In beide gevallen is het mogelijk (en vaak zelfs onontbeerlijk) dat de derde materiële gezagsdaden kan stellen ten aanzien van de werknemer waarmee hij nochtans geen (arbeids)overeenkomst heeft.⁶⁰⁰ In het licht van rechtspraak over de puur feitelijke gezagsverhouding, is het dan ook niet zo verwonderlijk dat het Hof van Cassatie besliste dat ook de gebruiker aansteller kan zijn in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. indien in de feiten wordt vastgesteld dat door de gebruiker gezag kon worden uitgeoefend, ook al bestond er tussen hem en de werknemer geen overeenkomst waaruit hij het gezagsrecht putte waarop deze gezagsuitoefening is gesteund.⁶⁰¹

156. Tot hiertoe is er niet veel nieuws onder de zon. Dat de gebruiker aansteller kan zijn, is een eenvoudige toepassing van de rechtspraak over de feitelijke gezagsverhouding, in de oorspronkelijke betekenis. Het probleem ontstaat pas omdat de rechtspraak over terbeschikkingstelling nog een stap verder zette. Het Hof van Cassatie aanvaardt immers dat onder omstandigheden *enkel* de gebruiker als aansteller wordt aangemerkt, en *niet langer* de werkgever met wie nochtans een arbeidsovereenkomst bestaat.⁶⁰² In een mijlpaalarrest van 31 oktober 1980, bij-

⁶⁰⁰ In het tweede geval is één van de uitdagingen dat de grens met de gewone uitvoering van een aannemings- of andere dienstenovereenkomst bij een derde, die ook gepaard kan gaan met occasionele instructies vanwege de klant aan de werknemers van de aannemer, niet altijd scherp te trekken is.

⁶⁰¹ Cass. 21 april 1971, *Arr.Cass.* 1971, 778; Cass. 8 november 1979, *Pas.* 1980, I, 308; Cass. 31 oktober 1980, *Pas.* 1981, I, 268, *R.W.* 1980-81, 1053, concl. H. LENAERTS; Cass. 17 november 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1446; Cass. 21 februari 2006, *Pas.* 2006, I, 417. Zoals in voetnoot 597 ook al aangegeven, is het theoretisch dan niet zo makkelijk aan te geven waarop de vaststelling in de feiten dat gezag kan worden uitgeoefend, anders kan steunen dan op het feit dat dit in de relatie tussen de betrokkenen ook effectief gebeurde. Zie ook: R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, 189; vergelijk recent ook: J. DE SCHEPPER, “Het gezag van de aansteller: van mogelijkheid tot gezag naar mogelijkheid tot gezagsuitoefening”, noot bij Cass. 21 februari 2006, *R.W.* 2008-09, 318. Opnieuw valt op dat de “feitelijke gezagsverhouding” meestal een hoger juridisch gehalte heeft dan veelal wordt erkend, ook hier bij terbeschikkingstelling. Ondanks het ontbreken van een arbeidsovereenkomst tussen gebruiker en werknemer, kan men meestal moeilijk voorhouden dat de gebruiker geen juridische basis heeft voor zijn gezagsuitoefening, noch de werknemer om die gezagsuitoefening te ondergaan (zie hierover ook verder in dit punt). Alleen hierdoor is het denkbaar dat de gebruik “in feite gezag kan uitoefenen” zonder de feitelijke vaststelling dat gezag effectief werd uitgeoefend en de ter beschikking gestelde werknemer zich hier naar schikte.

⁶⁰² Cass. 21 april 1971, *Arr.Cass.* 1971, 778; Cass. 31 oktober 1980, *Pas.* 1981, I, 268, *R.W.* 1980-81, 1053, concl. H. LENAERTS; Cass. 17 november 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1446; Cass. 21 februari 2006, *Pas.* 2006, I, 417; A. VAN OEVELEN, “De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam

voorbeeld, klinkt het dat “*de werknemer die in opdracht van zijn werkgever werkzaamheden voor een derde verricht, als aangestelde van deze laatste en niet van zijn werkgever handelt, in zoverre hij deze werkzaamheden onder het feitelijke gezag van de derde uitvoert*”.⁶⁰³ In het arrest van 21 februari 2006 luidt het dat aanstelling bestaat van zodra een persoon gezag en toezicht kan uitoefen op de daden van een ander, waartoe “*concreet moet worden nagegaan onder wiens feitelijk gezag en toezicht de aangestelde stond op het ogenblik van de feiten*”.⁶⁰⁴ Het is niet ongebruikelijk geworden uit de rechtspraak inzake terbeschikkingstelling af te leiden dat het bij aansprakelijkheid van de aansteller in het algemeen “*gaat om de feitelijke gezagsverhouding*”, wat dan zou betekenen dat “*de rechtsbetrekking – en dus ook de juridische gezagsverhouding – daarbij geen rol [speelt]*”.⁶⁰⁵ De enige vraag is wie “*in feite instructies kon geven*”.⁶⁰⁶ Indien de juridische band van ondergeschiktheid blijft bestaan, maar niet strookt met de feitelijke toestand, zou dan ook niet tot aanstelling zijn te besluiten.⁶⁰⁷

157. Mocht deze rechtspraak veralgemeend worden, dan komt zij in conflict met de klassieke opvatting dat een juridische gezagsverhouding volstaat, zelfs als dit gezag zeer formeel is. Dit wordt in het volgende punt toegelicht.⁶⁰⁸ Hier wordt eerst aangetoond dat – in de mate dat van een uitzondering sprake zou zijn – deze vooral het gevolg is van de eigenheid van de driehoeksverhoudingen die bij terbeschikkingstelling centraal staan. Deze rechtspraak is dan ook te beperken tot de specifieke casusposities die zich voordoen in dit soort driepartijverhoudingen. Zij heeft niet noodzakelijk implicaties voor de algemene principes van aanstelling in de meer klassieke tweepartijverhoudingen.

158. In principe zou de mogelijkheid om de gebruiker aan te spreken op grond van de feitelijke gezagsverhouding, niet mogen uitsluiten dat het derde-slachtoffer daarnaast (ook) de werkgever aanspreekt. Juridisch gezag volstaat immers klassiek ook om van een gezagsverhouding te spreken, al werd het op het ogenblik van de feiten (geheel of gedeeltelijk) niet in concrete gezagsdaden omgezet of was dit

van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst”, 1197-1198; V. VERVLIET, *Buitencontractuele aansprakelijkheid bij professionele risico's*, 312.

⁶⁰³ Cass. 31 oktober 1980, *Pas.* 1981, I, 268, *R.W.* 1980-81, 1053, concl. H. LENAERTS (kraanman-arrest).

⁶⁰⁴ Cass. 21 februari 2006, *Pas.* 2006, I, 417. De zaak ging weliswaar over een uitzendkracht, maar het valt op dat de geciteerde overweging zeer algemeen klinkt en bovendien affirmatiever is geformuleerd dan de klassieke formule dat aanstelling bestaat zodra gezag in feite kan worden uitgeoefend.

⁶⁰⁵ H. LENAERTS, Concl. bij Cass. 31 oktober 1980, 1056.

⁶⁰⁶ I. BOONE, “Artikel 1384, derde lid B.W. en de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor de fouten begaan door het verplegend personeel”, 771.

⁶⁰⁷ L. CORNELIS, *Beginselen*, 366.

⁶⁰⁸ Zie *infra* p. 155 e.v.

zelfs *de facto* niet mogelijk.⁶⁰⁹ Er is nooit principieel betwist dat iemand twee of meer aanstellers kan hebben die dan *in solidum* aansprakelijk zijn voor dezelfde schade.⁶¹⁰

Maar de eigenheid in zaken van terbeschikkingstelling bestaat erin dat het *zelden of nooit een echte derde* is (althans vanuit economisch oogpunt) die zich op artikel 1384, lid 3 B.W. beroept. De vordering komt doorgaans van een andere partij in het web van contractuele verhoudingen die rond de terbeschikkingstelling bestaan: de gebruiker, één van zijn werknemers, of zijn verzekeraar (doorgaans de arbeidsongevallenverzekeraar) spreekt de reguliere werkgever aan voor schade door diens reguliere werknemer veroorzaakt.⁶¹¹ De op aanstelling gebaseerde vordering komt dus vanuit de “hoek” (economisch gesproken) van diegene die over de “dader” op het ogenblik van de schadeverwekkende gebeurtenis feitelijk gezag had. De reguliere werkgever wordt aangesproken voor schade die zijn werknemer heeft veroorzaakt aan de gebruiker of aan één van diens werknemers.⁶¹² Zeker als de vordering van de gebruiker zelf uitgaat, is meteen duidelijk dat de triangulaire relatie op het vlak van de aanstellingsverhouding een vraag

⁶⁰⁹ Als gevolg van bijvoorbeeld afwezigheid, technische incompetentie, contractuele of wettelijke zelfstandigheid ten aanzien van de schadeverwekkende prestaties, enzovoort (zie *supra* p. 137 e.v. en 139 e.v.).

⁶¹⁰ J.-L. FAGNART, “Problèmes de responsabilité au cas de faute commise par un préposé mis à la disposition d’un tiers”, 317; H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 630. Zie reeds: R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 143 (*Traité des obligations*, nr. 453).

⁶¹¹ Het is niet de bedoeling deze problematiek, die in het arbeidsrecht tot veel discussie aanleiding geeft, hier volledig uit te spitten. Zie voor een overzicht: V. VERVLIT, *Buitencontractuele aansprakelijkheid bij professionele risico’s*, 319-337. Bovendien lijkt in dit soort zaken vaak meer aandacht te besteden aan het bestaan en de inhoud van de contractuele afspraken die tussen partijen (vooral tussen reguliere werkgever en gebruiker) gelden, met inbegrip van problemen van samenloop en quasi-immuniteit (voor een illustratie: Cass. 17 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1446). Ook hierop wordt niet dieper ingegaan. Hier wordt enkel de weerslag onderzocht op het aanstellingsbegrip van art. 1384, lid 3 B.W.

⁶¹² De omgekeerde hypothese is ook gebruikelijk, maar stelt bij nader inzien vooral een probleem van arbeidsrecht, niet zozeer van art. 1384, lid 3 B.W., en blijft hier dus buiten beschouwing. Het gaat er dan om dat een vaste werknemer van de gebruiker een arbeidsongeval veroorzaakt waarvan de uitgeleende werknemer het slachtoffer is. De arbeidsongevallenverzekeraar van de werkgever van de uitgeleende werknemer betaalt uit, en spreekt vervolgens op grond van art. 1384, lid 3 B.W. de gebruiker aan. Het aanstellingsprobleem in deze tweede hypothese, beperkt zich tot de doodgewone toepassing van art. 1384, lid 3 B.W. op de relatie tussen de gebruiker, bekeken als werkgever van zijn vaste werknemer. De hypothese is dan ook vooral interessant vanuit arbeidsrechtelijke optiek. Een deel van het evenwicht dat de arbeidsongevallenwetgeving heeft gezocht, bestaat er immers in dat “de werkgever, zijn lasthebbers of aangestelden” in principe (behoudens opzet) immuun zijn voor gemeenrechtelijke aanspraken, inclusief de regresvordering van de arbeidsongevallenverzekeraar (zie art. 46-47 Arbeidsongevallenwet). Toegepast op de voorliggende hypothese, is de idee dat voor arbeidsongevallen die werknemers op de werkvloer aan elkaar veroorzaken, de vergoeding via de arbeidsongevallenverzekeraar gaat, en deze die natuurlijk niet op de werkgever kan verhalen. En omdat de gebruiker misschien burgerrechtelijk wel aansteller is van de uitgeleende werknemer, maar arbeidsrechtelijk geen werkgever, geldt die immuniteit niet voor hem indien de arbeidsongevallenverzekeraar *van de uitlenende werkgever* hem op basis van art. 1384, lid 3 B.W. aanspreekt voor schade die zijn aangestelde (zijn vaste werknemer) heeft veroorzaakt. Zie over

opwerpt die zich in de klassieke tweepartijverhouding nooit zal voordoen: kan de aansteller in een *puur feitelijke* gezagsverhouding zich op artikel 1384, lid 3 B.W. beroepen om diegene op het ogenblik van de feiten een “*puur juridisch*” gezagsrecht had, aan te spreken? Kan, met andere woorden, de *feitelijke gezagshouder* de *juridische gezagshouder* aanspreken op grond van de aanstellersaansprakelijkheid? Het probleem is dan te herleiden tot de relatie tussen twee aanstellers. Zo bekeken, is het standpunt verdedigbaar dat uit het loutere bestaan van een arbeids-overeenkomst nog niet kan worden afgeleid dat de werkgever aansprakelijk is ten aanzien van de diegene die op het ogenblik van de feiten, weliswaar op grond van een *puur feitelijke* gezagsverhouding, een stuk meer mogelijkheden had om daadwerkelijk gezag uit te oefenen (en dit doorgaans ook deed).⁶¹³

Zelfs waar het gaat om een arbeidsongeval waar een vaste werknemer van de gebruiker het slachtoffer van is, is begrijpelijk dat aan de feitelijke gezagsverhouding een doorslaggevende rol wordt toegekend. Het slachtoffer wordt vergoed door de arbeidsongevallenverzekeraar van *zijn* werkgever (de gebruiker) en heeft als gevolg van een specifieke afwijkende regeling in de Arbeidsongevallenwet voor die schade geen gemeenrechtelijke vordering meer tegen zijn werkgever en diens “lasthebbers of aangestelden”, *inclusief de ter beschikking gestelde werknemer*.⁶¹⁴ Het slachtoffer of de verzekeraar die het slachtoffer vergoed heeft, kan de dader niet aanspreken omdat die, als aangestelde op grond van een feitelijke gezagsverhouding met de gebruiker, van de bescherming van artikel 46 Arbeidsongevallenwet geniet. Het is dan begrijpelijk dat de aanstellersaansprakelijkheid van de reguliere werkgever als een wel zeer vreemde eend in deze sociaalrechtelijke bijt overkomt.

Wat hier ook van aan is⁶¹⁵, het lijkt duidelijk dat de specificiteit van de rechtsverhoudingen rond terbeschikkingstelling een verklaring biedt voor het feit dat in een aantal gevallen de feitelijke gezagsverhouding⁶¹⁶ de doorslag geeft en de op het ogenblik van de feiten meer formeel-juridische gezagsverhouding niet per definitie tot aansprakelijkheid leidt. Maar dit resultaat heeft niet noodzakelijk een weerslag op het klassieke principe dat buiten dit soort gevallen een formeel-juridische gezagsverhouding *wel* volstaat.

deze problematiek onder meer: V. VERVLIEET, *Buitencontractuele aansprakelijkheid bij professionele risico's*, 316-319.

⁶¹³ Hoewel in dat geval meer aandacht dan nu gebruikelijk is, lijkt te besteden aan bestaan en inhoud van de overeenkomst tussen gebruiker en werkgever. Zie voor een voorbeeld waarin, zo lijkt, de aansprakelijkheid van de reguliere werkgever puur uit zijn contractuele verbintenissen ten aanzien van de “gebruiker” had kunnen voortvloeien: Cass. 17 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1446.

⁶¹⁴ Art. 46 Arbeidsongevallenwet. Zie hierover: V. VERVLIEET, *Buitencontractuele aansprakelijkheid bij professionele risico's*, 317.

⁶¹⁵ Opnieuw: het is niet de bedoeling hier alle finesses van deze arbeidsrechtelijke verhoudingen uit de doeken te doen.

⁶¹⁶ Of minstens de “meest” feitelijke of beter meest “materiële” gezagsverhouding.

159. Zelfs bij terbeschikkingstelling zijn de klassieke principes wellicht minder ver weg dan op eerste gezicht lijkt. Het is immers nog maar de vraag of er evenveel nadruk zou worden gelegd op het uitsluitende belang van de feitelijke gezagsverhouding, indien schade werd berokkend aan een “echte” derde en het voor het slachtoffer van belang zou zijn de reguliere werkgever te kunnen aanspreken. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin de kraanman uit het mijlpaalarrest van 31 oktober 1980 geen vaste werknemer van de gebruiker, maar wel een toevallige voorbijganger had gekwetst, en bovendien de recuperatiemogelijkheden bij de gebruiker niet veel vertrouwen inboezemden.⁶¹⁷ Zekere bij dit soort minder “structurele” vormen van terbeschikkingstelling⁶¹⁸ zou een correcte toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. niet mogen uitsluiten dat het slachtoffer ook de reguliere werkgever kan aanspreken.⁶¹⁹ De arbeidsovereenkomst maakt hem aansteller en het werk kadert in de functie waarvoor hij werd aangesteld. Het buitencontractuele slachtoffer hoeft zich dan niet te bekommeren om feitelijk ingewikkelde en *inter partes* gemakkelijk te manipuleren discussies over de concrete invulling van de gezagsverhouding en de relaties die in dat verband tussen werkgever, werknemer en een derde-gebruiker ontstonden.⁶²⁰

160. Opnieuw is de vraag of onder de oppervlakte juridische elementen geen grotere rol spelen dan uit de “feitelijke” retoriek blijkt. Klopt het wel dat de gebruiker geen *juridische* grondslag heeft voor gezagsuitoefening over de ter beschikking gestelde werknemer? Misschien niet in arbeidsrechtelijke zin, maar artikel 1384, lid 3 B.W. is op dat vlak ongetwijfeld autonoom te interpreteren.⁶²¹ Zeker bij echte uitzendarbeid is dit vrij duidelijk. Het feit dat formeel gezien geen overeenkomst wordt gesloten tussen gebruiker en uitzendkracht, heeft meer te maken met een specifiek sociaalrechtelijk compromis dan met een normale burgerrechtelijke

⁶¹⁷ De zaak draaide om een arbeidsongeval waarvan een vaste werknemer van de gebruiker slachtoffer was. De gebruiker had in het kader van zijn activiteit beroep gedaan op een gespecialiseerde firma voor laadwerken die met een kraan moesten worden uitgevoerd. Deze firma had een kraan ter plaatse gestuurd, met een kraanman. In de feiten werd vastgesteld dat de kraanman instructies kreeg van de gebruiker omtrent het te leveren werk, en deze opvolgde. De gebruiker had dus “feitelijk gezag” over de kraanman, die niettemin juridisch bij arbeidsovereenkomst met zijn reguliere werkgever verbonden bleef en het werk in het kader van die arbeidsovereenkomst uitvoerde.

⁶¹⁸ Dus andere dan formele uitzendarbeid.

⁶¹⁹ Dit sluit aan bij het standpunt dat wordt verdedigd door: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 524 en 538.

⁶²⁰ In Nederland wordt dit grotendeels aanvaard: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 52; R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, 190 (“de enige wenselijke keuze”). De onderlinge draagplicht moeten dan maar uitgevochten worden tussen partijen, meestal op grond van hun contractuele verhouding (HR 7 januari 1983, *Ned. Jur.* 1984, 607). Wat “echte” uitzendarbeid betreft, is de analyse mogelijk anders: zie het volgende randnummer *in fine*.

⁶²¹ Recent nog zeer treffend geïllustreerd in: Cass. 29 juni 2009, *J.T.T.* 2009, 343, concl. J.-M. GENICOT.

telijke analyse.⁶²² Maar zelfs als de afwezigheid van overeenkomst tussen gebruiker en uitzendkracht het formele uitgangspunt moet zijn: een gezagsrecht hoeft voor artikel 1384, lid 3 B.W. niet noodzakelijk voort te vloeien uit een overeenkomst tussen aansteller en aangestelde. Het kan onderdeel zijn van een ruimere rechtsverhouding. Is de gezagsuitoefening van de gebruiker over de uitzendkracht werkelijk puur feitelijk, zonder enige juridische grondslag? Ondernemingen die uitzendkrachten inschakelen zouden hier wellicht toch van schrikken. Uit het samenspel van de arbeidsovereenkomst tussen uitzendkracht en uitzendkantoor, de overeenkomst tussen uitzendkantoor en gebruiker, én de wettelijke bepalingen omtrent uitzendarbeid, vloeit vanuit burgerrechtelijk oogpunt wel degelijk een *juridische* grondslag voort voor de gezagsuitoefening van de gebruiker ten aanzien van de uitzendkracht. Bovendien is er duidelijk een “aanstellingsmoment”: een ogenblik waarop de gebruiker ook juridisch de beslissing neemt een welbepaalde uitzendkracht in een “bediening” in te schakelen. De “feitelijke gezagsverhouding” met de gebruiker heeft een toch wel sterk *juridisch* kleurtje. Zij heeft weinig uitstaans met de eerder marginale hypothesen die oorspronkelijk aanleiding gaven tot de erkenning van de puur feitelijke gezagsverhouding.

Deze redenering kan zelfs worden doorgetrokken naar de verhouding tussen de werknemer en de werkgever die hem ter beschikking stelt, en die dus in een aantal gevallen geen aanleiding meer geeft tot een aanstellingsverhouding, ondanks het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Is hier, *minstens in de relatie met de gebruiker* (en dus voor wat betreft vorderingen die van hem uitgaan), nog wel sprake van een gezagsrecht dat aanstelling kan grondvesten? Opnieuw is dit meest duidelijk in het geval van formeel uitzendwerk. In België heeft de uitzendkracht geen overkoepelende arbeidsovereenkomst met het uitzendkantoor, maar tekent hij telkens een tijdelijke overeenkomst *ad hoc*, waarin de gebruiker waarbij hij arbeid moet verrichten uitdrukkelijk is aangeduid. Om redenen die eigen zijn aan het sociaal recht wordt onweerlegbaar vermoed dat hieruit enkel met het uitzendkantoor een arbeidsovereenkomst ontstaat (art. 8, § 1 Wet Uitzendarbeid). Maar zeker ten aanzien van de gebruiker lijkt het uitzendkantoor zelfs geen louter juridisch gezagsrecht over de uitzendkracht te hebben. Alleen al de term “uitzenden” impliceert in hoofde van het uitzendkantoor gezag dat in werkelijkheid ook juridisch niet aanwezig is. Het uitzendkantoor doet de uitzendkracht een voorstel, en de uitzendkracht beslist zelf of hij dit aanvaardt. Ook de gebruiker beslist vrij of hij de voorgestelde uitzendkracht aanvaardt. Economisch gezien is het uitzendkantoor een makelaar. En zelfs puur juridisch bekeken – zeker vanuit burgerrechtelijk perspectief – is niet duidelijk welke gezagsdaden het uitzendkantoor ten aanzien van de uitzendkracht kan stellen. Het uitzendkantoor heeft, zeker ten aanzien van de gebruiker, maar wellicht ook ten aanzien van de uitzendkracht,

⁶²² Zie hierover in het algemeen de wet van 27 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers (B.S. 20 augustus 1987). Hierna genoemd “Wet Uitzendarbeid”.

noch in rechte noch in feite de mogelijkheid om gezagsdaden te stellen.⁶²³ Wie de feitelijke toestand bekijkt, inclusief de contractuele en wettelijke relaties tussen partijen, vraagt zich af of het uitzendkantoort de uitzendkracht wel “aanstelt om hem in een bediening te gebruiken” in de zin die artikel 1384, lid 3 B.W. hieraan geeft.

161. Het besluit luidt als volgt. Dat bij terbeschikkingstelling de gebruiker onder omstandigheden aansteller kan zijn, is niet verwonderlijk. De puur feitelijke gezagsverhouding volstaat ook zonder overeenkomst tussen gebruiker en aange-stelde. Dat de werkgever geen aansteller meer is, kan worden geduid als hij ver-weerder is bij een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering afkomstig van de gebruiker, één van zijn werknemers, of zijn (arbeidsongevallen)verzekeraar. Dezelfde oplossing zou minder begrijpelijk zijn, en wellicht worden verworpen, indien de vordering van een echte derde uitging. De analyse is in dit laatste geval misschien anders bij echte uitzendarbeid. Daar is immers nog maar de vraag of de puur formele arbeidsovereenkomst met het uitzendkantoort die het gevolg is van een zeer specifiek sociaalrechtelijk compromis, de toetsing aan het autonome aanstellingsbegrip zou doorstaan. Is hier nog wel sprake van “aanstelling tot gebruik in een bediening”? Welk gezag *kan* het uitzendkantoort, zelfs in de meest formele en hypothetische zin, überhaupt uitoefenen? Natuurlijk gaat het hier slechts om enkele schematische bedenkingen. Het is niet de ambitie hier een vol-ledige analyse van de rechtsverhoudingen in situaties van terbeschikkingstelling te maken. Maar de bespreking was van belang om nu toe te lichten waarom de rechtspraak inzake terbeschikkingstelling geen afbreuk doet aan de traditionele interpretatie van de aanstellingsverhouding meer algemeen. Hierover is immers verwarring ontstaan.

3.3.4. De uitzondering mag niet de regel worden

162. Het is begrijpelijk dat in een aantal gevallen rond terbeschikkingstelling het *resultaat* wordt bereikt dat de reguliere werkgever, ondanks het bestaan van een juridische gezagsverhouding, niet als aansteller aansprakelijk is. Maar bij het proces van juridische legitimering van dit resultaat lijken analyses gegroeid die, in een bepaalde interpretatie, niet langer met een correcte toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. verenigbaar zijn. De doorslaggevende rol van het “feitelijke gezag” in zaken van terbeschikkingstelling, wordt dan vervormd tot de vermeende nood-

⁶²³ Vergelijk met de geneesheer in dienst van een ziekenhuis. Het vaak formele karakter van de gezagsverhouding verhindert daar aanstelling niet (*supra* voetnoot 560). Zelfs deze meer formele vorm van gezagsverhouding lijkt tussen uitzendkantoort en uitzendkracht afwezig. Er blijft enkel de vaststelling dat vanuit technisch sociaalrechtelijk perspectief (en dan nog enkel per “uitzending”) een arbeidsovereenkomst met het uitzendkantoort ontstaat. Maar heeft deze formele arbeidsovereenkomst in de relatie tussen partijen een voor art. 1384, lid 3 B.W. relevante inhoud?

zaak van een “feitelijke gezagsverhouding” voor aanstelling meer algemeen, en dus ook in de meer typische tweepartijenverhouding. Op het eerste gezicht lijkt dit misschien niet zo revolutionair in het licht van de vaste rechtspraak dat aanstelling bestaat *zodra gezag in feite kan worden uitgeoefend*. Het hoeft ook niet revolutionair te zijn als het begrip “feitelijke gezagsverhouding” naar niet meer verwijst dan de vaststelling dat de gezagsverhouding als rechtsfeit moet worden bewezen.⁶²⁴ In die interpretatie blijft het mogelijk dat “uit de feiten” wordt afgeleid dat de aansteller gezag *kan* uitoefenen, ook al steunt die vaststelling enkel op overeenkomst, is de gezagsmogelijkheid louter formeel en werd materieel geen gezag uitgeoefend.

163. Het begrip “feitelijke gezagsverhouding” lijkt echter bijna ongemerkt te verschuiven naar een heel andere betekenis, die een stuk subversiever is. De feitelijke gezagsverhouding zou dan enkel nog bestaan met de persoon die materieel, effectief, daadwerkelijk gezag kan uitoefenen op het ogenblik dat de schade werd veroorzaakt. Een katalyserende rol in die evolutie lijkt te zijn gespeeld door de conclusie van advocaat-generaal Herman LENAERTS, wellicht niet toevallig een eminent arbeidsjurist, voor het kraanmanarrest van 31 oktober 1980.⁶²⁵ LENAERTS vertrekt van de volgende vaststelling:

“Opdat de aansteller aansprakelijk is voor de onrechtmatige daad van zijn aangestelde, is vereist dat hij in feite toezicht op die daad kan uitoefenen. Dit blijkt uit de rechtspraak van het Hof, luidens welke ‘de verhouding van ondergeschiktheid die het begrip aangestelde veronderstelt, bestaat zodra een persoon zijn gezag en toezicht op de daden van een ander in feite kan uitoefenen’ ”.⁶²⁶

Het citaat haalt LENAERTS uit de cassatiearresten van 16 oktober 1972 en 25 oktober 1977.⁶²⁷ Het eerste is het “apothekersarrest” waarnaar eerder al werd verwezen.⁶²⁸ Dit arrest staat voor de vaststelling dat zelfs de wettelijk onderbouwde ruime vrijheid die bepaalde beroepsbeoefenaars genieten in de uitvoering van hun werk, het bestaan van een gezagsverhouding niet in de weg staat indien uit de overeenkomst een gezagsrecht blijkt. Het is helemaal niet nodig dat over de concrete schadeverwekkende daad effectief gezag kon worden uitgeoefend. Het tweede arrest gaat eigenlijk over een ander luik van art. 1384, lid 3 B.W., namelijk de vraag wanneer schade “binnen de bediening” werd veroorzaakt. Zoals gebrui-

⁶²⁴ Alleen zijn we dan terug bij af voor wat betreft een inhoudelijke interpretatie van het rechtsfeit “aanstelling”. Vergelijk: W. VAN EECKHOUTTE, “‘Gezag’ in de cassatierechtspraak”, *N.J.W.* 2005, 4-5 (deze bijdrage gaat specifiek over het gezagsbegrip bij kwalificatie van de arbeids-overeenkomst).

⁶²⁵ H. LENAERTS, Concl. bij Cass. 31 oktober 1980, 1053-1059. Maar vergelijk ook H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1014-1015. Zie specifiek over het kraanmanarrest ook *supra* voetnoot 617.

⁶²⁶ H. LENAERTS, Concl. bij Cass. 31 oktober 1980, 1055.

⁶²⁷ Cass. 16 oktober 1972, *Arr.Cass.* 1973, 165; Cass. 25 oktober 1977, *Arr.Cass.* 1978, 258.

⁶²⁸ Zie *supra* voetnoot 560.

kelijk werd, vat het Hof ook in deze arresten de bespreking van de aanstellingsverhouding aan met de algemene formule dat aanstelling bestaat “van zodra een persoon zijn gezag en toezicht op de daden van een ander in feite kan uitoefenen”. Zoals toegelicht, gaat de formule terug op de arresten van 24 december 1951 en 23 januari 1964: gevallen van feitelijk gezag dat niet op een overeenkomst was gebaseerd. Hieruit blijkt al dat er een nuanceverschil is tussen de geciteerde rechtspraak, en de vaststelling van de advocaat-generaal dat “*is vereist dat de aansteller in feite toezicht op die daad kan uitoefenen*”. Het openlijke conflict ontstaat echter pas met de volgende stap:

“De arbeidsovereenkomst onderstelt een juridische band van ondergeschiktheid. Maar dit wil niet noodzakelijk zeggen dat de werkgever in feite gezag en toezicht kan uitoefenen op alle daden die zijn werknemer stelt. Juridische en feitelijke gezagsverhouding gaan niet noodzakelijk samen. (...) Wanneer de vraag naar de aansprakelijkheid van de aansteller rijst, gaat het om de feitelijke gezagsverhouding. De rechtsbetrekking – en dus ook de juridische gezagsverhouding – speelt daarbij geen rol”.⁶²⁹

Er vindt hier een verdoken verschuiving plaats van de betekenis van de feitelijke gezagsverhouding. Het is niet de gezagsverhouding die “in feite” blijkt in de *bewijsrechtelijke* betekenis van *aantoonbaar op grond van alle feitelijke elementen van de zaak*. Het is evenmin de “puur feitelijke” gezagsverhouding gezagsverhouding in de *oorspronkelijke inhoudelijke* betekenis van de verhouding gebaseerd op feitelijk gezag zonder (minstens zonder eenduidige) juridische grondslag. LENAERTS lijkt te impliceren dat het bij aanstelling enkel en alleen nog draait om de persoon die *materieel, effectief, daadwerkelijk* gezag en toezicht kan uitoefenen op het ogenblik van de schadeverwekkende gebeurtenis. Gezag wordt niet langer beoordeeld over de gehele verhouding, maar op het ogenblik van de daad. Dit blijkt ook uit het voorbeeld dat hij geeft. Tijdens de rustpauze of het buitenlandse verblijf blijft de werknemer juridisch onder gezag van de werkgever, zodat hij voor die periodes onder meer aanspraak kan maken op een arbeidsongevallenvergoeding.

“Maar dat wil niet zeggen dat hij feitelijk gezag kan uitoefenen over alle daden die de werknemer tijdens de onderbreking van zijn arbeid stelt. Juridisch blijft de gezagsverhouding bestaan, maar de feitelijke gezagsuitoefening t.a.v. bepaalde gedragingen of handelingen kan ontbreken”.⁶³⁰

De feitelijke gezagsverhouding krijgt hier bijna ongemerkt een heel nieuwe rol. Onafgezien van de juridische toestand, kan zij tussen twee rechtssubjecten op een bepaald ogenblik bestaan of niet bestaan afhankelijk van de vraag of materiële gezagsuitoefening (“feitelijk gezag”) op dat ogenblik mogelijk is. Als dit dan met-

⁶²⁹ H. LENAERTS, Concl. bij Cass. 31 oktober 1980, 1055-1056.

⁶³⁰ H. LENAERTS, Concl. bij Cass. 31 oktober 1980, 1055.

een wordt gepromoveerd tot *enige* en *noodzakelijke* voorwaarde voor aanstelling, wordt duidelijk hoe sterk deze visie afwijkt van de gangbare interpretatie in rechtspraak en rechtsleer, *inclusief* de cassatierechtspraak die LENAERTS citeert. En daar artikel 1384, lid 3 B.W. de aansteller objectief aansprakelijk maakt voor alle binnen de bediening veroorzaakte schade, gaat ze flagrant in tegen de wettekst.

164. De ingenomen standpunten zijn in werkelijkheid enkel begripbaar in de triangulaire relaties rond terbeschikkingstelling van personeel, die in de voorliggende zaak aan de orde waren. Ze blijven hiertoe dan ook best beperkt. LENAERTS wil – begrijpelijk – de “feitelijke” gezagsverhouding een doorslaggevende rol laten spelen in een aangelegenheid waarin de vordering afkomstig is uit de “organisatie” van diegene die op het ogenblik van de schadeverwekkende daad meest rechtstreeks en materieel gezag kon uitoefenen, tegen diegene wiens gezag op dat ogenblik een stuk formeler was.⁶³¹ Het is zeer de vraag of zelfs LENAERTS van oordeel zou zijn dat de juridische gezagsverhouding “*geen rol*” speelt indien de kraanman in kwestie schade had veroorzaakt aan een zuivere derde (bijvoorbeeld een toevallige voorbijganger), en die derde verkiest de kraanfirma aan te spreken (bijvoorbeeld omdat de gebruiker onvermogen is).

Maar door de schijn te wekken dat het gewenste resultaat bereikt wordt via een toepassing van de algemene principes en de bestaande rechtspraak, eerder dan via een op maat gesneden rechtsverfijning voor dit soort gevallen, werd de kiem gelegd voor heel wat verwarring. De doorslaggevende rol die LENAERTS en de daaropvolgende rechtspraak inzake terbeschikkingstelling aan de “feitelijke” gezagsverhouding toekent, kan immers maar op twee manieren in het algemene systeem worden geïntegreerd. Anders uitgedrukt: de feitelijke gezagsverhouding kan maar op twee manieren tot *noodzakelijke voorwaarde* van de aanstellingsverhouding promoveren. Ofwel door ondubbelzinnig te bepleiten dat enkel nog aansteller is wie op het ogenblik van de feiten effectief, daadwerkelijk materieel gezag kon uitoefenen, zelfs als de ondergeschiktheid formeel-juridisch vast staat. De aansteller krijgt dan de beschikking over een verweermiddel dat hij in de klassieke interpretatie – terecht afgeleid uit de tekst van de wet – niet heeft. Ofwel door de “feitelijke gezagsverhouding” meteen te ontdoen van elke aan het aanstellingsbegrip specifieke inhoudelijke betekenis en ze te reduceren tot de (vanuit materieelrechtelijk oogpunt) nietszeggende vaststelling dat de gezagsverhouding

⁶³¹ Daarnaast is de conclusie, en het daaropvolgende arrest, vooral van belang omdat volledig terecht korte metten wordt gemaakt met de in die tijd soms verdedigde opvatting dat een opdeling zou moeten plaatsvinden van het soort daden dat de werknemer heeft verricht. Voor bepaalde fouten zou enkel de reguliere werkgever aansprakelijk zijn, voor anderen de gebruiker. Terecht concludeert LENAERTS, hierin gevolgd door het Hof, dat de aanstellingsrelatie op zich volstaat om aansprakelijk te zijn voor *alle* (schadeverwekkende) fouten die een aangestelde binnen de bediening pleegt “*ongeacht de wijze waarop hij zijn taak volbrengt en ongeacht de aard van de fout die hij in de uitoefening van zijn opdracht begaat*” (citaat afkomstig uit het cassatiearrest).

in de feiten moet worden aangetoond. Dan is meteen niets specifiek meer gezegd over welke feiten relevant zijn voor de vereniging van de toepassingsvoorwaarden van artikel 1384, lid 3 B.W. De overeenkomst met gezagsrecht – zelfs indien het niet wordt uitgeoefend – is dan een doorslaggevend feitelijk element in het licht van de omschrijving van het rechtsfeit in de wettekst. In dat geval kunnen de klassieke oplossing worden behouden, al moeten ze door een (weinig nuttig) proces van aanpassing aan de nieuwe terminologie. De overeenkomst met gezagsrecht – hoe formeel of theoretisch ook – geeft dan ook aanleiding tot een “feitelijke gezagsverhouding”. Het slachtoffer mag ze immers vrij bewijzen op grond van de feiten van de zaak, en slaagt hierin zodra in de feiten blijkt dat gezag op grond van de overeenkomst *kan* worden uitgeoefend. In deze tweede betekenis voegt het adjectief “feitelijk” niets inhoudelijks toe aan ons begrip van aanstelling. Het volgt rechtstreeks uit de buitencontractuele aard van de rechtsregel, nog voor één woord specifiek over de interpretatie van artikel 1384 lid 3 B.W. is gezegd. Deze uiteenlopende betekenissen lijken momenteel wat door elkaar te worden gebruikt, wat het begrip niet ten goede komt.⁶³² Die verwarring wordt goed geïllustreerd in het *Sint-Jozef* arrest van 3 januari 2002.

3.3.5. Het cassatiearrest van 3 januari 2002 (*Sint-Jozef*)⁶³³

A. Feiten en beslissing

165. De feiten kunnen summier als volgt worden geschetst.⁶³⁴ Een ziekenhuispatiënte overlijdt als gevolg van een verkeerde behandeling, wellicht in verband met complicaties na de toediening van een geneesmiddel. Het behoorde blijkbaar op de betrokken neuropsychiatrische afdeling van het ziekenhuis tot de standaardprocedure dat het verplegend personeel in bepaalde situaties een welbepaald medicijn toediende, zonder er elke keer een behandelend arts bij te roepen. Het personeel handelde daarbij niet op eigen houtje, maar volgde de richtlijnen die door de geneesheren van de dienst waren uitgetekend. In beroep waren zowel twee geneesheren (diensthoofd en behandelend arts) “als aanstellers van het personeel en in persoonlijke naam” als het ziekenhuis “als werkgever van het verplegend personeel” veroordeeld.

⁶³² Vergelijk bijvoorbeeld Cass. 22 januari 2007, *Pas.* 2007, I, 122; Cass. 21 februari 2006, *Pas.* 2006, I, 417; Cass. 3 januari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 8, *A.J.T.* 2001-02, 768 noot I. BOONE; Jv. Cass. 2001-02, III.1.8; I. BOONE, “Artikel 1384, derde lid B.W. en de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor de fouten begaan door het verplegend personeel”, 771 (en voetnoot 10); L. CORNELIS, *Beginselen*, 366-367; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1845-1846.

⁶³³ Cass. 3 januari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 8, *A.J.T.* 2001-02, 768, noot I. BOONE.

⁶³⁴ Zoals steeds is enige voorzichtigheid geboden bij de interpretatie van de feiten zoals die fragmentarisch uit cassatiearresten naar voren komen. Er werd hier geen onafhankelijk onderzoek naar ingesteld.

In het middel dat tot cassatie leidde, werd aangevoerd dat de appelrechter niet had vastgesteld dat het ziekenhuis in feite het gezag kon uitoefenen op het verplegend personeel, en integendeel laat uitschijnen dat deze in feite onder gezag van de geneesheren werkten. Uit de loutere vaststelling dat het ziekenhuis als werkgever juridisch gezag had over het personeel, kon dus geen aanstelling worden afgeleid, zonder in concreto na te gaan of er ook een “feitelijke gezagsverhouding” aanwezig was. De mosterd voor dit middel wordt duidelijk gehaald bij de arresten inzake terbeschikkingstelling.

Het cassatiearrest herhaalt eerst de standaardformules. De verhouding van ondergeschiktheid bestaat zodra een persoon zijn gezag en toezicht op de daden van een ander in feite kan uitoefenen. Uit het bestaan van een arbeidsovereenkomst mag niet worden afgeleid dat de werknemer steeds handelt als aangestelde van de werkgever. De juridische verhouding tussen werknemer en werkgever valt niet noodzakelijk samen met de feitelijke gezagsverhouding. Tot hier is er weinig nieuws onder de zon, *voor zover* men inziet dat de eerste zin historisch gezien aangeeft dat de *puur feitelijke* gezagsverhouding volstaat (maar geen implicaties heeft voor de juridische gezagsverhouding), terwijl de tweede en de derde zin stammen uit zaken van terbeschikkingstelling.

Het Hof duidt het vervolgens de appelrechters ten kwade dat zij aanstelling afleidden uit het loutere bestaan van een arbeidsovereenkomst. Gelet op de betwisting die hierover tussen partijen bestond, volstond het niet “*te verwijzen naar de arbeidsovereenkomst en naar een bepaling die met de gezagsverhouding geen verband hield, te weten artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet, om de toepassing van artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek te verantwoorden*”. Cassatie is het gevolg.

B. Einde van juridisch gezag als voldoende grondslag voor aanstelling?

166. In een noot bij het arrest, lijkt Ingrid BOONE van oordeel dat het in het verlengde ligt van de voorgaande rechtspraak die, onafhankelijk van de juridische gezagsverhouding, zou verplichten telkens in concreto na te gaan of de aangesprokene “feitelijk gezag en toezicht” op de daden van de schadeveroorzaker kon uitoefenen.⁶³⁵ Deze visie is ook terug te vinden in het jaarverslag van het Hof over de betrokken periode, waarin het arrest wordt vermeld.⁶³⁶ Hiermee zou het proces van bijna ongemerkte verschuiving van de rol van de “feitelijke gezagsverhouding” zijn voltrokken. De juridische gezagsverhouding moet steeds gepaard gaan met een “feitelijke gezagsverhouding”, zo niet is van aanstelling geen sprake. De

⁶³⁵ I. BOONE, “Artikel 1384, derde lid B.W. en de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor de fouten begaan door het verplegend personeel”, 770.

⁶³⁶ Jv. Cass. 2001-02, III.1.8 (het arrest staat er verkeerdelijk vermeld als daterend van 1 maart (1/3) in plaats van 3 januari (3/1)).

werkgever mag bewijzen dat de juridische gezagsverhouding weliswaar bestaat, maar niet strookt met de feitelijke toestand.⁶³⁷

Een zo ruime interpretatie van dit arrest lijkt nochtans verregaande implicaties te hebben. Wat kan een onderscheid tussen “juridische” en “feitelijke” gezagsverhouding buiten zaken van terbeschikkingstelling anders betekenen dan dat iemand die “juridisch” gezag heeft kan argumenteren dat hij dit op het ogenblik van de schadeverwekkende daad “in feite” niet uitoefende of kon uitoefenen, ook al was de werknemer niet ter beschikking gesteld van een derde maar integendeel gewoon werkzaam binnen het normale arbeidsproces?⁶³⁸ In de voorliggende zaak was de werknemer zelfs niet buiten de onderneming werkzaam, laat staan dat hij elders onder het feitelijke gezag van een derde was terechtgekomen. De fout was begaan in de uitoefening van de beroepsactiviteit waarvoor de werknemer was aangeworven, kaderde binnen de activiteit die de werkgever ontplooit en waarvoor hij dit soort werknemers aanstelt, en vond plaats binnen de gebouwen (het ziekenhuis) die de werkgever in het kader van zijn activiteit voor het publiek had opengesteld. Moest het de bedoeling zijn dat de werkgever zich in die omstandigheden voortaan kan bevrijden door te bewijzen dat hij geen “feitelijk gezag” had over de daad die schade veroorzaakte, wordt – en schijnbaar bijna onbewust – een flagrante tegenspraak gecreëerd met de tekst, de structuur, de bedoeling en de historisch gangbare interpretatie van artikel 1384, lid 3 B.W. Dit valt dan ook niet goed te keuren.

167. Wellicht zou men hiertegen inroepen dat het hier opnieuw een hypothese van terbeschikkingstelling betrof, namelijk van het ziekenhuis aan een geneesheer. Het “feitelijke” gezag lag dan opnieuw bij *een ander rechtssubject* dan het “juridische”, *in casu* bij de twee geneesheren.⁶³⁹ De titularis van het “louter juridische” gezag kan zich enkel bevrijden als hij een ander rechtssubject kan aanwijzen dat op het ogenblik van de schade “feitelijk gezag” had. Het slachtoffer blijft niet in de kou staan. Het zal enkel naar de “feitelijke” aansteller worden verwezen als die er is. Maar deze redenering stuit op twee bezwaren. In de eerste plaats wordt het slachtoffer hier een aansprakelijkheidsvordering ontnomen die de wet hem toekent. De feitelijke gezagshouder zal misschien eigen verweermiddelen kunnen laten gelden om zijn aansprakelijkheid te ontlopen. Of eenvoudigweg

⁶³⁷ Zie reeds: L. CORNELIS, *Beginselen*, 366.

⁶³⁸ Ingrid BOONE lijkt van oordeel dat hier wel degelijk een onderscheid te maken valt, maar mij is niet duidelijk welk: zie I. BOONE, “Artikel 1384, derde lid B.W. en de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor de fouten begaan door het verplegend personeel”, 771, voetnoot 10.

⁶³⁹ I. BOONE, “Artikel 1384, derde lid B.W. en de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor de fouten begaan door het verplegend personeel”, 771 (nr. 7), die in dit verband van “gelegenheidsaanstelling” spreekt. Zie ook: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, p. 531 (die dit standpunt terecht bestrijdt op grond van art. 1384, lid 3 B.W. maar wel van oordeel is dat het uit het kraanmanarrest voortvloeit); Vergelijk ook: H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1015 (maar enkel tijdens een operatie zelf); zie echter op dit laatste punt *supra* voetnoot 560 en in het algemeen 594.

minder solvabel zijn dan diegene die de werknemer bij overeenkomst heeft aangesteld. Als de juridische stelling is dat de juridische gezagshouder *niet langer aansteller is* wanneer de feitelijke gezagsverhouding elders ligt, is meteen elke vordering tegen de werkgever uitgesloten, ook al blijft de vaststelling dat hij een werknemer bij arbeidsovereenkomst heeft aangesteld om hem in een bepaalde bediening te gebruiken en de schade binnen deze bediening werd veroorzaakt. In de tweede plaats slaat deze tegenwerping ook juridisch-technisch de bal mis. Het is een illusie veel waarde te hechten aan het feit dat *in casu* de dokters “in feite” gezag uitoefenden. De opkomst van de “feitelijke gezagsverhouding” ging immers gepaard met de aanscherping van een ander criterium in de interpretatie van artikel 1384, lid 3 B.W., omdat zij anders de sluizen wijd zou openzetten voor aansprakelijkheidsvorderingen die nooit door artikel 1384, lid 3 zijn bedoeld, namelijk dat het gezag *voor eigen rekening* moet worden uitgeoefend.⁶⁴⁰ Er is nooit betwist dat iemand die door de aansteller wordt ingeschakeld om voor hem toezicht te houden op zijn aangestelden – bijvoorbeeld een ploegbaas of een werfleider – niet zelf aansteller wordt, ook al stelt hij alle materiële gezagsdaden die met aanstelling worden geassocieerd.⁶⁴¹ In een meer klassieke benadering, die de nadruk op de *juridische* gezagsverhouding legde, volstond het vast te stellen dat deze tussenpersoon juridisch gezien niemand had aangesteld. Hij had met de aangestelde geen overeenkomst en de aangestelde was niet in *zijn* bediening ingeschakeld – wel in die van de persoon voor wiens rekening hij het gezag uitoefende.⁶⁴² Zelfs indien hij de werknemer zelf had gekozen⁶⁴³, volstond de vaststelling dat hij dit deed in naam en voor rekening van zijn werkgever, met wie de arbeidsovereenkomst tot stand kwam en die zodoende het juridische gezag verkreeg. Naarmate de nadruk op de feitelijke gezagsverhouding toenam, voelde men logischerwijze meer de noodzaak om te preciseren dat het – zelfs feitelijke – gezag wel *voor eigen rekening* moest worden uitgeoefend om tot aanstelling te besluiten. Zo niet was moeilijk uit te leggen waarom bijvoorbeeld niet alle hiërarchisch hogere personeelsleden van een onderneming die gezagsdaden stellen ten aanzien van hiërarchisch lagere personeelsleden, aansteller werden. Zij oefenen “in feite” gezag uit. En omgekeerd, blijft het rechtssubject met wie de arbeidsovereenkomst bestaat (natuurlijke persoon of rechtspersoon) aansteller, ook al worden alle materiële gezagsdaden door ondergeschikten gesteld. Dit alles sluit aan bij de objectieve aard van de in artikel 1384, lid 3 B.W. vervatte aanstellersaansprakelijkheid.

⁶⁴⁰ Cass. 22 januari 2007, *Pas.* 2007, I, 122; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 575 (nr. 1790-1791); H. DE PAGE, II, 1964, 1013-1014; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 391. Vergelijk: L. CORNELIS, *Beginselen*, 368-369.

⁶⁴¹ Een punt dat natuurlijk enkel aan belang won naarmate in het maatschappelijke leven meer en meer belang toekwam aan grote, hiërarchisch gestructureerde organisaties. Het aantal tussen-niveau's waarop materiële gezagsdaden worden gesteld, nam daardoor exponentieel toe.

⁶⁴² F. LAURENT, *Principes*, XX, 611.

⁶⁴³ Wat zeker denkbaar is: in grote ondernemingen hebben hiërarchisch hoger geplaatste werknemers vaak de bevoegdheid om zelf medewerkers aan te werven.

168. De vraag in een ruime interpretatie van het arrest van 3 januari 2002 wordt echter hoe een ziekenhuis ooit “feitelijk gezag” kan uitoefenen over het verpleegkundige werk van haar verplegend personeel? Het ziekenhuis heeft hiervoor een hiërarchische structuur. Afhankelijk van welk aspect van de arbeidsverhouding wordt beschouwd, wordt gezag *in concreto* uitgeoefend door de algemeen directeur, de personeelsdirecteur, de hoofdverpleegkundige, de betrokken artsen⁶⁴⁴, enzovoort. *In casu* ging het om de toediening van een verkeerd geneesmiddel. Hoe oefent een ziekenhuis over dit soort daden gezag uit dan via een door haar aangestelde geneesheer? Naar welke van de juridische gezagsverhouding beweerdelijk te onderscheiden feitelijke gezagsverhouding moet het slachtoffer op zoek gaan om de werkgever aan te spreken? Hoe moet de gezagsverhouding ten aanzien van een rechtspersoon worden afgeleid dan, bijvoorbeeld, uit het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zelfs indien die aanleiding geeft tot een arbeidsrelatie die van werkgeverszijde “in feite” door andere rechtssubjecten wordt ingevuld? Deze piste kan geen vruchtbare resultaten opleveren.

C. Voor een beperktere interpretatie van het arrest

169. Het arrest moet dan ook beperkter worden geïnterpreteerd. Wie de relevante passages uit de beroepsbeslissing leest, begrijpt dat deze niet kon standhouden. De appelrechter stelt vast dat het verplegend personeel “*in feite onder leiding en gezag van de geneesheren*” werkt. Het veroordeelt de artsen “*als aanstellers van het personeel en in persoonlijke naam*”. Hiertegen werd blijkbaar in cassatie niet opgekomen. Het Hof moest zich enkel uitspreken over de aansprakelijkheid van het ziekenhuis. Het argument dat de geneesheren dit gezag niet voor eigen rekening uitoefenden, of (correlatief) dat het ziekenhuis het gezag via hun toedoen uitoefende, blijft dan ook buiten beschouwing. Wat de aansprakelijkheid van het ziekenhuis betreft, had de beroepsrechter beslist dat: (i) het juridische gezag over het personeel bij de werkgever ligt, (ii) de werkgever aansprakelijk is “*ingevolge de immuniteit van de werknemer, op grond van artikel 18 van de [arbeidsovereenkomsten]wet*”, en (iii) dat om deze redenen het ziekenhuis als werkgever “*van het verplegend personeel dat boogt op aansprakelijkheidsimmuniteit*” aansprakelijk is. Dit is duidelijk te kort door de bocht. Er bestaat geen werkgeversaansprakelijkheid op grond van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet, laat staan dat die afhankelijk zou zijn van de vraag of de werknemer de hem toegekende “immuniteit” inroept. Als de werkgever wordt aangesproken voor

⁶⁴⁴ Deze laatste groep kan ook weer zeer divers zijn afhankelijk van de taken die men in ogenschouw neemt: medisch directeur van het ziekenhuis, diensthoofd, diverse behandelende artsen (specialisten). Denk bijvoorbeeld aan wie allemaal een stukje gezag uitoefent over één verpleegkundige bij een gecompliceerde operatie. Impliciet herrijst hier een visie op 1384, lid 3 B.W. die ook bij LENAERTS nooit voet aan de grond kreeg: dat de aanstellingsrelatie afhangt van de concrete handeling die de fout uitmaakt, en van wie daar op dat ogenblik toezicht op had. Zie *supra*, voetnoot 631.

fouten van zijn werknemer (of die nu immuniteit geniet of niet), is dit gemeenrechtelijk op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. Een rechtssubject aansprakelijk stellen “als werkgever” en “op grond van artikel 18” Arbeidsovereenkomstenwet mist elke rechtsgrond.

Dit alleen had volstaan om het arrest t.a.v. het ziekenhuis te verbreken. Het Hof van Cassatie zegt weliswaar te verbreken op grond van het eerste onderdeel van het cassatiemiddel, dat uitsluitend het 1384-argument ontwikkelde, namelijk dat de beroepsrechter in hoofde van het ziekenhuis enkel de juridische gezagsverhouding had vastgesteld en zelfs de feitelijke gezagsverhouding bij de artsen had gelegd. Maar toch is een belangrijk onderdeel van de kernoverweging van het Hof net het feit dat de verwijzing naar artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet niet dienend was. Het volstond niet te verwijzen “naar de arbeidsovereenkomst en naar een bepaling die met de gezagsverhouding geen verband hield, te weten artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet, om de toepassing van artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek te verantwoorden”. Het argument op grond van artikel 18 had eiser in feite pas in het tweede onderdeel ontwikkeld, maar het figureert toch prominent in het cassatiemotief.

170. Er valt dan ook voor te pleiten het arrest van 3 januari 2002 voorlopig een beperkte draagwijdte toe te kennen. Het hoeft niet te betekenen dat definitief gekozen werd voor een interpretatie die aanstelling herleidt tot de verhouding die enkel bestaat als gezag op het ogenblik van de schadeverwekkende daad daadwerkelijk materieel kan worden uitgeoefend.⁶⁴⁵

Dit standpunt vindt steun in het feit dat, indien er van een dergelijke verschuiving van het begrip feitelijke gezagsverhouding sprake zou zijn, deze wel zeer stilzwijgend gebeurde. Indien met dit arrest in de hand een werkgever kan argumenteren dat de feitelijke gezagsverhouding met een bediende in een afgelegen filiaal bij de filiaalhouder lag, *en dus niet bij hem*, is dit een (totaal misplaatste) revolutie in de benadering van artikel 1384, lid 3 B.W. Het lijkt eerder onwaarschijnlijk dat dergelijke revolutie zich stilzwijgend zou voltrekken.

⁶⁴⁵ Vergelijk: I. BOONE, “Artikel 1384, derde lid B.W. en de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor de fouten begaan door het verplegend personeel”, 771, voetnoot 10. Zie nochtans: Antwerpen 27 november 2006, *T.Gez.* 2008-09, 132 (ziekenhuis is geen aansteller van vroedvrouw tijdens bevalling omdat het op dat ogenblik geen instructies kon geven. Maar aangezien vroedvrouw evenmin een verloskundige fout beging had deze vaststelling van het Hof geen weerslag op de oplossing van de zaak). Zie ook de noot R.V. onder dit arrest op p. 136 (met verwijzing naar Cass. 3 januari 2002). Vergelijk met Antwerpen 20 november 2006, *T. Gez.* 2006-07, 368 (ziekenhuis is aansteller van verplegend personeel die tijdens operatie brandwonden veroorzaakten door verkeerd gebruik van een ontsmettingsmiddel. Het feit dat de superviserende chirurg zelf een 1382-fout beging door die verpleegkundige fout niet bij te sturen, wijzigd die conclusie niet).

3.4. BESLUIT OVER DE GEZAGSVERHOUDING “IN FEITE”: FORMEEL-JURIDISCHE GEZAGSVERHOUDING NOG STEEDS VOLDOENDE

171. Aanstelling is een rechtsfeit. Maar dit betekent niet dat enkel de “feitelijke” toestand telt. Het is steeds de rechtsregel die het rechtsfeit omschrijft. Het is de rechtsregel die bepaalt welke feitelijke elementen juridisch relevant zijn en welke niet. Welke feiten relevant zijn, hangt af van deze toepassingsvoorwaarden van de rechtsregel. Wat aanstelling betreft, maakt de rechtsregel een rechtssubject objectief aansprakelijk zodra hij iemand heeft aangesteld voor alle schade veroorzaakt in de bediening waarin de aangestelde werd “gebezigd” (art. 1384, lid 3 B.W.). Het feit dat de aansteller “de daad niet kon beletten” is van geen belang (art. 1384, laatste lid B.W.). Onmiddellijk blijkt dus dat het “feitelijk element” dat tussen twee rechtssubjecten formeel-juridisch een gezagsverhouding ontstaat, uiterst relevant is.⁶⁴⁶ Even duidelijk blijkt dat het “feitelijk element” dat de aansteller geen concrete gezagsdaden stelde of kon stellen over de daad die tot schade aanleiding gaf, helemaal niet zo relevant is. Het rechtsfeit aanstelling verwijst naar de ruimere *verhouding*, niet naar een momentopname. Die ruimere verhouding moet enkel “in de feiten” op gezag wijzen in procedurele, bewijsrechtelijke zin. In die betekenis voegt het adjectief “feitelijk” niets toe aan ons materieelrechtelijk begrip van de juridische aanstellingsfiguur. Ook het eigendomsrecht noodzakelijk voor de aanspraak vervat in artikel 1386 B.W. moet “in de feiten” worden aangetoond.⁶⁴⁷ Het is dan niet noodzakelijk verkeerd te zeggen dat de gezagsverhouding steeds “feitelijk” moet zijn (in de feiten aanwezig moet zijn) zo lang duidelijk is zij niet

⁶⁴⁶ Althans in de opvatting die aanstelling met ondergeschiktheid verbindt en die hier niet in vraag wordt gesteld. Zie hierover echter ook *infra* p. 418 e.v.

⁶⁴⁷ Het eigendomsrecht over een gebouw – de bij uitstek juridische (zakenrechtelijke) band tussen een rechtssubject en een gebouw – is het criterium waaraan de aansprakelijkheidsregel zich vasthaakt. Er valt overigens ook een interessante parallel te trekken met art. 1385 B.W. over schade door dieren veroorzaakt. Hier verleent de wet de persoon met juridische titel (de eigenaar) wél de mogelijkheid zich van aansprakelijkheid te bevrijden, indien hij aantoont dat *een ander rechtssubject* het feitelijk meesterschap had over het dier. Maar levert hij dit bewijs niet, dan is hij louter op grond van zijn eigendomsrecht aansprakelijk *onafhankelijk van de vraag* of hij zelf het “feitelijk” meesterschap (deze keer geïnterpreteerd als het werkelijke, effectieve meesterschap) had. L. CORNELIS, *Beginselen*, 601-602. Dat hij “in de feiten” kan aantonen dat hij zijn eigendomsrecht niet uitoefende, zich niet van het dier bediende, er geen bewaring over had enzovoort, doet niet ter zake. Dat ook deze aansprakelijkheidsgrond een “rechtsfeit” is, doet hieraan geen afbreuk. Ook hier is een meer omslachtige uitdrukking van dezelfde realiteit mogelijk, die nu inzake aanstelling de toon lijkt te zetten. Het feitelijk meesterschap van het dier is het unieke criterium, maar indien geen ander rechtssubject als feitelijk meester kan worden aangeduid, volstaat het eigendomsrecht als bewijs van het feitelijk meesterschap zonder mogelijkheid tot tegenbewijs. Het enige – en zeer veelzeggende – verschil met de aanstelling, is dan dat art. 1384, lid 3 B.W. de aansteller *niet* de mogelijkheid geeft zijn aansprakelijkheid te ontlopen door te bewijzen dat een ander het “feitelijk meesterschap” had. Wat natuurlijk een bijkomend argument oplevert om te bepleiten dat de aansteller *wel* aansprakelijk blijft zo lang hij juridisch titularis blijft van de aanstellingsverhouding, zelfs al lag het “feitelijk meesterschap” bij een ander.

moet steunen op de mogelijkheid tot effectieve, materiële (“feitelijke”) gezagsuitoefening op het ogenblik van en over de daad die de schade veroorzaakt.

Maar gelet op de onvermijdelijke begripsverwarring die zo ontstaat, is er veel te zeggen voor een terugkeer naar de meer klassieke benadering die aanstelling aanneemt *zodra gezag in rechte of in feite* aanwezig is.⁶⁴⁸ Er is geen reden om via een bijna ongemerkte verschuiving van het begrip “feitelijke gezagsverhouding” een hele groep van formeel-juridische ondergeschiktheidsrelaties uit artikel 1384, lid 3 B.W. te bannen.⁶⁴⁹ Onbewust zou hiermee trouwens opnieuw aansluiting worden gezocht bij de *fout van de aansteller* – die bij gebreke aan feitelijk gezag de daad niet kon beletten – als grondslag voor aanstellersaansprakelijkheid. Hier is in het objectieve aansprakelijkheidsregime van artikel 1384, lid 3 B.W. manifest geen reden voor. Zeker nu zowel historisch, economisch als rechtsvergelijkend de aanstellersaansprakelijkheid onmiskenbaar de omgekeerde richting uitgaat. Hierop wordt verder dieper ingegaan als wordt verdedigd dat rechtspersoonlijke bestuurders zeer goed onder een modern – dat op dit punt klassieker is dan men kan denken – aanstellingsbegrip kunnen worden gevat.⁶⁵⁰ Een verkeerde lezing van de vermeende nood aan “feitelijk” gezag bovenop formeel-juridische ondergeschiktheid voor de toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W., zou hier anders sterk aan doen twijfelen. De bedoeling hier was aantonen dat die twijfel vooralsnog ongegrond is.

⁶⁴⁸ Zie *supra* voetnoot 594. In zijn proefschrift over medische aansprakelijkheid kwam Thierry VANSWEEVELT tot een gelijklopende conclusie: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 543.

⁶⁴⁹ Enkel waar er twee aanstellers zijn – de ene met juridisch gezag, de andere met feitelijk gezag – moet dan de regel verfijnd worden en kan het *in sommige gevallen* voorkomen dat de juridische gezagshouder ten aanzien van *bepaalde slachtoffers* niet meer aansprakelijk is (*supra* p. 148 e.v.). Die uitzondering mag echter niet met de regel worden verward.

⁶⁵⁰ Zie *infra* p. 418 e.v.

BESLUIT VAN DEEL 2

172. Op het einde van Deel 1 werd vastgesteld dat de orgaantheorie, om als moderne juridische constructie te herrijzen, uitdrukkelijker moest aantonen waarin haar meerwaarde ten aanzien van het meer eenvoudige verklaringsmodel dat het klassieke privaatrecht biedt, gelegen is. Dit leidde tot hernieuwde interesse in drie fundamentele scharnierpunten van het gemeenrechtelijke systeem van toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden. Verkeerd begrepen, zouden die immers de soepele inpassing van het rechtspersoonlijke optreden via bestuursorganen, kunnen hypothekeren.

Eerst kwam de verhouding tussen vertegenwoordiging en lastgeving aan de orde (Hoofdstuk 1). Vertegenwoordiging verwijst naar het juridische mechanisme waardoor een rechtshandeling als eigen wordt toegerekend aan een ander rechts-subject dan datgene dat heeft gehandeld. Voor het recht is het dan alsof het eerstgenoemde rechtssubject de rechtshandeling zelf had verricht. Lastgeving van zijn kant, is een bijzonder geregelde overeenkomst waarbij een rechtssubject door een ander met een opdracht wordt belast waarin vertegenwoordigingshandelingen de hoofdzaak uitmaken. Vertegenwoordiging is een juridisch mechanisme dat in zijn meest uitgepuurde vorm verwijst naar een wijze van toerekening van rechtshandelingen. Lastgeving is een bijzonder geregelde overeenkomst. Het blijft de overeenkomst van gemeen recht voor de toekenning van een vertegenwoordigingsopdracht. Maar lastgeving en vertegenwoordiging mogen niet tot elkaar worden herleid. Hieruit werden drie lessen getrokken die voor het vervolg van het onderzoek belangrijk zijn. Ten eerste is aanwezigheid van prestaties die geen vertegenwoordigingshandelingen zijn, op zich geen doorslaggevend argument tegen lastgeving, zolang de opdracht in essentie een vertegenwoordigingsopdracht blijft.⁶⁵¹ Ten tweede moeten specifiek voor de analyse van de rechtspersoonlijke bestuursopdracht, argumenten tegen lastgeving en tegen vertegenwoordiging beter worden onderscheiden.⁶⁵² Ten derde doet inschakeling van vertegenwoordiging binnen de overeenkomst van lastgeving niet noodzakelijk uitspraak over de toerekening van onrechtmatige daden. Uit de lastgevingskwalificatie kan niet *louter omdat onrechtmatige daden geen vertegenwoordigingshandelingen zijn* worden afgeleid dat zij de lastgever niet tot buitencontractuele schadevergoeding kunnen verplichten.

⁶⁵¹ Zie *infra* p. 242 e.v.

⁶⁵² Zie *infra* p. 175 e.v. en p. 253 e.v.

Dit laatste punt vormde meteen het voorwerp van Hoofdstuk 2, dat dieper inging op de verhouding tussen vertegenwoordiging en buitencontractuele aansprakelijkheid. Vertegenwoordiging kan coherent omschreven worden als juridische techniek voor toerekening van rechtshandelingen als eigen aan een ander. Hieruit volgt niet dat de principaal immuun is voor niet-gewilde rechtsgevolgen afgeleid uit gedrag van zijn vertegenwoordiger. Alleen moet er – zoals steeds met rechtsfeiten – een andere rechtsgrond voor zijn. De opsomming door sommige auteurs van gevallen waarin zo een rechtsgrond aanwezig is, bewijst dan ook niet dat er iets schort aan het klassieke vertegenwoordigingsbegrip. Evenmin is in de huidige stand van het vraagstuk duidelijk wat het vertegenwoordigingsbegrip aan coherentie wint door het met één of meer van die gevallen uit te breiden.

Zelfs het feit dat het vertegenwoordigingsmechanisme terecht uitsluitend als toerekeningsmechanisme voor rechtshandelingen wordt gedefinieerd, betekent dus niet dat onrechtmatige daden van de lasthebber de lastgever niet tot schadevergoeding kunnen verplichten. Buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor fouten van bestuursorganen is dus niet noodzakelijk een uitzondering op het klassieke vertegenwoordigingsmechanisme zoals dit ook in de overeenkomst van lastgeving aanwezig is. Het is niet omdat bestuurders lasthebbers zouden zijn en hun rechtshandelingen de rechtspersoon op grond van die lastgeving via vertegenwoordiging worden toegerekend, dat de rechtspersoon buitencontractuele immuniteit geniet voor hun daden. Het feit dat die buitencontractuele aansprakelijkheid *de lege lata* bestaat, is *op zich* dan ook geen bewijs dat hier een verruimd vertegenwoordigingsbegrip aan het werk is, of dat de rechtsverhouding geen lastgeving is. De vraag is wel op welke rechtsgrond de buitencontractuele aansprakelijkheid dan wel steunt. In dat geval komt in het gemeenschappelijke verklaringsmodel waarop de orgaantheorie beweert een verbetering te zijn, artikel 1384, lid 3 B.W. nadrukkelijk in het vizier.

Daarom werd in Hoofdstuk 3 de verhouding tussen lastgeving en aanstelling verder uitgeklaard. Het principe dat lastgeving en aanstelling elkaar niet wederzijds uitsluiten staat in wezen buiten kijf. Aanstelling valt niet samen met deze of gene contractuele rechtsverhouding, maar is een rechtsfeit dat door het slachtoffer vrij mag worden bewezen. Elk van beide rechtsfiguren moet vanuit zijn eigen toepassingsvoorwaarden worden benaderd. De lastgever kan buitencontractueel aansprakelijk zijn voor de schade die zijn lasthebber heeft veroorzaakt, indien in hun onderlinge relatie ook een aanstellingsverhouding wordt herkend en de schade door de lasthebber binnen de bediening werd veroorzaakt. Het feit dat de lastgever in zijn contractuele relatie de lasthebber niet bevoegd heeft gemaakt om onrechtmatige daden te begaan, is dan zonder belang. Contractueel verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid en buitencontractuele aansprakelijkheid volgen een andere logica. Als rechtsfeit kan aanstelling dus aanwezig zijn in een lastgevingsverhouding. Daartoe is natuurlijk vereist dat de toepassingsvoorwaarden van het rechtsfeit vervuld zijn. In dit verband, bleek het nodig aandacht te beste-

den aan de rol van de “feitelijke” gezagsverhouding in de huidige rechtspraak rond het aanstellingsbegrip. Aanstelling wordt in ons recht sinds geruime tijd met ondergeschiktheid verbonden. Recent lijkt echter de neiging te bestaan ondergeschiktheid te interpreteren in functie van de mogelijkheid om “feitelijk gezag” uit te oefenen. Na onderzoek bleek echter dat dit grotendeels op een misverstand berust. Die rechtspraak is te verklaren in sommige gevallen van terbeschikkingstelling van personeel door de ene aansteller aan een andere. Zelfs dan is ze voorwerp van kritiek en nuance. Als algemene regel, echter, volstaat ook de formeel-juridische ondergeschiktheidsverhouding nog om aanstelling in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. te grondvesten.

173. Nu deze drie scharnierpunten gesmeerd zijn, kan de draad die aan het einde van Deel 1 werd neergelegd, opnieuw worden opgepikt. Om als moderne juridische constructie te herrijzen, moet de orgaantheorie uitdrukkelijker aantonen waarin haar meerwaarde ligt ten aanzien van het meer eenvoudige verklaringsmodel dat het klassieke privaatrecht biedt. Voegt de orgaantheorie op fundamenteel niveau iets toe aan ons rechtsdogmatisch begrip betreffende toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden naar aanleiding van bestuursop treden in rechtspersoonlijk verband? Slaagt de orgaantheorie erin om zich zinvol te onderscheiden van de gemeenrechtelijke mechanismen van privaatrecht die haar zowel vanuit historisch als conceptueel oogpunt voorafgingen: vertegenwoordiging via lastgeving voor wat betreft rechtshandelingen, en buitencontractuele aansprakelijkheid van de aansteller voor onrechtmatige daden? Die vragen worden nu frontaal behandeld, eerst voor rechtshandelingen (*infra* Deel 3) en dan voor onrechtmatige daden (*infra* Deel 4).

DEEL 3

RECHTSHANDELINGEN:
BESTUUR ALS LASTGEVING

174. De uitbouw van een activiteit in rechtspersoonlijk verband vereist in de eerste plaats dat aan het rechtssubjectieve toerekeningspunt dat de rechtspersoon is, *gewilde* rechten en verbintenissen worden aangeknoopt. Het voornaamste juridische vehikel hiervoor is de rechtshandeling. De rechtspersoon moet dus rechten en verbintenissen uit rechtshandeling kunnen verwerven. Gelet zijn hoedanigheid als immaterieel rechtssubject, zijn hiervoor *mensen* nodig die met de rechtspersoon in een type van juridische verhouding staan die de toerekening van *hun* handelen als eigen rechtshandeling aan de rechtspersoon toelaat. Eerder bleek dat de orgaantheorie voor het theoretische begrip hierrond, vandaag geen antwoord meer biedt met het postulaat dat die mensen, als zij “orgaan” worden genoemd, vanuit juridisch oogpunt één zijn met de rechtspersoon en handelend in die hoedanigheid zelfs geen rechtssubjectiviteit meer hebben.⁶⁵³ Als juridische constructie geëxpliciteerd, moet de orgaantheorie aantonen dat het organieke incarnatiemechanisme de beste⁶⁵⁴ omschrijving biedt van de rechtsfenomenen die we observeren. Dit dan in vergelijking met het verklaringsmodel dat het klassieke privaatrecht zonder orgaantheorie biedt. In het geval van toerekening van rechtshandelingen, is dit vertegenwoordiging via lastgeving.

In dit deel wordt geargumenteed dat de orgaantheorie dit bewijs niet aandraagt. Vertegenwoordiging op grond van lastgeving blijft, wat rechtshandelingen betreft, de beste manier om rechtspersoonlijk optreden via bestuursorganen te begrijpen. Bestuurders zijn lasthebbers die de rechtspersoon vertegenwoordigen. Hiertoe wordt eerst verduidelijkt dat, vanuit conceptueel oogpunt, het juridische mechanisme dat speelt bij toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersoon als gevolg van het optreden van zijn bestuurders, zonder twijfel vertegenwoordiging is (*infra* Hoofdstuk 1). Die vaststelling scoort een eerste belangrijk, maar niet-beslissend punt voor lastgeving. Vervolgens wordt aangetoond dat lastgeving als juridische grondslag voor inschakeling van het vertegenwoordigingsmechanisme positiefrechtelijk *prima facie* goed steek houdt (*infra* Hoofdstuk 2). De vraag wordt dan omgedraaid. Zijn er doorslaggevende redenen om deze traditionele, eenvoudige en positiefrechtelijk goed ingeburgerde grondslag te verwerpen? Vier van de voornaamste worden gewogen en te licht bevonden (*infra* Hoofdstuk 3).

⁶⁵³ Zie *supra* p. 63 e.v.

⁶⁵⁴ Voor de aan SCHOLTEN ontleende criteria hiervoor, zie *supra* p. 61 e.v.

HOOFDSTUK 1

VERTEGENWOORDIGING STAAT BUITEN KIJF

1. VERTEGENWOORDIGING VERSUS ORGANIEKE INCARNATIE?

175. De vraag lijkt eenvoudig: vindt bij toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersoon als gevolg van bestuursoptreden vertegenwoordiging plaats? Treedt het vertegenwoordigingsmechanisme in werking als de rechtspersoon via een bestuursorgaan rechtshandelingen verricht? Kan de toerekening die zich hier voltrekt, als vertegenwoordiging worden gekwalificeerd?

Het antwoord lijkt even eenvoudig. Vertegenwoordiging werd omschreven als het juridische mechanisme waarbij een rechtshandeling bij zijn ontstaan rechtstreeks en exclusief wordt toegerekend aan een ander rechtssubject dan datgene dat de rechtshandeling materieel heeft verricht.⁶⁵⁵ Of korter: de toerekening van een rechtshandeling aan een ander dan de handelende. Wie met onbevangen blik het juridische fenomeen bekijkt dat zich voordoet wanneer het optreden van rechtspersoonlijke bestuursorganen tot toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersoon leidt, kan niet anders dan *prima facie* vaststellen dat vertegenwoordiging plaatsvindt. De rechtshandeling die rechtssubjecten met een bestuursopdracht verrichten wordt in zijn geheel toegerekend aan een ander rechtssubject (de rechtspersoon). Deze toerekening gebeurt *onmiddellijk*: de rechten en verbintenissen uit de rechtshandeling ontstaan in het vermogen van de rechtspersoon. De toerekening gebeurt ook *rechtstreeks*: de rechten en verbintenissen uit rechtshandeling gaan niet eerst langs het vermogen van de bestuurders die de materiële handelingen die de rechtshandeling doen ontstaan, hebben gesteld. Voor het recht is het, wat de toegerekende rechtshandeling betreft, alsof de rechtspersoon zelf heeft gehandeld. De bestuurders verdwijnen, wat de toegerekende rechtshandeling betreft, uit de juridische vergelijking. De in de rechtshandeling vervatte rechten en verbintenissen worden hen zelfs niet louter transitair toegerekend. Enkel de rechtspersoon is contractueel schuldeiser van de in de rechtshandeling vervatte rechten, en contractueel schuldenaar van verbintenissen. Wat kan dit anders zijn dan vertegenwoordiging?

⁶⁵⁵ Zie *supra* p. 90 e.v.

176. Het is vandaag de dag enigszins merkwaardig dat de analyse hier niet kan stoppen. Welke ook de verdere bezwaren tegen een lastgevingskwalificatie van de bestuursverhouding zijn⁶⁵⁶, alvast lijkt moeilijk voor te houden dat er geen vertegenwoordiging plaatsvindt. Nochtans is dit een punt waarop de erfenis van de orgaantheorie tot vandaag doorweegt. De huidige stand van het vraagstuk in België verplicht dan ook hierop nader in te gaan.

In de eerste plaats omdat in de literatuur ook specifiek voor toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersoon naar de orgaantheorie wordt verwezen.⁶⁵⁷ Daardoor wordt minstens de *indruk* gewekt dat meer plaatsvindt dan vertegenwoordiging. Dat organiek optreden meer is dan vertegenwoordiging, is immers één van de traditionele kernideeën van de orgaantheorie. De motor van de orgaantheorie is niet vertegenwoordiging maar – daarvan uitdrukkelijk onderscheiden – *organieke incarnatie*. Ten tweede omdat er nog steeds moderne – en eminente – bronnen zijn die ook *uitdrukkelijk* het vertegenwoordigingskarakter van organiek optreden ontkennen.⁶⁵⁸ Ten derde omdat ook het onderscheid tus-

⁶⁵⁶ Zie *infra* p. 241 e.v.

⁶⁵⁷ A.-P. ANDRÉ-DUMONT, C. BRÜLS en H. CULOT, “Responsabilité des organes de société: la restauration?”, 26-28; M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 184-185 (in het bijzonder nr. 283) en 237; Y. DE CORDT en M.A. DELVAUX, “La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier”, 4-5; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 637-637 (in het bijzonder voetnoot 3 op p. 637; vergelijk ook, zij het ietwat zijdelings, p. 69); J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 311; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 203-205; V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 752-753 en 758-759; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 695-696; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 150; P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979-1990): les sociétés commerciales (première partie)”, *R.C.J.B.* 1992, 648; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765-766 en 773; J. VAN RYN, *Principes*, I, 258-259. Er is te benadrukken dat de opsomming hier beperkt is tot de auteurs die (al varieert de nadruk hierop) uitdrukkelijk aangeven dat *de toerekening van rechtshandelingen* op de orgaantheorie steunt.

⁶⁵⁸ R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 17 mei 1962, 256-257; Y. DE CORDT en M.A. DELVAUX, “La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier”, 4-5; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 69 (het betreft hier weliswaar het deel over de wilsgebreken. Zie ook, meer specifiek over rechtspersoonlijk optreden, 637 e.v., in het bijzonder voetnoot 3 op p. 637); J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 311; P. VAN OMMESLAGHE en L. SIMONT, “La notion de l’organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d’administration des sociétés anonymes”, 102; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765 en 773; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1263 (algemeen) en 1272 (uitdrukkelijk toegepast op verbintenissen uit rechtshandeling). Soms heeft het er bij momenten minstens de schijn van: A. BENOÎT-MOURY en P. PELTZER, “Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés”, *R.P.S.* 1977, 103; H. DU FAUX, “Représentation organique et conventionnelle des sociétés commerciales en droit belge”, *R.P.N.B.* 1968, 330; P. TAELEMAN, “Het optreden in rechte van (privaatrechtelijke) entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid en rechtspersonen voor de judiciele rechtscolleges”, 64; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 141 P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, 176. Zie in Nederland en in Frankrijk recent nog, respectievelijk: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 92; J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 251.

sen de interne relatie met de rechtspersoon en de externe relatie met derden populair is om de beweerde eigenheid van organiek optreden te vertolken.⁶⁵⁹ Maar lastgeving heeft in ons huidig begrip nu net een essentieel extern luik.⁶⁶⁰ Vertegenwoordigend optreden behoort tot de essentie van de met de lastgevingsovereenkomst verleende opdracht. Het juridische mechanisme dat speelt wanneer de lasthebber rechtshandelingen verricht die aan de lastgever worden toegerekend, is net het schoolvoorbeeld van vertegenwoordiging. Als het externe luik van het bestuursoptreden “organiek” wordt genoemd, en dit wordt afgezet tegen dat van lastgeving, wordt dus minstens de indruk gewekt dat iets anders gebeurt dan vertegenwoordiging. Ten vierde is ook de opvatting dat het orgaan als zodanig geen rechtssubjectiviteit, en dus geen rechtsverhouding met de rechtspersoon heeft, moeilijk in overeenstemming te brengen met het vertegenwoordigingsmechanisme zoals dit normaal wordt begrepen.⁶⁶¹

177. Dit onderzoek kan dus niet zomaar voorbij aan de bewering dat organieke incarnatie, zelfs in een hedendaags begrip en zelfs als enkel de aanknopingspunt van rechtshandelingen wordt beschouwd, een van vertegenwoordiging onderscheiden toerekeningsmechanisme gebruikt. Nochtans blijkt snel dat op dit punt de keizer geen kleren draagt (*infra* 2). Er is ook geen conceptuele reden waarom vertegenwoordiging op organiek niveau in strijd zou zijn met de eigen aard van de rechtspersoon (*infra* 3). Een moderne interpretatie van de orgaantheorie zou zichzelf dan ook een dienst bewijzen door uitdrukkelijk toe te geven dat ze gebruik maakt van vertegenwoordiging (*infra* 4).

2. ORGANIEKE INCARNATIE: KLEURRIJKE BEELDSPRAAK IS ONVOLDOENDE

178. Het organieke incarnatiemechanisme is de motor van de orgaantheorie. Wanneer het orgaan handelt, handelt de rechtspersoon zelf. Het orgaan identificeert zich met de rechtspersoon: de handeling van het orgaan *is* de handeling van

⁶⁵⁹ L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, IV, 146; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 360; J. VAN RYN, *Principes*, I, 259 en 262.

⁶⁶⁰ Zie *supra* p. 80 e.v.

⁶⁶¹ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 136-137; V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 754; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 697. TILQUIN en SIMONART bannen nochtans de term “vertegenwoordiging” niet uit hun vocabularium. Het is echter duidelijk dat het minstens vertegenwoordiging van een heel andere orde betreft: “à l’inverse du mandataire, l’organe s’identifie avec la personne morale”: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, p. 699. Op het fundamentele probleem met de démarche die rechtssubjectiviteit van het orgaan ontkent, wordt hier niet teruggekomen (zie *supra* p. 66 e.v.). Het standpunt dient hier slechts als illustratie van het feit dat het vandaag nog nodig is eerst halt te houden bij de vraag of toerekening van rechtshandelingen in deze context “gewoon” vertegenwoordiging mag heten.

de rechtspersoon. Toegepast op rechtshandelingen: de rechtshandeling is niet zomaar een vertegenwoordigingshandeling, het is de eigen rechtshandeling van de rechtspersoon. Tot op vandaag worden de geijkte formules over organieke incarnatie van de rechtspersoon op bijna rituele wijze herhaald. De formulering zelf, zo lijkt, moet dan maar volstaan om het mechanisme zijn eigenheid te geven. De vertegenwoordiger *vertegenwoordigt*, het orgaan *incarneert*. In de woorden van VAN OMMESLAGHE:

“Ils « incarnent » la personne morale à laquelle ils s’identifient sans que doive jouer le mécanisme de la représentation”.⁶⁶²

HAYOIT DE TERMICOURT drukte het eerder al zo uit:

“L’organe d’une personne morale agissant dans les limites de ses attributions ou fonctions, n’est pas un intermédiaire: il *incarne* l’être moral et *s’identifie* avec celui-ci”.⁶⁶³

Dirk VAN GERVEN schrijft in het recente volume over rechtspersonen van de *Beginnselen van Belgisch privaatrecht*:

“In tegenstelling tot de lastgeving, handelt het orgaan niet in naam en voor rekening van de rechtspersoon: het orgaan is de rechtspersoon”.⁶⁶⁴

Ook in een recent Frans proefschrift weerklinkt dezelfde idee:

“Le dirigeant souscrit *l’acte juridique de la société*, et non un acte juridique « au nom et pour le compte » de la société”.⁶⁶⁵

179. Na wat werd uiteengezet over de orgaantheorie als juridische constructie⁶⁶⁶, kan dit nochtans niet overtuigen. Zelfs de keizer moet aantonen dat hij kleren draagt. Een onderscheid dat bij postulaat in de definitie wordt ingebouwd, overtuigt niet om organieke incarnatie zijn eigenheid te geven. De echte vraag blijft. Heeft het incarnatiemechanisme *als juridisch toerekeningsmechanisme* voor rechtshandelingen een conceptuele inhoud die het onderscheidt van het vertegenwoordigingsmechanisme? Gebeurt er iets anders dan dat het ene rechtssubject het andere vertegenwoordigt *in de juridische zin van het woord*? Drukt het door de orgaantheorie geconcipieerde incarnatiemechanisme, toegepast op rechtshan-

⁶⁶² P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1263 (zie ook I, 631).

⁶⁶³ R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 17 mei 1962, 256-257 (cursivering in origineel).

⁶⁶⁴ D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 141.

⁶⁶⁵ J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 251 (cursivering in origineel).

⁶⁶⁶ Zie *supra* p. 61 e.v.

delingen, een *juridische realiteit* uit die toelaat haar een van vertegenwoordiging te onderscheiden *juridische* begripsinhoud te geven? Deze vragen zijn niet beantwoord door een aparte *omschrijving* van het organieke incarnatiemechanisme, hoe kleurrijk dit ook onder woorden wordt gebracht. In wezen zei SAVIGNY al dat rechtspersoonlijkheid een juridisch mechanisme noodzaakt om de rechtspersoon rechtshandelingen toe te rekenen die materieel door mensen werden verricht.⁶⁶⁷ Als de moderne orgaantheorie dit niet langer ontkent, volstaat het niet meer dit incarnatie te noemen om het onderscheid met vertegenwoordiging te maken. De vlag moet een lading dekken.

Dit punt kan evident lijken. Toch moet het uitdrukkelijk worden uitgesproken, net omdat het al te gebruikelijk is het incarnatiemechanisme te presenteren alsof het geen verdere toelichting nodig heeft. Het privaatrecht heeft een naam voor wat gebeurt wanneer een rechtshandeling onmiddellijk en rechtstreeks wordt toegerekend aan een ander rechtssubject dan datgene dat materieel heeft gehandeld: vertegenwoordiging. Hier in een bepaalde context het etiket “organieke incarnatie” op kleven, is niet bij machte te bewijzen dat “*cet effet se produit (...) par le jeu de la théorie de l’organe elle-même, sans recours à la représentation*”.⁶⁶⁸

180. De relativiteit van dit soort puur terminologische keuzes blijkt uit het feit dat de klassieke rechtsbronnen vertegenwoordiging al eens illustreren met beeldspraak die intussen wel zeer bekend in de oren klinkt. LAURENT omschrijft de werking het vertegenwoordigingsmechanisme in de overeenkomst van lastgeving:

“Si, fidèle à son mandat, [le mandataire] traite au nom du mandant, celui-ci est censé traiter, et il traite réellement par l’organe du mandataire; c’est lui qui stipule ou qui promet. Donc il est directement obligé pour ce que fait le mandataire: le fait du mandataire est le fait du mandant”.⁶⁶⁹

Ook in de *Pandectes belges* wordt het vertegenwoordigingsbeginsel bij lastgeving in die termen verwoord:

“Ainsi, en vertu du caractère essentiellement représentatif du mandat, le mandant et le mandataire, qui n’est que son organe, s’identifie au regard des tiers. Leur dualité se confond ou, plus exactement, la personnalité du mandataire, instrument purement

⁶⁶⁷ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, 282-283.

⁶⁶⁸ P. VAN OMMESELAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 773. Zie ook: Y. DE CORDT en M.A. DELVAUX, “La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier”, 4-5. Deze auteurs zijn van oordeel dat “l’organe ‘incarne’ la société sans recours au mécanisme de la représentation”. In de onmiddellijk daaropvolgende zin wordt dit geïllustreerd: “[l’acte] est matériellement accompli par l’organe; il est juridiquement posé par la société”. Maar dit is bij vertegenwoordiging natuurlijk exact hetzelfde en dus geen verklaring voor het onderscheid.

⁶⁶⁹ F. LAURENT, *Principes*, XXVIII, 52.

passif, disparaît pour ne laisser subsister que celle du mandant (...). C'est le mandant, en effet, qui, par la main de son mandataire, souscrit les conventions (...).⁶⁷⁰

Al tijdens de voorbereiding van het Burgerlijk Wetboek had TARRIBLE in zijn verslag aan het Tribunaat over de lastgeving gezegd:

“[le mandataire] fait l'affaire de son commettant, d'après les intentions tracées dans le mandat; il n'est que le simple organe de ce même commettant”.⁶⁷¹

En nog eerder schreef POTHIER in de passages over “*corps et communautés*”:

“De ce qu'un corps est une personne intellectuelle, il s'ensuit qu'il ne peut *pas faire par lui-même* tout ce que nous avons dit que les corps étaient capables de faire (...) Il est d'abord de la nature de chaque corps d'avoir un ou plusieurs *procureurs*, par l'*organe* desquels ils puissent faire ces choses. (...) Le procureur des corps et communautés est ordinairement le syndic (...). Le syndic, en contractant, oblige le corps dans les choses qui n'excèdent point les bornes de l'administration qui lui a été confiée. Le fait du syndic est *censé* le fait du corps”.⁶⁷²

181. Met dit soort beeldspraak kan je duidelijk veel kanten uit.⁶⁷³ Er is dan weinig doorzicht nodig om in te zien dat de kleurrijke termen waarin de orgaantheorie het organieke incarnatiemechanisme beschrijft, evengoed voor huis-tuin-en-keukenvertegenwoordiging kunnen worden gebruikt. Onderliggend is het toerekeningsmechanisme hetzelfde (*rechtstreekse en onmiddellijke toerekening van een rechtshandeling aan een ander*), net zoals het beeld dat wordt gebruikt om dit mechanisme bevattelijk te maken (*alsof de rechtspersoon zelf heeft gehandeld*). Aangezien de orgaantheorie vandaag de dag de juridische aard van dit “alsof” niet meer ontkent, is duidelijk dat zij aan het toerekeningsmechanisme zelf geen juridisch zinvol te onderscheiden invulling geeft. De ontkenning dat toerekening plaatsvindt aan een ander omdat het orgaan niet als rechtssubject wordt geconcipieerd, is de laatste strohalm waaraan de orgaantheorie zich vastklampt. Maar de incoherentie en irrelevantie waartoe die demarche leidt werd al aangetoond.⁶⁷⁴ Wie de toerekeningsvraag nog wil oplossen zal vroeg of laat moeten erkennen dat mensen de rechtshandeling verrichten en dat deze door het recht *als eigen* aan de rechtspersoon wordt toegerekend. Dit is vertegenwoordiging.

⁶⁷⁰ *Pandectes Belges*, “Mandat (contrat de)”, deel 61 (1898), 1075 (nr. 2812).

⁶⁷¹ J. LOCRIÉ, *Législation civile*, VII, 379-380 (onderstreping toegevoegd). Zie ook zijn afsluitende woorden op p. 383: “J’ai rempli moi-même le mandat qui m’a été confié par la section de législation (...). La section de législation vous propose, par mon organe, l’adoption du projet de loi”.

⁶⁷² R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, V, 196 (*Traité des personnes et des choses*, titel VII). Cursivering toegevoegd.

⁶⁷³ Verder zal blijken dat dit zelfs opgaat waar het om de buitencontractuele aansprakelijkheid van de aansteller voor een fout van zijn aangestelde gaat: *infra* p. 370 e.v.

⁶⁷⁴ Dit Platoonse idee van een orgaan kan evenmin “zelf” handelen als de rechtspersoon: zie *supra* p. 66 e.v.

3. VERTEGENWOORDIGING: NIET INCOMPATIBEL MET HET RECHTSPERSOONLIJKHEIDSBEGRIIP

182. Aanval is de beste verdediging. Misschien steunt het organieke incarnatiemechanisme op een *petitio principii*. Maar een populair argument luidt dat er geen alternatief is. Vertegenwoordiging in de klassieke betekenis zou incompatibel zijn met het rechtspersoonlijkheidsbegrip. Vertegenwoordiging beantwoordt niet aan het toerekeningsmechanisme dat de rechtspersoonlijke constructie nodig heeft om haar te vervullen.

Op dit punt heeft zich weliswaar een opvallende omslag voorgedaan tussen de orgaantheorie van de klassieke realisten, en de moderne juridisch-technische variant. Voor de klassieke realisten was het net omdat er zich ook bij de rechtspersoon een reëel en autonoom wilsvormingsproces afspeelde, dat de personen die deze wil tot uitdrukking brachten, geen vertegenwoordigers konden zijn. Hun organische verbondenheid met de rechtspersoon was van een heel andere orde. De moderne orgaantheorie, anderzijds, ontkent niet dat mensen met organieke functie gewoon hun “eigen” wil gebruiken.⁶⁷⁵ Maar het wordt net de *radicale afwezigheid* van enige natuurlijke wils- of handelingsfaculteit bij de rechtspersoon die vertegenwoordiging als rechtsdogmatische verklaring tekort doet schieten. De wil van het orgaan is de wil van de rechtspersoon omdat de rechtspersoon er anders geen heeft. Dit moet dan in tegenstelling staan tot de vertegenwoordiger: zijn wil is steeds onderscheiden van de wil van de persoon die hij vertegenwoordigt.⁶⁷⁶

“Ce qui distingue le représentant de l’organe, c’est l’impossibilité de se passer du dernier, puisqu’il s’intègre obligatoirement dans l’organisation des personnes morales dont il constitue un ‘moyen d’expression nécessaire’”.⁶⁷⁷

De vertegenwoordiger vertolkt de wil van een ander terwijl het orgaan de wil van de rechtspersoon creëert: de rechtspersoon heeft geen wil buiten die van zijn organen.⁶⁷⁸ De aard van de rechtspersoon als immateriële entiteit maakt het organieke incarnatiemechanisme noodzakelijk, en onderscheidt het meteen van vertegenwoordiging.

⁶⁷⁵ MICHOUDE wees er al op dat het traditionele realisme er nooit in is geslaagd te verklaren “*par quel coup de baguette magique, en effet, la volonté des individus devient-elle la volonté du groupe*”. L. MICHOUDE, *La théorie de la personnalité morale*, I, 101.

⁶⁷⁶ G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 117-118; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, I, 95.

⁶⁷⁷ G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 119.

⁶⁷⁸ P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 310; J. DE LIEDEKERKE, “Observations sur la théorie de l’organe”, 19; L. MICHOUDE, *La théorie de la personnalité morale*, I, 138-139 en 144; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI, 76.

183. Een modern vertegenwoordigingsbegrip heeft nochtans de wil van de principaal niet nodig om een rechtshandeling als eigen toe te rekenen.⁶⁷⁹ Op het ogenblik dat de rechtshandeling wordt verricht en dat toerekening plaatsvindt, speelt voor conceptualisering van het vertegenwoordigingsmechanisme de wil van de principaal geen rol. Vertegenwoordiging heeft genoeg aan twee onderscheiden rechtssubjecten. Twee onderscheiden “willen” zijn conceptueel niet nodig.⁶⁸⁰ Dat het voor het recht is *alsof* de vertegenwoordigde de handeling zelf heeft verricht, betekent niet dat hij ze bij zijn ontstaan ook effectief had kunnen of willen verrichten. DIDIER omschrijft dit treffend:

“Pour ce qui est de l'imputation dérogatoire, la volonté du représenté est devenue indifférente. Elle a pu autoriser l'imputation dérogatoire, cependant au moment de la réalisation de l'acte, ce n'est plus elle qui la déclenche”.⁶⁸¹

Maakt het een verschil dat de rechtspersoon *noodzakelijk* een beroep moet doen op fysieke personen om zich rechtshandelingen als eigen te zien toerekenen? In de meeste vertegenwoordigingsrelaties is die absolute en permanente noodzakelijkheid afwezig. Men kan van dit feit verwachten dat dit een aantal specifieke rechtsgevolgen meebrengt in de relatie tussen partijen bij de rechtsverhouding die vertegenwoordiging als oplossing voor dit probleem inschakelt. Maar in termen van logische noodzakelijkheid, afgeleid uit de aard van de rechtspersoon, levert dit nooit een argument tegen vertegenwoordiging op. Het argument kan enkel bewijzen dat rechtspersonen en fysieke personen verschillend zijn, wat niet echt verrassend is. Rechtspersonen zullen nooit in mentale of fysieke zin zelf de handelingen kunnen stellen die het recht als rechtshandelingen aanmerkt. Hieruit volgt echter niet dat dit verschil logisch noodzakelijk overbrugd moet worden door voor de rechtspersoon een juridisch mechanisme te postuleren dat identiek is aan het zelfhandelen van de fysieke persoon.⁶⁸² Vertegenwoordiging is de rechtstreekse en onmiddellijke toerekening van een rechtshandeling aan een ander *alsof* deze de rechtshandeling zelf heeft gesteld. *Prima facie* is dat een even valabele kandidaat om de kloof die uit de “eigen aard” van de rechtspersoon volgt juridisch te

⁶⁷⁹ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 117; P.A. FORIERS en L. SIMONT, “Observations sur un revirement de jurisprudence: représentation et responsabilité aquilienne des organes et mandataires de société”, 421. Vergelijk ook: P. VAN SCHILFGAARDE, *Toerekening van rechtshandelingen*, 27-28. En zie reeds, toegepast op rechtspersonen: J. BEEKHUIS, *Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1934, 14.

⁶⁸⁰ Dat de vertegenwoordiger het verlengde vormt van de wil van de principaal is beeldspraak die vanuit pragmatisch oogpunt begrijpelijk is: in de meeste gevallen is de toegerekende rechtshandeling terug te voeren op een *eerdere* wilsuiting van de principaal.

⁶⁸¹ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 118.

⁶⁸² Vergelijk: F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 21 en 82 (“[De orgaantheorie] behandelt daardoor bepaalde gevallen van vertegenwoordiging als een bijzonder aspect van rechtspersoonlijkheid tot schade van het inzicht in beide leerstukken”).

overbruggen.⁶⁸³ Uit de materiële onmogelijkheid van de rechtspersoon om zelf te handelen, en gegeven de doelstelling om hem niettemin rechtshandelingen toe te rekenen, kan in puur deductieve termen enkel worden afgeleid dat het recht een mechanisme moet voorzien (of erkennen) om rechtshandelingen die materieel door een ander worden gesteld, aan de rechtspersoon toe te rekenen.⁶⁸⁴ Niets meer, niets minder. Dit mechanisme “organieke incarnatie” noemen is een terminologische keuze, maar bewijst op zichzelf niet dat hieraan ook een eigen juridische begripsinhoud beantwoordt. Deze keuze volgt enkel “noodzakelijk” uit de aard van de rechtspersoon, als je bereid bent om eerst te postuleren dat de rechtspersoon een “eigen” of “oorspronkelijke” wilsuiting nodig heeft om rechtshandelingen te stellen. Ze volgt nooit uit de loutere vaststelling dat de rechtspersoon hiervoor noodzakelijk beroep moet doen op natuurlijke personen. Het is dus geen valabel argument tegen vertegenwoordiging, omdat vertegenwoordiging evengoed de toerekening *als eigen* van rechtshandelingen van natuurlijke personen aan de rechtspersoon kan verklaren. Er kan in een moderne visie geen verschil *qua toerekeningsmechanisme* mee worden bewezen indien in beide gevallen een rechtshandeling aan een ander rechtssubject wordt toegerekend en *rechtens* als zijn handeling heeft te gelden.

184. Hiervan is natuurlijk de vraag te onderscheiden naar de *rechtsgrond* waarop de werking van het vertegenwoordigingsmechanisme in de relatie tussen rechtspersoon en zijn bestuursorganen steunt. Het argument uit de aard van de rechtspersoon heeft misschien meer kans op slagen als het niet tegen vertegenwoordiging, maar tegen lastgeving is gericht. De aard van de rechtspersoon maakt het misschien onmogelijk dat bestuurders een *conventionele* vertegenwoordigingsopdracht hebben.⁶⁸⁵ Gelet op de historische verwarring tussen vertegenwoordiging en lastgeving, is de argumentatie op dit punt niet altijd duidelijk onderscheiden. Maar aangaande het vertegenwoordigingsmechanisme zelf, valt uit de aard van de rechtspersoon geen fundamenteel bezwaar af te leiden. In wezen is het argument op dit vlak een restant van de vroege realiteitsleer.⁶⁸⁶

⁶⁸³ Zie bijvoorbeeld de redenering bij: C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e uitgave, II dln., Brussel, Swinnen, 1982, II, 83.

⁶⁸⁴ Vergelijk: N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, 223.

⁶⁸⁵ Zie *infra* p. 247 e.v.

⁶⁸⁶ Eigenlijk zag MICHOU al in dat vertegenwoordiging als toerekeningsmechanisme bij organiek optreden minstens bij privaatrechtelijke rechtspersonen niet conceptueel onmogelijk is: L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 132-133. Zijn argument zou dan eerder tegen lastgeving moeten gericht zijn. Maar in de daaropvolgende passages lijkt hij dit uit het oog te verliezen.

4. BESLUIT VAN HOOFDSTUK 1

185. Wat ook de verdere eigenheid van “organiek” optreden van het bestuursorgaan mag zijn, de orgaantheorie slaagt er niet in aan te geven waarom “incarnatie” bij toerekening van rechtshandelingen niet gewoon een geval van vertegenwoordiging zou zijn. De kleurrijke beeldspraak mag ons vandaag niet meer verblinden. De eigen aard van de rechtspersoon is absoluut niet met vertegenwoordiging in strijd.

RONSE slaat dan ook de spijker op de kop wanneer hij zegt dat men de zaken nodeloos compliceert door te proberen een tegenstelling te ontdekken tussen het begrip orgaan en het begrip vertegenwoordiger.⁶⁸⁷ FORIERS en SIMONT komen tot een gelijkaardig besluit.⁶⁸⁸ In Nederland noemde LÖWENSTEYN een halve eeuw geleden de orgaantheorie op dit punt al niet meer dan een wat meer kleurrijke⁶⁸⁹ of meer omslachtige⁶⁹⁰ omschrijving van een geval van vertegenwoordiging.⁶⁹¹ In Frankrijk zag ROUAST in dat “*la différence entre le représentant et l’organe est plus dans les mots que dans les faits*”.⁶⁹² DEMOGUE noemde het onderscheid tussen orgaan en vertegenwoordiger weliswaar bewijs van een “*vue ingénieuse*” maar besloot meteen dat het niet veel toevoegt voor wat betreft de totstandkoming van rechtshandelingen: “*l’organe s’y comporte comme un simple représentant*”.⁶⁹³ En in een recent Frans proefschrift luidt het besluit terecht dat het onmogelijk is “*de faire en la matière l’économie du recours au concept de représentation*”.⁶⁹⁴

Ontdaan van de aparte terminologie, is er wat de kern van het toerekeningsmechanisme voor rechtshandelingen betreft, geen enkel verschil aan te geven tussen het geval waarin organiek optreden *vertegenwoordiging* wordt genoemd, en het geval waarin dit *incarnatie* moet heten. Steeds wordt een rechtshandeling bij haar ontstaan onmiddellijk en rechtstreeks toegerekend, niet aan het rechtssubject dat materieel heeft gehandeld, maar aan een ander rechtssubject. Dit is wat het privaatrecht vertegenwoordiging noemt, en de orgaantheorie slaagt er niet in

⁶⁸⁷ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 362. Zie ook: J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 152 (voetnoot 1). Maar noteer dat bij RONSE soms de idee dat het minstens om een “rechtstreekser” vorm van vertegenwoordiging zou gaan, niet afwezig is: J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 153 en 159; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 362-363.

⁶⁸⁸ P.A. FORIERS en L. SIMONT, “Observations sur un revirement de jurisprudence: représentation et responsabilité aquilienne des organes et mandataires de société”, 421.

⁶⁸⁹ F. LÖWENSTEYN, *Over het rechtmatig en onrechtmatig “handelen” van de naamloze vennootschap*, 4.

⁶⁹⁰ F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 82.

⁶⁹¹ Zie ook: F. LÖWENSTEYN, “Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap”, 721. Zie reeds: I. VAN CREVELD, *Aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor onrechtmatige daden volgens privaatrecht*, 115-118.

⁶⁹² Geciteerd bij: P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 312.

⁶⁹³ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, 180.

⁶⁹⁴ J.-C. PAGNUCCO, *L’action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, 132.

aan te geven wat het organieke incarnatiemechanisme hieraan toevoegt.⁶⁹⁵ Eigenlijk was op dit punt het pleit beslecht op het ogenblik dat de klassieke realiteitsleer plaats maakte voor de modernere juridisch-technische variant. Als volgens de moderne orgaantheorie het handelen van organen *geacht* wordt dat van de rechtspersoon te zijn⁶⁹⁶ of *rechtens* te gelden heeft als dat van de rechtspersoon zelf⁶⁹⁷, dan is er qua toerekeningsmechanisme geen verschil meer met vertegenwoordiging. Het recht rekent een rechtshandeling toe aan een ander alsof die zelf heeft gehandeld. In een rechtsopvatting die geen geloof meer hecht aan de klassiek-realistische retoriek, ontkomt niemand eraan dit vroeg of laat te erkennen.⁶⁹⁸ Overigens lijkt, op de weerkerende lippendienst na⁶⁹⁹, het pleit onderliggend al lang beslecht.⁷⁰⁰ Vertegenwoordiging is alomtegenwoordiging bij de bespreking van organiek optreden. De orgaantheorie zou – onafgezien van al dan niet andere merites – zichzelf alvast een dienst bewijzen door niet meer te ontkennen dat zij gebruik maakt van het juridische toerekeningsmechanisme dat vertegenwoordiging heet.

186. Nu werd vastgesteld dat waar het optreden van bestuurders tot toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersoon leidt, dit via het vertegenwoordigingsmechanisme verloopt, is meteen een eerste punt in het voordeel van lastgeving gescoord. Dit wordt in het volgende hoofdstuk verder uitgediept.

⁶⁹⁵ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 396: “Dit rechtsgevolg van de organieke vertegenwoordiging bij rechtshandelingen is hetzelfde als van de lastgeving (art. 1998 B.W.) en van de andere figuren van vertegenwoordiging”. In dezelfde zin: P.A. FORIERS en L. SIMONT, “Observations sur un revirement de jurisprudence: représentation et responsabilité aquilienne des organes et mandataires de société”, 421.

⁶⁹⁶ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 148.

⁶⁹⁷ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 361. Zie ook: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 37.

⁶⁹⁸ Zie met name: V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 723.

⁶⁹⁹ Die, zoals toegelicht, verplicht de vraag hier uitdrukkelijk te behandelen.

⁷⁰⁰ Zie ook: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 760.

HOOFDSTUK 2

LASTGEVING: DE LOGISCHE WEG

1. INLEIDING: VAN VERTEGENWOORDIGING NAAR LASTGEVING

187. De uitdaging van de orgaantheorie aan het adres van lastgeving is frontaal:

“[La théorie de l’organe] trouve son origine dans les tentatives (...) d’expliquer le fonctionnement des personnes morales autrement que par les principes du mandat”.⁷⁰¹

Nu werd vastgesteld dat de orgaantheorie er alvast niet in is geslaagd *vertegenwoordiging* uit het hart van de rechtspersoonlijke toerekeningsstructuur te bannen, is de volgende vraag evident. Waarom zou die vertegenwoordiging niet op lastgeving zijn gesteund? Waarom zou gebruik van het vertegenwoordigingsmechanisme om toerekening van rechtshandelingen aan rechtspersonen mogelijk te maken, niet zijn juridische grondslag vinden in het feit dat bevoegdheid hiertoe bij als lastgeving te kwalificeren overeenkomst aan de bestuurders werd verleend? Is dit niet de meest logische weg?

Sommige standpunten over de rol van lastgeving als grondslag voor bestuursoptreden lijken wat voorbij te gaan aan de olifant in de kamer. Lastgeving kan in een vandaag gangbare opvatting eventueel inspiratiebron zijn voor een aantal niet-geregelde problemen in de interne relatie tussen bestuurder en rechtspersoon, maar de externe relatie zou van een heel andere – organieke – orde zijn.⁷⁰² De woorden van RONSE in dat verband zijn welbekend:

“Het enige passende element van de kwalificatie als lastgeving – dat wellicht de beslissende reden was om haar te kiezen, – is de regeling van de aansprakelijkheid van de beheerders of zaakvoerders jegens de rechtspersoon”.⁷⁰³

⁷⁰¹ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 695.

⁷⁰² L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, IV, 146; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 360; J. VAN RYN, *Principes*, I, 259 en 262.

⁷⁰³ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 344 (zie ook p. 360: ten aanzien van derden zijn het organen, geen lasthebbers).

Vertegenwoordiging is de olifant in deze kamer. Vertegenwoordiging heeft zich ontwikkeld tot hét essentiële kenmerk van de overeenkomst van lastgeving.⁷⁰⁴ Net dit element zit de rechtspersoon als gegoten. De rechtspersoon heeft vertegenwoordiging nodig, en lastgeving is de vertegenwoordigingsfiguur bij uitstek. Waarom werd, zoals verder blijkt, vanuit historisch perspectief spontaan naar lastgeving gegrepen om het externe optreden van vennootschappen – en dus uiteindelijk van rechtspersonen – vorm te geven?⁷⁰⁵ Niet omdat de contractuele aansprakelijkheidsregeling voor de lastgevingsovereenkomst zo bijzonder was. Wel omdat net lastgeving vertegenwoordiging toeliet. De mogelijkheid om een activiteit te organiseren door de rechten en verbintenissen die ze genereert te centraliseren en te structureren via één centraal toerekeningspunt, dat van de optredende individuen wordt onderscheiden, is de functionele motor van de ontwikkeling van het rechtspersoonlijkheidsidee. De rechtsdogmatische vertaling hiervan – de juridische inval – is de rechtssubjectiviteit van dit toerekeningspunt. Vertegenwoordiging is *exact* wat deze constructie nodig heeft om haar te vervolledigen: onmiddellijke en rechtstreekse toerekening van rechtshandelingen – de primaire rechtsinstrumenten om die activiteit vorm te geven – aan het rechtssubjectief toerekeningspunt.⁷⁰⁶ Lastgeving is *nu net* de gemeenrechtelijke vertegenwoordigingsovereenkomst. Dit vertegenwoordigingsluik maakt haar *nu net* tot een “*contrat à double entente*”⁷⁰⁷, met een intern en een extern gelaat.⁷⁰⁸ Het is dan toch merkwaardig als “*enig passend element*” de interne aansprakelijkheid te noemen en de externe relatie waar vertegenwoordiging nu net die onmisbare rol speelt, hiervan totaal te scheiden.

188. Welke ook de verdere bezwaren tegen lastgeving zijn, men kan niet voorbij aan vertegenwoordiging als olifant in de kamer. Opnieuw wijst Ockham's scheermes⁷⁰⁹ de weg. Theoretische categorieën mogen nietodeloos worden vermenigvuldigd. De aanwezigheid van vertegenwoordiging is een belangrijke wegwijzer richting lastgeving. In dit hoofdstuk wordt verdedigd dat deze weg er *prima facie* helemaal niet zo moeilijk begaanbaar uitziet. Dit standpunt wordt eerst bondig inhoudelijk (*infra* 2) en vervolgens meer uitgebreid historisch geduid (*infra* 3). Tot slot wordt aangetoond dat artikel 61 W.Venn. (en zijn voorloper art. 13 Venn.W.) op die weg geen wettelijke slagboom neerlaat (*infra* 4).

⁷⁰⁴ Zelfs met iets té veel enthousiasme: zie *supra* p. 75 e.v.

⁷⁰⁵ Zie *infra* p. 194 e.v.

⁷⁰⁶ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 341: “rechtspersoonlijkheid en vertegenwoordiging zijn onafscheidbaar verbonden”.

⁷⁰⁷ P. WÉRY, *Le mandat*, 63.

⁷⁰⁸ R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 792.

⁷⁰⁹ Zie *supra* voetnoot 288.

2. BESTUUR ALS LASTGEVING: *PRIMA FACIE* STERK COMPATIBEL

189. Het opzet van dit punt is beperkt. Het is uiteraard niet de bedoeling een overzicht te geven van het positieve recht inzake bestuur van organisaties met rechtspersoonlijkheid. TILLEMANS heeft die taak ondernomen en eruit afgeleid dat er een vrij grote compatibiliteit is tussen lastgevingsregels en de grote lijnen van de bestuursregeling (in vennootschappen).⁷¹⁰ Hier wordt enkel kort geïllustreerd hoe sterk de kwalificatie van het bestuursmandaat als lastgeving in een eerste lezing overkomt. De voornaamste uitdagingen voor die kwalificatie komen in een volgend hoofdstuk aan bod.⁷¹¹

190. Lastgeving is de overeenkomst waarbij een rechtssubject door een ander met een vertegenwoordigingsopdracht wordt belast. Dat tussen rechtspersoon en bestuurder een overeenkomst tot stand komt, staat *prima facie* buiten kijf.⁷¹² Uit die overeenkomst putten partijen over en weer contractuele rechten en verbintenissen. Zij zijn voor de nakoming hiervan ten aanzien van elkaar contractueel aansprakelijk. Met die overeenkomst krijgt de bestuurder van de rechtspersoon een opdracht toebedeeld: hij moet de zaken van de rechtspersoon besturen met het oog op de verwezenlijking van diens doel.⁷¹³ Die opdracht maakt bestuurders vertegenwoordigingsbevoegd. In de uitvoering ervan kunnen zij de rechtspersoon vertegenwoordigen.⁷¹⁴ De vertegenwoordigingsbevoegdheid strekt zich als algemene regel niet verder uit dan wat hierover contractueel bepaald is.⁷¹⁵ De rechtshandelingen die in uitvoering van de bestuursopdracht tot stand komen, worden aan de rechtspersoon als eigen toegerekend. Dit gebeurt via het toerekeningsstramien van volmaakte vertegenwoordiging. De rechtshandeling ontstaat onmiddellijk en rechtstreeks bij de rechtspersoon en niet bij de bestuurder(s).⁷¹⁶

⁷¹⁰ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 806 p. (zie in het bijzonder p. 7-16). Zie ook: B. TILLEMANS, *Lastgeving*, 363-374.

⁷¹¹ Zie *infra* p. 241 e.v.

⁷¹² Zie voor vennootschappen de art. 1, 3 § 1, 33, 36 1°, 50, 51, 61 § 1, 256, 378, 518, 524bis, 525 W.Venn. Op de conventionele grondslag van de bestuursopdracht, met verwijzing naar de discussies in de rechtsleer, wordt dieper ingegaan *infra* p. 247 e.v.

⁷¹³ Zie voor vennootschappen de art. 33, 36 1°, 61 § 1, 255, 257, 262, 380, 408, 517, 522, 524bis, 525, 527 W.

⁷¹⁴ Zie voor vennootschappen de art. 33, 36 1°, 37, 50, 51, 61 § 1, 62, 204, 257, 258, 407, 522, 524bis, 525, 526 W.Venn. Op het vertegenwoordigingsgehalte van de opdracht wordt dieper ingegaan *infra* p. 242 e.v.

⁷¹⁵ Met inbegrip van het vennootschapscontract (statuten). Zie voor vennootschappen art. 61 § 1 W.Venn. en in wezen nog steeds art. 50 en 51 W.Venn. (voorheen art. 1866 en 1862 B.W. en als zodanig gemeen recht voor alle vennootschappen; zie ook *infra* voetnoot 851). Op het prokuraatregime wordt dieper ingegaan *infra* p. 281 e.v.

⁷¹⁶ Art. 61 § 1 W.Venn. Vertegenwoordiging volstaat – samen met de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van de vertegenwoordigde – om te verklaren waarom aldus toegerekende rechtshandelingen niet beïnvloed worden door daaropvolgende wisseling van bestuurders. In tegenstel-

Logischerwijze rust ook de contractuele aansprakelijkheid voor wanprestatie in de uitvoeringsfase enkel op de rechtspersoon-schuldenaar.⁷¹⁷ Belangrijk voor de lastgevingskwalificatie is verder dat bestuurders niet enkel de bevoegdheid, maar ook de plicht hebben tot het verrichten van de handelingen waartoe zij opdracht kregen.⁷¹⁸ Zij verbinden zich er individueel toe de opdracht uit te voeren en moeten hiervan net zoals de lasthebber rekenschap afleggen.⁷¹⁹ Zij zijn voor de niet-uitvoering aansprakelijk.⁷²⁰ De vennootschap beschikt hiervoor over de *actio mandati*.⁷²¹

Het is gelet op die sterke overeenstemming dan ook niet verwonderlijk dat de wet zelf sinds jaar en dag uitdrukkelijk de termen “lasthebber” en “mandaat” in de mond neemt.⁷²² Ook in rechtspraak en rechtsleer wordt lastgeving voortdu-

ling tot wat soms gebeurt (B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 487), is hiertoe absoluut niet nodig het orgaan te abstraheren als entiteit los van de leden. Het volstaat individuele bestuurders als vertegenwoordigers te beschouwen.

⁷¹⁷ De oplossing is dus dezelfde als bij lastgeving (M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 232; P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 262), net zoals trouwens bij andere soorten “hulppersonen” (H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 114). QUIÉVY verbindt ze uitdrukkelijk met de orgaantheorie (J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 258 e.v.). Maar het betoog van deze auteur laat enigszins perplex. Hij vertolkt met passie de stelling dat het er bij contractuele aansprakelijkheid niet om gaat de fout van een ander (de uitvoeringsagent) aan de schuldenaar toe te rekenen, maar wel de schending van de contractuele verbintenis in hoofde van de schuldenaar zelf vast te stellen (zie ook *supra* p. 108 e.v.). Merkwaardig genoeg lijkt QUIÉVY van oordeel dat dit principe *dat voor elke schuldenaar geldt*, of die nu natuurlijke persoon dan wel rechtspersoon is, bij rechtspersonen de radicaal eigen aard van organieke incarnatie illustreert. De rechtspersoon is immers voor het optreden van zijn bestuurders contractueel aansprakelijk, niet als voor anderen fout, maar voor zijn eigen contractuele fout. Deze auteur gaat hier totaal voorbij aan de dubbele vaststelling dat dit *volgens de algemene principes die hij zelf uiteenzet* evengoed opgaat (i) indien de contractuele tekortkoming het gevolg is van het optreden van niet-bestuurders (werknemers, zelfstandige uitvoeringsagenten, enzovoort); en (ii) voor elke natuurlijke persoon die uitvoeringsagenten inschakelt. Het argument zou dus tot de conclusie leiden dat elke schuldenaar, ook de natuurlijke persoon, zich *incarneert* in zijn uitvoeringsagenten, wat zeker niet de bedoeling is van deze auteur.

⁷¹⁸ Voor lastgeving in het algemeen: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 451. Uitdrukkelijk toegepast op bestuurders: F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 94.

⁷¹⁹ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 448 en 451.

⁷²⁰ Zie voor vennootschappen de art. 262, 380, 408, 527 W.Venn.

⁷²¹ J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 151; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 457; J. VAN RYN, *Principes*, I, 396.

⁷²² In het B.W. van 1804: art. 1856. In het W.Kh. van 1807: art. 31, 32. In de Vennootschappenwet van 1873 van 1873: art. 43, 44, 45, 46, 52, 53, 86 en 127. In de Venn.W. zoals die bestond aan de vooravond van de codificatie met het Wetboek van Vennootschappen (na coördinatie met het K.B. van 30 november 1935 en opeenvolgende wijzigingen): art. 53, 55 (enkel in de Franse tekst), 56 (enkel in de Franse tekst), 62 (enkel in de Franse tekst), 63, 129, 143, 145 (enkel in de Franse tekst). In het W.Venn.: art. 262, 355, 380, 408, 517, 519, 527 (telkens enkel in de Franse tekst) en art. 33. Op de weglating van de meest uitdrukkelijke verwijzing naar bestuurders als lasthebbers met het Wetboek van Vennootschappen wordt verder dieper ingegaan (*infra* p. 237 e.v.).

rend genoemd en gebruikt, zowel als algemene kwalificatie, als om concrete aspecten van het bestuursregime vorm te geven.⁷²³

191. Die structurele en diepgewortelde compatibiliteit wordt niet beïnvloed door het feit dat – meestal afhankelijk van de rechtspersoonsvorm – het algemene beeld op specifieke wijze wordt ingevuld. Lastgeving is een overeenkomst die door partijen in belangrijke mate vrij kan worden ingevuld en waarvan de wettelijke regeling grotendeels suppletief is. Ook buiten rechtspersoonlijk verband kunnen twee lastgevingsovereenkomsten op nogal drastische wijze van elkaar verschillen, zonder dat dit hun onderliggende kwalificatie als lastgeving in de weg staat.

192. Zo wordt de contractuele verhouding tussen rechtspersoon en bestuurder vaak in belangrijke mate geregeld in de statuten en niet in een individuele bestuursovereenkomst. Het vennootschapscontract vertoont, behalve voor de oprichters, ongetwijfeld kenmerken van een toetredingsovereenkomst. Maar dit verhindert de contractuele kwalificatie van de daarin vervatte opdracht niet.⁷²⁴ Het is het geval voor heel wat contractuele relaties.

193. Het feit dat de opdracht samen met anderen *kan* en in sommige rechtspersoonsvormen *moet* worden uitgevoerd – bijvoorbeeld gezamenlijk of als college – is evenmin een probleem. Ook voor lastgeving geldt dat partijen dit naar goeddunken kunnen moduleren. Meerhoofdige lastgeving voor dezelfde zaak is geen onbekende.⁷²⁵ Suppletief is bij pluraliteit van lasthebbers elke lasthebber individueel bevoegd voor de hele zaak, maar hiervan kan contractueel worden afgewe-

⁷²³ Cass. 17 juni 1864, *Pas.* 1865, I, 37; Cass. 5 april 1921, *Pas.* 1921, I, 302; Cass. 7 september 1950, *Pas.* 1950, I, 846; Cass. 23 september 1996, *T.R.V.* 1998, 96, noot G. VAN LIMBERGHEN; Cass. 16 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 303, *T.B.H.* 2002, 698, noot C. GEYS, *R.W.* 2002-03, 340, *R.P.S.* 2001, 348 (voor de veelzeggende dubbelzinnigheid). H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 465-466; H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 8-9; L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, IV, 148 en V, 593 e.v.; J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 69; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 305, 325, 534 e.v. en 581-582; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, 83 e.v.; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 448 (aansprakelijkheid); B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 7-16 (en verder doorheen het hele werk); B. TILLEMANN, *Lastgeving*, 363-374; J. VAN RYN, *Principes*, I, 262 en 386 e.v.; J. VAN RYN en X. DIEUX, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers”, 401; P. WÉRY, *Le mandat*, 120-121. Deze voetnoot heeft niet de ambitie exhaustief te zijn. Ze zou dan meerdere pagina’s beslaan. Zo goed als elk werk over vennootschappen bevat over het bestuursregime talloze verwijzingen naar lastgeving en toepassingen van lastgevingsprincipes. Hoe ouder het werk, hoe explicieter. In het volgende punt wordt dit uitgebreid historisch toegelicht (*infra* p. 194). Ook de inhoudelijke discussies komen verder meer gedetailleerd aan bod. Het punt hier is slechts illustratief.

⁷²⁴ F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 87. In dezelfde zin: J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 226.

⁷²⁵ P. WÉRY, *Le mandat*, 200. Zie reeds: R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, III, 122 (*Traité du contrat de mandat*, nr. 36).

ken.⁷²⁶ Gezamenlijke bevoegdheid en zelfs collegialiteit kan dan contractueel worden gecreëerd.⁷²⁷ De fundamentele regel bij vennootschapsbestuur loopt hieraan in wezen gelijk.⁷²⁸ Ook in collegiaal bestuursverband blijft de individuele bestuurder zijn bevoegdheid uit zijn individuele opdracht putten en is hij hier behoudens andersluidend beding individueel aansprakelijk voor.⁷²⁹

194. De graad van autonomie van het bestuur – waaronder regels in verband met bevoegdheidsomschrijving, toezicht, en afzetbaarheid – verschilt eveneens van rechtspersoonsvorm tot rechtspersoonsvorm en binnen sommige rechtspersoonsvormen van de ene rechtspersoon tot de andere in functie van de statutaire regeling.⁷³⁰ De lastgevingsregels zijn op dit punt echter suppletief. Lasthebber en lastgever omschrijven vrij bevoegdheidsomvang⁷³¹ en opzegmogelijkheden.⁷³² Ook het principe dat de lastgever in de uitvoering mag tussenkomen – sterk verbonden met de *ad nutum*regel – is suppletief. Het is contractueel mogelijk inmeniging te beperken of uit te sluiten. Net in vennootschappen wordt dit principe sinds jaar en dag als basisregel voor de eenvoudigste vennootschapsvormen toegepast. Als een vennoot of zelfs een derde in het vennootschapscontract het bestuur kreeg toegekend, dan kunnen de overige vennoten behoudens andersluidend beding hier niet in tussenkomen (art. 33, eerste lid W.Venn.) “*car ils sont aussi liés par le mandat qu’ils ont donné*”.⁷³³

De jarenlange strijd voor bestuursautonomie in de NV lijkt hier wat verwar- ring te zaaien. De indruk wordt dan gewekt dat de “zelfstandige” bevoegdheid die de raad van bestuur sinds de wet van 6 maart 1973 ten aanzien van de algemene vergadering heeft (huidig art. 522 § 1 W.Venn.), en de standpunten die op grond

⁷²⁶ P. WÉRY, *Le mandat*, 200.

⁷²⁷ Zie voor een illustratie: F. LAURENT, *Principes*, XXVII, 525 (nr. 472). Zeer uitdrukkelijk toe- gepast op bestuurders: F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 92-93; F. LÖWENSTEYN, “Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap”, 721. In deze laatste bijdrage werkt de auteur het voorbeeld van een “collegiale volmacht” door een natuurlijke persoon aan anderen gegeven nader uit. Hij merkt terecht op dat dit in de praktijk bij natuurlijke personen misschien zelden voorkomt, maar dat dit van de techniek nog geen rechtspersoonlijk mechanisme *sui generis* maakt.

⁷²⁸ Art. 34-35 W.Venn.; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 479. Zie ook: F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 319-320.

⁷²⁹ M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 215; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 448.

⁷³⁰ Het meest treffende voorbeeld is de VOF, waar het bestuur zowel zeer autonoom als zeer afhankelijk kan zijn, in functie van de concrete statutaire regeling. Zie *infra* p. 215 en p. 257.

⁷³¹ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 390; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, 142; P. WÉRY, *Le mandat*, 89. Lastgeving kan *alle zaken* van de lastgever betreffen (art. 1987 B.W.).

⁷³² Zij beschikken daarbij over het hele spectrum tussen *ad nutum* afzetbaarheid (art. 2004 B.W.) aan de ene kant en onherroepelijkheid aan de andere. H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 463; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, 312; P. WÉRY, *Le mandat*, 275. De principiële onafzetbaarheid van de statutaire zaakvoerder in sommige vennootschapsvormen, wordt daarbij stevast als voor- beeld gegeven van de mogelijkheid het mandaat zelfs “onherroepelijk” te maken.

⁷³³ F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 320. Zie ook: H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 96-97 (“*le mandat conféré doit être respecté*”).

daarvan tegen tussenkomst van de algemene vergadering in het bestuur worden ingenomen, een afwijking van klassieke lastgevingsprincipes vormt.⁷³⁴ Men verliest uit het oog dat de primordiale rol van de algemene vergadering in de NV specifiek werd afgeleid uit een uitdrukkelijke wetsbepaling, niet uit een onverkorte toepassing van het gemeen lastgevingsrecht.⁷³⁵ De zaakvoerder van een VOF kon *altijd al* statutair zeer zelfstandig worden gemaakt, zelfstandiger zelfs dan de raad van bestuur van de NV nu. Wat telt voor het breedbeeldperspectief dat hier aan de orde is, is dat al deze verschijningsvormen passen in het spectrum van wat gemeenrechtelijk binnen lastgeving kan worden gerealiseerd.

195. Onder de oppervlakte sluimert er in verband met de autonomie van het bestuur soms ook nog een andere vorm van begripsverwarring. Het argument luidt dan dat het bestuur geen “gedelegeerde” maar wel “eigen” bevoegdheden uitoefent.⁷³⁶ Naar de letter genomen, zou dit niet enkel lastgeving, maar zelfs vertegenwoordiging meer algemeen uitsluiten. Als een rechtssubject andermans rechtsfeer beïnvloedt, niet op grond van een van de vermogenstitularis’ rechten afgesplitste en aan die rechtsuitoefening deelhebbende bevoegdheid, maar op grond van een eigen recht, is van vertegenwoordiging geen sprake meer.⁷³⁷ Nochtans is *in casu* duidelijk dat bestuurders de rechten van de rechtspersoon in beweging brengen. De kern van hun opdracht, van de verbintenissen die zij jegens de rechtspersoon opnemen, bestaat er nu net in diens zaken te besturen in *zijn* belang en met het oog op *zijn* maatschappelijke doel. Hiertoe krijgen bestuurders een van *zijn* rechten afgesplitste bevoegdheid om zijn rechtssfeer te beïnvloeden, terwijl de rechten zelf onmiskenbaar aan de rechtspersoon blijven toebehoren. Hoe zelfstandig bestuurders bij deze bevoegdheidsuitoefening in sommige gevallen ook zijn *ten aanzien van andere actoren* (bijvoorbeeld de aandeelhouders), dit betekent niet dat zij “eigen” bevoegdheden hebben *ten aanzien van de rechtspersoon*.

Bestuursbevoegdheid is, zoals VAN GERVEN in 1962 al perfect aangaf, conceptueel steeds gedelegeerde bevoegdheid. De bevoegdheid van het bestuur is “*een aan de eigen bevoegdheid van zijn opdrachtgever deelhebbende en in haar wortelende bevoegdheid en dus geen eigen, zelfstandige bevoegdheid van de opdrachthou-*

⁷³⁴ Zie bijvoorbeeld bij H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 337 e.v.; P. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 290; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 343; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 5-6 en 533.

⁷³⁵ Namelijk art. 531 W.Venn. (voorheen art. 70 Venn.W.).

⁷³⁶ Dit argument is, in zuivere vorm, vooral in Frankrijk populair: P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 315; G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 105; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 211 e.v.

⁷³⁷ Deze terminologie gaat terug up: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 195.

der. Het is een gedelegeerde bevoegdheid in de echte zin van het woord”.⁷³⁸ Ook de uitspraken over “eigen bevoegdheden” kunnen, als puntje bij paaltje komt, enkel verwijzen naar het feit dat het bestuur in meer geregelde vennootschapsvormen waar een algemene vergadering aanwezig is (in het bijzonder in de NV) geen *van de algemene vergadering* afgesplitste bevoegdheid heeft, met als achterliggende gedachte meestal een pleidooi tegen tussenkomst van de algemene vergadering in het bestuur. Maar dit verhindert natuurlijk niet dat het bestuur een *van de rechtspersoon* afgesplitste bevoegdheid heeft, die wel degelijk als gedelegeerde (en dus in het belang van de rechtspersoon uit te oefenen) bevoegdheid is te kwalificeren.

196. Het volgende hoofdstuk komt terug op de voornaamste uitdagingen voor deze *prima facie* compatibiliteit van lastgeving als grondslag voor de bestuursopdracht: een belangrijk luik niet-vertegenwoordigingshandelingen binnen de opdracht⁷³⁹, het wettelijk ingrijpen op de opdracht⁷⁴⁰, de bijzondere derdenwerking rond begin en einde van de opdracht die uit het publiciteitsregime voortvloeit⁷⁴¹, en de soms bijzondere derdenwerking van de grenzen van de opdracht in het kader van de prokureregeling.⁷⁴² Nu wordt eerst de vaststelling van *prima facie* compatibiliteit historisch onderbouwd.

3. LASTGEVING: HISTORISCHE MOTOR VOOR ONTWIKKELING VAN TOEREKENING AAN DE RECHTSPERSOON

3.1. INLEIDING

197. De orgaantheorie stelt vertegenwoordiging en lastgeving graag voor als vreemde lichamen die door een onbegrijpend klassiek privaatrecht kunstmatig op het opkomende rechtspersoonlijke fenomeen werden getransplanteerd, met miskenning van zijn eigen juridische logica.⁷⁴³ Hier zal blijken dat dit standpunt als historische uitspraak verkeerd is. Vertegenwoordiging via lastgeving is vanuit his-

⁷³⁸ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 125 (en voor het volledige plaatje, in samenlezing met p. 122 en p. 126-127). Zie ook: J. GUYÉNOT, *La responsabilité des personnes morales publiques et privées*, Parijs, L.G.D.J., 1959, 106-107.

⁷³⁹ Zie *infra* p. 242 e.v.

⁷⁴⁰ Zie *infra* p. 247 e.v.

⁷⁴¹ Zie *infra* p. 262 e.v.

⁷⁴² Zie *infra* p. 281 e.v.

⁷⁴³ Dit is de onderstroom in het werk van GIERKE. Voor Duitsland kwam daar bij deze auteur specifiek het verwijt bij dat het ging om kunstmatige transplantatie van Romanistische ideeën, met miskenning van de diepgewortelde Germaanse rechtstraditie (zie *supra* voetnoot 95). Zie ook: V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 715-716; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 695. Vergelijk (maar vanuit ander perspectief): J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 775.

torisch oogpunt net de juridische motor voor de ontwikkeling van het externe leven van vennootschappen en hielp zo mee rechtspersoonlijkheid conceptualiseren.

198. De klassieke visie op het rechtspersoonlijke optreden die in ons privaatrecht tot op vandaag doorwerkt, kreeg vooral vorm in de 19e eeuw. Met het Burgerlijk Wetboek van 1804 en het Wetboek van Koophandel van 1807 als basis, was de 19e eeuw getuige van een bijzonder interessante juridisch integratie- en stoomlijningsproces, met private (handels)vennootschappen als economische motor. Dit proces bestond erin dat toerekening vrij uniform werd vormgegeven volgens het stramien van vertegenwoordiging gebaseerd op lastgeving. Deze juridische integratie is de logische voortzetting van een evolutie die al veel langer aan de gang was, en waarbij vertegenwoordiging en lastgeving (zij het in hun meer archaïsche verschijningsvormen) al zeer vroeg in het hart van de vennootschappelijke toerekeningsstructuur werden gesloten, en zo zelfs mee vormgaven aan de ontwikkeling van het rechtspersoonlijkheidsconcept zelf. Dit verhaal wordt hier gedaan.

De klemtoon ligt daarbij onvermijdelijk op het vennootschapsrecht. In onze tijd kunnen heel wat private menselijke organisatievormen rechtspersoonlijkheid ambiëren. Aan de andere kant van het historische spectrum, valt er een fascinerend verhaal te vertellen over hoe vooral publieke en semi-publieke organisaties al vroeg in onze rechtsontwikkeling vormen van rechtspersoonlijkheid kenden.⁷⁴⁴ Maar de 19e eeuw was de periode bij uitstek waarin de private menselijke organisatie zijn intrede deed in ons modern privaatrecht⁷⁴⁵, en dit gebeurde bijna volledig via het vennootschapsrecht. Hiermee begon zeer voorzichtig de juridische vertaling van een evolutie die al een stuk langer aan de gang was, en waarbij vanaf de 18e eeuw vooral de handelsvennootschappen een voortrekkersrol speelden.⁷⁴⁶ De 18e eeuw en het begin van de 19e eeuw waren het toneel van ongemeen interessante ontwikkelingen op het vlak van private handelsvennootschappen. De tijd van de middeleeuwse corporaties en quasi-publieke koloniale maatschappijen liep op zijn einde.⁷⁴⁷ Private handelsvennootschappen, en dan vooral de ontlui-kende kapitaalsvennootschappen, ontpopten zich stilaan niet enkel tot economische locomotief van de op til zijnde kapitalistische revolutie, maar werden ook de

⁷⁴⁴ Dit verhaal wordt hier niet gedaan. Zie voor illustraties onder meer: N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, 3-4; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 261 e.v.; R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, 6e uitgave, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1994, 26; H. HANSMANN, R. KRAAKMAN en R. SQUIRE, "Law and the rise of the firm", *Harvard Law Review* 2006, 1360; M. KASER, *Romeins privaatrecht*, vertaald uit het Duits door F.B.J. WUBBE, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1974, 91; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Parijs, PUF, 1996, 88.

⁷⁴⁵ H. COING, *Europäischer Privatrecht*, II, 95 en 145.

⁷⁴⁶ Zie hierover: H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 523 e.v. en II, 95 e.v.; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 189 e.v.; B. SUPPLE, "The nature of enterprise", 436 e.v.

⁷⁴⁷ B. SUPPLE, "The nature of enterprise", 439.

motor voor de verdere juridische ontwikkeling van de private menselijke organisatie met rechtspersoonlijkheid zoals wij die vandaag kennen.⁷⁴⁸ Zij waren laboratoria waarin driftig werd geëxperimenteerd met de meest uiteenlopende organisatiestructuren.⁷⁴⁹ De ontwikkelingen werden lange tijd volledig door de praktijk gestuurd, ingegeven door pragmatische overwegingen, zonder al te veel aandacht voor vragen van juridische techniek. De grote juridische geesten van die tijd leken deze (r)evolutie zelfs amper op te merken.⁷⁵⁰ De juridische aandacht kwam vooral onder de vorm van periodieke (politieke) tegenreacties die hun vertaling vonden in restrictieve wetgeving waaruit een groot wantrouwen tegenover rechtspersoonlijkheid bleek.⁷⁵¹ De praktijkgestuurde ontwikkeling ging echter onverdroten voort⁷⁵² en kreeg uiteindelijk vanaf midden 19e eeuw een juridische

⁷⁴⁸ “These business units, and not the old chartered bodies of the sixteenth and seventeenth centuries, are thus the direct progenitors of the business corporation of today (...)”: S. LIVERMORE, “Unlimited liability in early American corporations”, *Journal of Political Economy* 1935, 675 (voetnoot 2). Gelijkaardig: J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 202-203. Zie ook: H. COING, *Europäischer Privatrecht*, II, 95; B. SUPPLE, “The nature of enterprise”, 443; J.-L. THIRIAU, “Un code traditionaliste pour un droit nouveau” in P. LE CANNU (ed.), *D’un Code à l’autre: le droit commercial en mouvement*, Parijs, L.G.D.J., 2008, 33-34.

⁷⁴⁹ Wat onze contreien betreft, volstaat het chronologisch de werken van H. LEVY-BRUHL en A. LEFEBVRE-TEILLARD te consulteren om een idee te krijgen van de grote inventiviteit die de praktijk aan de dag legde, en van de diversiteit die hieruit voortkwam: H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècles*, Parijs, Domat-Montchrestien, 1938, 281 p.; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIXe siècle*, Parijs, PUF, 1985, 481p. Zie ook: J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 214-215. Voor Engeland komt een gelijkaardig beeld naar voren in: A. BUDINGTON DUBOIS, *The English business company after the Bubble Act 1720-1800*, New York, The Commonwealth Fund, 1938, 522p.

⁷⁵⁰ “De là vient cette fluidité, cette incohérence apparente, cette contradiction dans les solutions dont nous avons relevé de si nombreuses traces. Mais de là vient aussi une remarquable liberté dans les combinaisons, une singulière hardiesse dans les stipulations sociales”: H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècles*, 280 (zie ook p. 14); J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 208; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIXe siècle*, 2; J.-L. THIRIAU, “Un code traditionaliste pour un droit nouveau”, 34. Voor Engeland: A. BUDINGTON DUBOIS, *The English business company after the Bubble Act 1720-1800*, 84.

⁷⁵¹ In Engeland: de *Bubble Act* van 1720. Zie, naast het reeds geciteerde werk van BUDINGTON DUBOIS: R. HARRIS, “The Bubble Act: Its passage and its effects on business organization”, *Journal of Economic History* 1994, 54, p. 610-627. In Frankrijk: diverse oprispingen in de loop van de 18e eeuw en vooral in de revolutionaire periode, die uiteindelijk culmineerden in het door het Wetboek van Koophandel van 1807 ingestelde systeem van voorafgaande overheids-machtiging voor de oprichting van een naamloze vennootschap. Zie: J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 207-208; J.-L. THIRIAU, “Un code traditionaliste pour un droit nouveau”, 36-37.

⁷⁵² “It is a tribute to the shrewdness of eighteenth century lawyers that in most instances the advantages of formal incorporation were approximated for the unincorporated company”: A. BUDINGTON DUBOIS, *The English business company after the Bubble Act 1720-1800*, 216. Zie ook: R. HARRIS, “The Bubble Act: Its passage and its effects on business organization”, 623 e.v.; B. HUNT, “The joint-stock company in England, 1800-1825”, *Journal of Political Economy* 1935, 43, p. 2-3; P. MAHONEY, “Contract or concession? An essay on the history of corporate law”, *Georgia Law Review* 2000, 884 en 888. Eén van de meest gehanteerde instrumenten hiervoor in Engeland was de *trust*. In Frankrijk gebeurde dit in hoofdzaak via de (door het W.Kh.

bevestiging in een golf van eerste “echte” vennootschapswetten, waarvan het meest in het oog springende kenmerk ongetwijfeld de juridische ontketening van de NV was.⁷⁵³ Het wantrouwen tegenover rechtspersoonlijkheid zat echter in de 19e eeuw diep in de juridische cultuur ingebakken⁷⁵⁴, waardoor het aantal organisatievormen met rechtspersoonlijkheid beperkt bleef. Dit verklaart waarom bijna uitsluitend op vennootschapsrecht kan worden teruggevallen om de hier besproken evolutie toe te lichten.

199. De geleidelijke en spontane conceptualisering van “vennootschappelijk optreden” als vertegenwoordiging via lastgeving kan worden geschetst op twee niveau’s.

In de eerste plaats binnen de “vennootschap van gemeen recht” (zie *infra* 3.2). De diverse bestuursmodellen raakten er wat externe toerekening betreft, geleidelijk aan gestroomlijnd via het stramien van op lastgeving gebaseerde vertegenwoordiging.

In de tweede plaats vindt die stroomlijning ook plaats over de verschillende vennootschapsvormen heen (zie *infra* 3.3). De commanditaire vennootschap steunde aanvankelijk net op het feit dat ze *geen* vertegenwoordiging kende. De exclusieve toerekening aan de persoon van de optredende vennoot garandeerde de aansprakelijkheidsbeperking voor de geldschieters. De voorlopers van de naamloze vennootschap, aan de andere kant, waren wellicht de eersten die qua externe toerekening volledig in termen van lastgeving en vertegenwoordiging werden benaderd. Maar lange tijd bleef de idee bestaan dat hun externe optreden volgens een ander patroon verliep dan de gemeenrechtelijke vennootschapsvormen, waar het zelf handelen der vennoten veel nadrukkelijker op de voorgrond bleef. In de loop van de 19e eeuw vindt ook over deze verschillende vennootschapsvormen heen een stroomlijning plaats met lastgeving en vertegenwoordiging als juridische motor.

vrij gelaten) commanditaire vennootschap, die ook op aandelen kon zijn, en in die vorm massaal werd uitgebouwd door de praktijk: J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 214 en 216 e.v.; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIXe siècle*, 47-48; Dat dit ook in België het geval was, kan blijken uit de voorbereidingen van onze Vennootschapsvenwet van 1873: zie het Verslag PIRMEZ in naam van de commissie van 9 februari 1866 in J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, II, nr. 37, p. 111 (“*entrée profondément dans la pratique*”). Er zijn op dit vlak ongetwijfeld nog interessante parallellen te trekken in de uitbouw van Engelse *trusts* en Frans-Belgische commanditaire vennootschappen op aandelen in die periode.

⁷⁵³ In Engeland: afschaffing van de *Bubble Act* in 1825 en uiteindelijke invoering van een vrij toegankelijk systeem van *limited liability companies* in 1856. In Frankrijk: wet van 24 juli 1867. In België: wet van 18 mei 1873.

⁷⁵⁴ François LAURENT biedt hier voor België ongetwijfeld de meest kleurrijke illustratie van. Zie F. LAURENT, *Principes*, I, 367 e.v. Het politieke (antiklerikale) karakter van dit standpunt wordt het best geïllustreerd in zijn beruchte passages over de religieuze ordes: XXVI, 199 e.v.

3.2. “GEMEEN” VENNOOTSCHAPSRECHT: STROOMLIJNING VIA LASTGEVING IN DE MAATSCHAP EN DE VENNOOTSCHAP ONDER FIRMA

200. Met gemeen vennootschapsrecht wordt hier verwezen naar de vennootschapsbepalingen die bij de Napoleontische codificatie het voorwerp uitmaakten van de artikelen 1832-1873 B.W. en die nu vervat liggen in boek II en III (art. 18-55) van het Wetboek van Vennootschappen. Historisch zijn zij gegroeid uit de middeleeuwse *compagna*, die de basis vormde van zowel de vroegere vennootschap van het Burgerlijk Wetboek (nu de maatschap) als van de vennootschap onder firma (VOF). Vanuit historisch oogpunt vertoont de vennootschap onder firma inderdaad een grote continuïteit met de gemeenrechtelijke vennootschap.⁷⁵⁵ Tot op vandaag blijkt dit uit het feit dat de regels over de VOF, vervat in boek V van het Wetboek van Vennootschappen (art. 201-209 W.Venn.), niet begripbaar zijn dan mits samenlezing met boek II.

Vertegenwoordiging via lastgeving speelde al zeer vroeg een rol in het hart van de gemeenrechtelijke bestuursstructuur (*infra* 3.2.1). Maar deze rol raakte pas vanaf de 19e eeuw gestroomlijnd volgens het stramien dat wij vandaag als vertegenwoordiging op grond van lastgeving zouden herkennen (*infra* 3.2.2.).

3.2.1. Periode voor het Burgerlijk Wetboek

201. Lastgeving duikt in de middeleeuwse *compagna* op zodra zij een extern leven ontwikkelt, met toerekening van rechten en verbintenissen, niet enkel aan de optredende vennoot, maar ook aan “de vennootschap” (*infra* A). Maar lastgeving en vertegenwoordiging hadden nog niet hun moderne contouren aangenomen (*infra* B)

A. Lastgeving duikt in de middeleeuwse *compagna* op samen met toerekening aan “de vennootschap”

202. De middeleeuwse *compagna* was een eenvoudige samenwerkingsvorm tussen meerdere personen, wellicht gegroeid uit het communautair ingestelde familiale leven in die tijd, en later ook gebruikt door (aanvankelijk vooral kleine) handelaars en ambachtslieden zonder familiale connectie.⁷⁵⁶ Al vrij vroeg (12e eeuw) ontstond het gebruik dat de vennoot die *pro se et sociis suis* of *nomine societatis sue* optrad, niet enkel zichzelf, maar ook zijn vennoten ten aanzien van der-

⁷⁵⁵ “Il est manifeste que, pour nos anciens auteurs, la société de commerce n’est qu’une variété, à peine différenciée, de la société civile”: H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècles*, 14.

⁷⁵⁶ H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 464; H. HANSMANN, R. KRAAKMAN EN R. SQUIRE, “Law and the rise of the firm”, 1365; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 174.

den verbond.⁷⁵⁷ Dit was niet zo vanzelfsprekend als het nu klinkt. In de klassieke Romeinse *societas*, waar de *compagnia* sinds de herontdekking van het Romeinse recht (11e eeuw) steeds meer werd op gemodelleerd, was dit niet het geval.⁷⁵⁸ Economisch was deze evolutie naar verbondenheid van de overige vennoten zeer logisch.⁷⁵⁹ Maar hoe werd ze juridisch ingepast? Hier komt al zeer vroeg lastgeving om de hoek kijken. In de notariële praktijk ontstond de gewoonte dat in de vennootschapsakte vennoten elkaar wederzijds mandaat gaven om te besturen, en zich op grond van dit mandaat verbonden noemden voor wat elk van hen met derden deed indien de betrokkene daarbij *pro se et sociis suis* was opgetreden.⁷⁶⁰ Deze “*pratique contractuelle*”⁷⁶¹ werd – zij het niet zonder slag of stoot⁷⁶² – opgepikt door de rechtsgeleerden en groeide uit tot een wijd verbreide (suppletieve) gewoonterechtelijke regel. Bij gebreke aan andersluidend beding had elke vennoot, door het aangaan van de vennootschap, stilzwijgend mandaat om in vennootschapsaangelegenheden op te treden en de andere vennoten te verbinden.⁷⁶³ Het volstond hiertoe op den duur dat een vennoot onder een *raison sociale* (bijvoorbeeld de naam van de belangrijkste vennoot gevolgd door *et compagnie*) optrad, zonder dat alle vennoten individueel moesten worden genoemd.⁷⁶⁴ De vennoot die met de *raison sociale* tekent, verbindt “de vennootschap” op grond van een mandaat. Het mandaat werd op die manier al zeer vroeg in het hart van de gemeenrechtelijke vennootschapsontwikkeling gesloten. Het duikt op van zodra toerekening aan “de vennootschap” juridisch vorm moet worden gegeven.

Tegelijk is duidelijk dat hiermee ook de embryonale ontwikkeling van het rechtspersoonlijkheidsbegrip wordt geïllustreerd. Toerekening aan “de vennootschap” betekende nog aan alle vennoten afzonderlijk. Maar het optreden onder

⁷⁵⁷ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 176.

⁷⁵⁸ De vennoot die optrad verbond dus enkel zichzelf, althans in de klassieke interpretatie: J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 169; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 455.

⁷⁵⁹ H. HANSMANN, R. KRAAKMAN EN R. SQUIRE, “Law and the rise of the firm”, 1365-1366; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 469.

⁷⁶⁰ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 177. Zoals veel geschiedschrijving van het vroege vennootschapsrecht, is dit vooral op Italiaanse (in het bijzonder Florentijnse) bronnen gebaseerd. Zie voor een bijzonder goed algemeen historisch overzicht: R. GOLDTHWAITE, *The economy of Renaissance Florence*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2009, 649 p. (p. 64 e.v. over vennootschappen).

⁷⁶¹ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 177.

⁷⁶² De receptie van het Romeins recht had het meeste invloed op rechtsgeleerden, die soms “principiële dan de principes” probeerden te zijn. J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 186-187.

⁷⁶³ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 177; H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècles*, 121-122. Zie ook: H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 466-467; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 469.

⁷⁶⁴ H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 468; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 177 en 186. Zie ook de bespreking, met uitgebreide citaten, bij: R. TROPLONG, *Du contrat de société*, 145 e.v.

raison sociale leidt tot een individualisering van de vennootschap die het op den duur moeilijk maakt haar *niet* als een eigen entiteit te gaan zien.⁷⁶⁵ Zeker nu verbondenheid van de vennoten meestal hoofdelijk was.

Er is overtuigend geargumenteed dat de functionele nucleus van rechtspersoonlijkheid gelegen is in de afscherming van het organisatievermogen ten opzichte van de private schuldeisers van de leden van de organisatie.⁷⁶⁶ Historisch uitgedrukt: de kiem van rechtspersoonlijkheid ontstaat zodra het vennootschapvermogen (minstens deels) wordt afgeschermd van de private schuldeisers van de vennoten. Het verwerft dan een zekere externe “zelfstandigheid”. Maar deze afscheiding komt pas op gang zodra vennoten die extern optreden niet enkel in eigen naam, maar namens “de vennootschap” activa verwerven en schulden aangaan. Een afscheiding van de rechten en verbintenissen door een vennoot voor de vennootschap aangegaan, loopt via de erkenning dat deze venoot daarbij op een bijzondere wijze optreedt. Lastgeving gaf hieraan een grondslag.

B. Lastgeving en vertegenwoordiging hadden nog niet de moderne contouren

203. Lastgeving duikt in vennootschappen dus al zeer vroeg op om haar externe leven juridisch te grondvesten. Toch blijft enige voorzichtigheid aangewezen over de precieze draagwijdte van deze vaststelling. De lastgevingsfiguur had nog niet haar moderne contouren aangenomen. Volmaakte vertegenwoordiging zoals wij die kennen, lag er vaak nog niet in besloten.⁷⁶⁷ Men mag niet vergeten dat de lasthebber lange tijd vooral verbond als een *institor*. Hij handelde met derden, verbond zichzelf, en de lastgever was bijkomend gehouden tot de aangegane verbintenissen.⁷⁶⁸ Dit was aanvankelijk ook in de op het model van de *compagna* geboetseerde vennootschappen het geval.⁷⁶⁹ De rechtsgeleerden van die tijd probeerden de praktijk die zij vaststelden aan te haken bij Romeinsrechtelijke categorieën, waar verbondenheid voor anderen zeer uitzonderlijk was, en volmaakte vertegenwoordiging zelfs onbestaande (althans volgens de klassieke opvattingen).

⁷⁶⁵ Zie ook: R. DE ROOVER, “The organisation of trade” in M. POSTAN, E. RICH en E. MILLER (eds.), *The Cambridge economic history of Europe*, III, *Economic organization and policies in the Middle Ages*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, 70; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 186-187. Dit lijkt overigens een constante in de ontwikkeling van het rechtspersoonlijkheidsbegrip: het is nauw verweven met de ontwikkelingen in de vertegenwoordigingsstructuur. Dit staat in contrast met de wijze waarop de orgaantheorie de vraag benadert: vertrekkend vanuit rechtspersoonlijkheid, en vervolgens de vraag stellend hoe deze entiteiten kunnen “optreden”. Zie ook: F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 21 en 82.

⁷⁶⁶ H. HANSMANN, R. KRAAKMAN EN R. SQUIRE, “Law and the rise of the firm”, 1337 e.v.

⁷⁶⁷ Zie *supra* p. 77 e.v.

⁷⁶⁸ H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 428; Zie ook: P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 37.

⁷⁶⁹ H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 467-468; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 469.

Ze vonden een belangrijk aanknopingspunt in de *actio institoria* tegen diegene die een ander had aangesteld om (een deel van) zijn handel te voeren (*praepositio*).⁷⁷⁰ De conceptuele evolutie loopt hier in feite parallel met de volwassenwording van het vertegenwoordigingsbegrip zelf. Een volledige dissociatie tussen de persoon die handelt en de persoon aan wie de rechtsgevolgen van dit handelen worden toegerekend, vergt tijd en juridische verbeeldingskracht. Het proces loopt onvermijdelijk langs een aantal etappes waarin het “zelf handelen” van de proto-vertegenwoordiger slechts geleidelijk aan niet langer automatisch tot “zelf verbinden” leidt. In vennootschappen bleef het zelf handelen lange tijd nadrukkelijk op de voorgrond. De persoon die optrad was doorgaans ook vennoot, verbond dus in de eerste plaats zichzelf, en daarnaast accessoir de overige vennoten (*se et sociis suis*). Van een afgeleide rechtspersoonlijkheid voor deze vennootschapsvormen, was in die tijd dan ook nog geen sprake. Wellicht evolueerde dit het eerst in grotere vennootschappen (de voorlopers van onze kapitaalvennootschappen) waar het wederzijds mandaat voor alle vennoten plaats maakte voor een uitdrukkelijk georganiseerd bestuur van enkelen. Ook hier was de innovatie in eerste instantie contractueel, in de vorm van uitdrukkelijke clausules die voorzagen dat bestuurders die voor de vennootschap optraden, in die hoedanigheid zichzelf *niet* persoonlijk verbonden.⁷⁷¹ Het lijkt trouwens niet onaannemelijk dat net de vennootschapspraktijk op dit punt een katalysator vormde voor de intrede van volmaakte vertegenwoordiging in de lastgeving meer algemeen.

Maar de traditie van de vennoot die als *institor* eerst zichzelf en accessoir zijn vennoten verbindt, blijft lange tijd zeer levendig. Het is pas later dat “*se et sociis suis*” symbool van de hele vennootschap (en dus de vertegenwoordigde) werd, met inbegrip dus van de “*se*”. Aangezien hoofdelijkheid der vennoten gedurende heel deze periode meer regel dan uitzondering was⁷⁷², was er ook weinig praktische aanleiding om het verschil te maken tussen de vennoot die als (volmaakt) vertegenwoordiger optrad en zichzelf hoofdelijk verbond als één der vertegenwoordigden, en de vennoot die zichzelf verbond en anderen met hem (*se et sociis suis*). In beide gevallen kon het volledige bedrag van elk der vennoten gevorderd worden,

⁷⁷⁰ Zie voor een mooi voorbeeld: R. TROP LONG, *Du contrat de société*, 294 (nr. 823) e.v. Zie ook: H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècles*, 142.

⁷⁷¹ G. SICARD, *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Age*, 310 (vanaf de 14e-15e eeuw). Deze fascinerende *case study* verdient het overigens om ruimer gelezen te worden door éénieder die interesse heeft voor de historische ontwikkeling van vennootschappen én van het rechtspersoonlijkheidsbegrip. Zij illustreert op intrigerende wijze het *bottom-up* proces dat bestaat in de geleidelijke praktijkontwikkeling van organisatorische kenmerken die zich langzaam aan verdichtten tot een modern rechtspersoonlijkheidsbegrip. Zie ook: J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 184.

⁷⁷² De *institor* verbond solidair, en een aparte categorie van burgerlijke vennootschappen was zeker nog niet zo scherp onderscheiden als nadien het geval werd. Zie: H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 468; R. TROP LONG, *Du contrat de société*, 296 (nr. 825); R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 469.

terwijl anderzijds de interne *contributio* van de optredende vennoot in beide gevallen door het vennootschapscontract werd bepaald.

204. Tot bij POTHIER, aan de vooravond van het Burgerlijk Wetboek, vinden we sporen van deze heterogeniteit. Enerzijds bestaat er geen twijfel over dat POTHIER volmaakte vertegenwoordiging kent.⁷⁷³ Maar daarnaast leeft ook de *institorbenadering* voort⁷⁷⁴, zelfs in verband met de overeenkomst van lastgeving.⁷⁷⁵ Dit werd al toegelicht voor wat de relatie tussen lastgeving en aanstelling in het algemeen betreft.⁷⁷⁶ Deze dubbelzinnigheid lijkt zich door te zetten in vennootschappen. POTHIER beschrijft de gemeenrechtelijke bestuursmodellen die nadien in het B.W. zouden terugkomen: het wederzijds mandaat tussen vennoten bij gebreke aan uitdrukkelijke regeling, de uitdrukkelijke bestuursbevoegdheid voor één of meer vennoten, hetzij in het vennootschapscontract, hetzij nadien, en de uitdrukkelijke bestuursbevoegdheid voor niet-vennoten.⁷⁷⁷ Maar er is tussen deze modellen nog een vrij grote heterogeniteit in terminologie, en zelfs – zo lijkt – in toerekeningsmechanisme. In een aantal gevallen komt de *institor* nog uitdrukkelijk om de hoek kijken. In het geval van de impliciete wederzijdse bestuursbevoegdheid, zegt POTHIER dat de vennoten “*sont censés être les instituteurs et préposés les uns des autres pour les affaires de la société*.”⁷⁷⁸ De met bestuur belaste derde noemt POTHIER niet enkel “*facteur ou instituteur*”, maar voor wat zijn bevoegdheid om de vennoten te verbinden betreft, verwijst hij uitdrukkelijk naar het deel van het *Traité des obligations* waarin hij het toerekeningsmechanisme van de (*actieve*) *aanstelling*, niet dat van de volmaakte vertegenwoordiging uiteenzet.⁷⁷⁹ Op andere momenten klinkt veel duidelijker het moderne stramien door.⁷⁸⁰ Die heterogeniteit moet men niet noodzakelijk in begrippenkaders van vandaag willen dwingen. Maar ze illustreert hoe de evolutie van het externe leven van de vennootschap hand in hand gaat met ontwikkelingen op het vlak van lastgeving en vertegenwoordiging. Die evolutie vindt in de 19e eeuw zijn beslag.

⁷⁷³ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 23 (*Traité des obligations*, nr. 74). Zie ook, specifiek voor de lastgeving: deel III, 137 (*Traité du contrat de mandat*, nrs. 87-89).

⁷⁷⁴ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 24-25 en 141-143 (*Traité des obligations*, nrs. 82-84 en 448-453). Zie ook: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 263.

⁷⁷⁵ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, III, 137 (nr. 88).

⁷⁷⁶ Zie *supra* p. 128 e.v.

⁷⁷⁷ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, II, 417-418 en 425-426 (*Traité du contrat de société*, nrs. 66-72 en nrs. 96-100).

⁷⁷⁸ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, II, 425 (nr. 96). Vergelijk ook: R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 25 (*Traité des obligations*, nr. 83).

⁷⁷⁹ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, II, 426 (nr. 99).

⁷⁸⁰ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, II, 417-418 (*Traité du contrat de société*, nrs. 66-72). Vergelijk ook: III, 137 (*Traité du contrat de mandat*, nr. 87) en I, 23-25 (*Traité des obligations*, nr. 74, nr. 82).

3.2.2. Na het Burgerlijk Wetboek: stroomlijning via lastgeving en (volmaakte) vertegenwoordiging

A. Inleiding

205. De vennootschapsartikelen van het Burgerlijk Wetboek van 1804 vertoonden, zoals ook in andere materies, een grote continuïteit met het werk van POTHIER. Voor de toenmalige gemeenrechtelijke handelsvennootschap, de vennootschap onder firma, voegt het Wetboek van Koophandel van 1807 hier trouwens niet veel aan toe. Men kan dan ook moeilijk beweren dat deze bepalingen, op zichzelf genomen, de hiervoor geschetste heterogeniteit stroomlijnen. De idee dat vennoten, ook waar zij voor de vennootschap optreden, in de eerste plaats zelf handelen, blijft nadrukkelijk op de voorgrond, en de manier waarop de toerekening van dit handelen wordt uitgesplitst over de optredende vennoot en de overige vennoten, is niet altijd even duidelijk.

Maar de vernieuwing kwam van buiten de vennootschapartikels. Enerzijds vond de “actieve aanstelling” (voor rechtshandelingen) de weg niet naar het B.W., wat uiteindelijk het lot van deze figuur als overgangsfase naar volmaakte vertegenwoordiging bezegelde.⁷⁸¹ Anderzijds werd lastgeving de bevoorrechte grondslag voor vertegenwoordiging, inclusief het intussen stilaan uitgekristalliseerde volmaakte vertegenwoordigingsmechanisme.⁷⁸² Onder invloed van de doctrine, werden de gemeenrechtelijke regels over het externe optreden op een op vertegenwoordiging via lastgeving gebaseerde eenheidsleest geschoeid. Zo kreeg wat we nu de “klassieke” interpretatie zouden kunnen noemen, stilaan vorm. Zij wordt hierna behandeld aan de hand van de volgende vier punten:

- De bestuursopdracht brengt fundamenteel vertegenwoordigingsbevoegdheid mee. De basisregel is dat elke vennoot lasthebber is met bevoegdheid om de vennootschap te verbinden (*infra* B).
- Er is geen verschil tussen de verschillende bestuurshypothesen. De bestuursbevoegde personen – meer en meer uniform “zaakvoerders” genoemd – zijn steeds lasthebbers (*infra* C).
- Het optreden van de zaakvoerder wordt steeds toegerekend via volmaakte vertegenwoordiging (*infra* D).

⁷⁸¹ Wat niet wegneemt dat de vraag waarom zij niet in het B.W. terecht kwam, intrigeert. POTHIER werd vaak bijna letterlijk overgenomen. Aan deze vraag werd, zo lijkt, nog niet veel aandacht aan besteed. Zie ook: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 263; en vergelijk: I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 152-153.

⁷⁸² Veelzeggend is de manier waar LAURENT het vertegenwoordigingsmechanisme bij lastgeving omschrijft: “l'article 1998 s'exprime incorrectement en disant que le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire; le mandataire ne contracte aucun engagement, c'est le mandant qui s'oblige par son intermédiaire (...). C'est la conséquence du principe qui domine cette matière: le mandataire est le représentant du mandant” (F. LAURENT, *Principes*, XXVIII, 51). Zie verder *supra* 77 e.v.

- Er is op al deze punten geen fundamenteel verschil tussen de (huidige) maatschap en de vennootschap onder firma (*infra* E). Nochtans heeft de eerste rechtspersoonlijkheid en de tweede niet.

206. Het kan nuttig zijn eerst kort in herinnering te brengen welke bestuursregeling het Burgerlijk Wetboek (nu boek II W.Venn.) voorzag. In de eerste plaats kunnen de vennoten het bestuur zelf regelen. Het kan daarbij worden toegekend aan een of meer vennoten of derden. Dit kan in het vennootschapscontract zelf, of bij latere akte (art. 1856 B.W.; art. 33 W.Venn.). In beide gevallen kan de zaakvoerder alles doen wat tot zijn bestuur behoort. Is hij echter benoemd in het vennootschapscontract, dan is zijn afzetting een contractswijziging waarmee alle vennoten (inclusief de zaakvoerder die vennoot is) moeten instemmen. Hij is dus niet *ad nutum* afzetbaar. Het vennootschapscontract kan hier echter anders over bepalen. Indien de zaakvoerder bij latere akte werd benoemd, is hij in principe *ad nutum* afzetbaar. Hieruit wordt ook afgeleid dat de vennoten zich *ad hoc*, maar wel voorafgaandelijk, kunnen verzetten tegen handelingen die de later benoemde zaakvoerder zou stellen.⁷⁸³ Zowel wat betreft de afzetbaarheid als wat betreft het verzetsrecht echter, kan de latere akte in een andere regeling voorzien. Indien er meerdere zaakvoerders werden aangesteld, zijn zij ieder individueel volledig bestuursbevoegd, tenzij dit uitdrukkelijk anders geregeld is (art. 1857 B.W.; art. 34 W.Venn.). Het beding dat zij samen moeten handelen om de vennootschap te verbinden, is geldig (art. 1858 B.W.; art. 35 W.Venn.). Werd er helemaal niets voorzien over het bestuur, dan komt de suppletieve regeling van artikel 1859 B.W., 1° (art. 36, 1° W.Venn.) in actie. De vennoten worden geacht “*elkaar wederkerig de macht te hebben verleend*” om te besturen. Elke vennoot is in dat geval zaakvoerder. Weliswaar is de huidige gewoonte om de persoon met bestuursbevoegdheid in de maatschap en de VOF steeds “zaakvoerder” te noemen, ongeacht of hij vennoot is en ongeacht de wijze waarop hij bestuursbevoegdheid verkreeg, op zich al een gevolg is van het hier geschetste stroomlijningsproces. Het is pas nadat de diverse bestuursmodellen op dezelfde leest werden geschoeid, dat het logisch leek eenvoudig van “zaakvoerders” te spreken.

- B. Bestuursopdracht impliceert vertegenwoordigingsbevoegdheid (art. 1859, 1° B.W.; art. 36, 1° W.Venn.)

a) INLEIDING

207. Bestuur kan moeilijk lastgeving zijn indien het op meest fundamenteel niveau geen vertegenwoordigingsbevoegdheid meebrengt. Dit is wel het geval. Het Burgerlijk Wetboek neemt met artikel 1859, 1° (art. 36, 1° W.Venn.) de contractueel gegroeide basisregel dat vennoten elkaar met het vennootschapscontract

⁷⁸³ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, II, 156.

mandaat verlenen om te besturen, over. Hier wordt aangetoond dat deze “*macht om de ene voor de andere te beheren*” ook de bevoegdheid inhoudt om de vennootschap (hier nog: de vennoten) ten aanzien van dit bestuur te verbinden. Dankzij dit externe luik, wordt duidelijk dat vertegenwoordiging via lastgeving doordringt tot *in de kern* van de meest eenvoudige vennootschappelijke toerekeningsstructuur.

De afzonderlijke behandeling van deze vraag kan verbazen. Eerder bleek dat de regel van het wederzijdse mandaat sedert de middeleeuwen een sterke gewoonterechtelijke verankering kreeg. Of de optredende vennoot daarbij nu verbond via de procédés van volmaakte vertegenwoordiger of van het *institorschap*, is daarbij uiteindelijk van minder belang. Het mandaat hield de bevoegdheid in om de overige vennoten te verbinden ten aanzien van derden. Kan er twijfel zijn dat het Burgerlijk Wetboek (en dus ook ons huidige Wetboek van Vennootschappen) deze regel overnam? Is het mogelijk dat de bestuursopdracht in zijn meest eenvoudige gemeenrechtelijke gedaante *geen* rechtsgrond voor vertegenwoordiging biedt? Twijfel hierover vindt een kiem in het werk van POTHIER (*infra* b). Die onzekerheid *kan* in de vennootschapsbepalingen van 1804 (zoals zij vandaag nog steeds gelden) worden gelezen, maar die visie heeft het om uitstekende redenen nooit gehaald (*infra* c). Aan de vraag zou dan ook wellicht geen uitdrukkelijke aandacht zijn te besteden, moest een auteur recent niet opnieuw de consensus hebben uitgedaagd (*infra* d). Het besluit luidt echter dat de uitdaging faalt (*infra* e).

b) STANDPUNT VAN POTHIER

208. POTHIER voert een onderscheid door tussen burgerlijke en handelsvennootschappen.⁷⁸⁴ In vergelijking met handelsvennootschappen, is in burgerlijke vennootschappen de verbondenheid niet enkel beperkt tot gelijke delen (geen hoofdelijkheid). Bovendien verbindt volgens POTHIER de rechtshandeling die werd verricht door één van de vennoten slechts de handelende vennoot, zelfs indien deze in naam van de vennootschap optrad, tenzij hij van de overige vennoten “*effectivement pouvoir*” had gekregen.⁷⁸⁵

Nu is een stilzwijgend mandaat ook “effectief”. POTHIER had anders “*expresément*” kunnen gebruiken. In een bepaalde lezing lijkt het POTHIER eerder om

⁷⁸⁴ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, II, 423, 425-426 en 427 (*Traité du contrat de société*, nr. 90, nrs. 96-99, nrs. 103-105). Merkwaardig genoeg haalt POTHIER een argument uit het feit dat het stilzwijgende mandaat in Frankrijk opgenomen raakte in de *Ordonnance sur le Commerce* van 1673 (art. 7 van titel IV; zie hierover ook *infra* p. 215 e.v.). In plaats van dit te lezen als een wettelijk *imprimatur* van een gewoonterechtelijke regel, puurt hij hieruit een argument *a contrario* t.a.v. niet-commerciële vennootschappen. Wellicht was POTHIER hier het slachtoffer van een aanval van Romeinsrechtelijke gewetensnood. Zie ook: H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 465 (en voetnoot 3).

⁷⁸⁵ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, II, 427 (nr. 105). Hier wordt niet dieper ingegaan op die andere uitzondering, de baattrekking, met name het geval waarin “*la dette eût tourné au profit de la société*”.

het onderscheid op het vlak van solidariteit te doen. In een eerdere passage, waar de externe werking van het stilzwijgende mandaat tussen vennoten als illustratie opduikt, lijkt van een beperking tot handelsvennootschappen geen sprake.⁷⁸⁶ Maar het is duidelijk dat de vraag in de hier besproken passage het meest specifiek en uitdrukkelijk wordt behandeld. Net hier lijkt het er toch op dat POTHIER voor niet-handelsvennootschappen de bestuursopdracht gemeenrechtelijk geen vertegenwoordigingsrol toeschrijft. De gemeenrechtelijke basisregel voor burgerlijke vennootschappen zou dan zijn dat vennoten enkel voor zichzelf verbintenissen aangaan, waarbij de vennootschap zich beperkt tot een interne *contributio*.⁷⁸⁷ De meest fundamentele vennootschapsvorm – de burgerlijke vennootschap die enkel beheerst wordt door suppletieve rechtsregels – heeft geen extern leven. Mocht dit inderdaad POTHIER's opvatting zijn, dan lijkt dit sterk op een stukje Romeins-rechtelijke regressie. Dit standpunt heeft het met het Burgerlijk Wetboek dan ook niet gehaald.

c) BEPALINGEN VAN HET BURGERLIJK WETBOEK (NU WETBOEK VAN VENNOOTSCHAPPEN)

209. Het is niet onmogelijk in de vennootschapsbepalingen van het Burgerlijk Wetboek (zoals zij in het Wetboek van Vennootschappen werden overgenomen) een poging tot implementatie van de opvatting van POTHIER te lezen. Maar het eindresultaat is op zijn minst halfslachtig.

Aanvankelijk lijkt de zaak vrij duidelijk. Het toenmalige artikel 1859, 1° B.W. (art. 36, 1° W.Venn.) bepaalt uitdrukkelijk dat, indien over het bestuur niets voorzien werd:

De vennoten worden geacht elkaar wederkerig de macht⁷⁸⁸ te hebben verleend om, de ene voor de andere, te beheren. Hetgeen ieder van hen verricht, geldt zelfs voor het aandeel van zijn medevennoten, zonder dat hij hun toestemming verkregen heeft, behoudens het recht van de laatstgenoemde, of van een van hen, om zich tegen de handeling te verzetten voordat zij verricht is.

Zeker in historisch perspectief, lijkt deze bepaling aan duidelijkheid niets te kort te komen. Bij gebreke aan bestuursregeling, wordt elke vennoot geacht mandaat te hebben om te besturen en de vennootschap (dus: de overige vennoten) binnen de grenzen van dit bestuur ten aanzien van derden te verbinden. Er wordt in de

⁷⁸⁶ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 25 (*Traité des obligations*, nr. 83).

⁷⁸⁷ "(...) *sauf à lui à s'en faire raison par son associé*". R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, II, 427 (nr. 105). De baATTRekking vormt onmiddellijk de uitzondering.

⁷⁸⁸ In de oorspronkelijke Franse tekst: "*le pouvoir*"; in de "oorspronkelijke" Nederlandse tekst "*de magt*". Voor de historische teksten en hun vertaling werd teruggegrepen naar: D. HEIRBAUT en G. BAETEMAN, *Cumulative editie van het Burgerlijk Wetboek*, II dln., Gent, 2004. Zie over de achtergrond van de Nederlandse vertaling van 1804, in deel I van dit werk, de bijdrage van G. VAN DIEVOET, "Het Burgerlijk Wetboek van 1804 tot heden", xxv.

wettekst geen verschil gemaakt tussen wat we met ons huidige begrippenkader zouden onderscheiden als bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegdheid.⁷⁸⁹ Het mogelijke probleem duikt echter verder op, in de afdeling “Verplichtingen van de vennoten ten aanzien van derden”. Het toenmalige artikel 1862 B.W. (nu deels art. 51 W.Venn.) luidde:

In andere vennootschappen dan die van koophandel zijn de vennoten niet hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschappelijke schulden en een van de vennoten kan de overigen niet verbinden, indien dezen hem daartoe geen volmacht⁷⁹⁰ hebben gegeven.

Artikel 1864 B.W. (nu art. 50 W.Venn.) voegt hieraan toe:

Het beding, dat de verbintenis wordt aangegaan voor rekening van de vennootschap, verbindt slechts de contracterende vennoot, maar niet de overige vennoten, tenzij dezen hem volmacht gegeven hebben⁷⁹¹, of de zaak tot voordeel van de vennootschap heeft gestrekt.

Het minste wat van de combinatie van deze bepalingen gezegd kan worden, is dat zij verwarring wekken. Het is niet onmogelijk om in de artikelen 1862 en 1864 B.W. een bekrachtiging van de opvattingen van POTHIER te zien.⁷⁹² Maar hiervoor moet wel artikel 1859, 1° uit het wetboek worden gelezen.⁷⁹³ Dit is een onoverkomelijke hindernis. Er is immers een alternatieve interpretatie mogelijk, die het geheel der bepalingen wél min of meer coherent samen laat functioneren, weliswaar zonder te ontkennen dat de redactie eleganter had gekund. Zij bestaat er eenvoudigweg in voor de “volmacht” die in de artikelen 1862 en 1864 B.W. wordt vereist, het stilzwijgende mandaat van artikel 1859, 1° B.W. voldoende te

⁷⁸⁹ G. BALLON, K. GEENS en J. STUYCK, *Handels- en vennootschapsrecht*, 6e uitgave, Antwerpen, Kluwer, 1999, 213; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 305; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, II, 135.

⁷⁹⁰ In de Franse tekst: “*le pouvoir*” in de Nederlandse tekst van 1804: “*de magt*”. De wet van 13 april 1995 herformuleerde dit artikel tot: “*Eén van de vennoten kan de overigen niet verbinden, indien deze hem daartoe geen volmacht hebben gegeven*”. Met het Wetboek van Vennootschappen werd dit: “*Een van de vennoten van een maatschap kan de overigen niet verbinden, indien dezen hem daartoe geen volmacht hebben gegeven*” (art. 51 W.Venn.). De bepaling wordt hierdoor dubbel gebruik met toenmalig art. 1864 B.W., huidig art. 50 W.Venn.

⁷⁹¹ In de Franse tekst: “*donné pouvoir*” in de Nederlandse tekst van 1804: “*bemagtigd hebben*”.

⁷⁹² Zie ook het Verslag BOUTTEVILLE voor het Tribunaat: J. LOCÉ, *Législation civile*, VII, 251 (nr. 18). POTHIER’s “*effectivement*” wordt er “*expressément*”. Maar vergelijk met de Memorie van Toelichting van TREILHARD voor de Wetgevende Kamer: J. LOCÉ, *Législation civile*, VII, p. 244 (nr. 22).

⁷⁹³ En, in een bepaalde lezing, ook art. 1860 B.W. (art. 37 W.Venn.): de vennoot die geen beheer heeft, kan de (zelfs roerende) goederen die tot de vennootschap behoren, niet vervreemden. Art. 1857 B.W. (art. 34 W.Venn.) lijkt ook meer zin te hebben als het “beheer” ook vertegenwoordigingsbevoegdheid meebrengt. Dit artikel bepaalt dat waar er meerdere zaakvoerders zijn, en behoudens andersluidend beding, elke zaakvoerder individueel kan optreden.

achten. Principieel stelt dit geen enkel probleem: het stilzwijgende mandaat is evengoed een mandaat. Ook tekstueel is deze opvatting zeer verdedigbaar: het vermijdt discrepantie tussen de drie genoemde artikelen onderling. Het is trouwens enkel in de huidige Nederlandse tekst dat er een tekstueel verschil is tussen de “macht” in artikel 1859, 1° en de “volmacht” in de artikelen 1862-1864. Zowel in het Frans (“*pouvoir*”) als in het “oorspronkelijke” Nederlands (“*magt*”) is de tekst dezelfde. En ook historisch, ondanks de gewetenswroeging van POTHIER, strookt deze interpretatie het best met de gewoonterechtelijke evolutie. Maakt deze interpretatie de artikelen 1862 en 1864 B.W. niet voor een stuk zinloos? Waarom benadrukken zij tot tweemaal toe dat een vennoot de anderen niet kan verbinden dan krachtens volmacht, indien die volmacht gemeenrechtelijk in het vennootschapscontract besloten ligt? De meest eenvoudige uitleg luidt: omdat een uitdrukkelijke bestuursregeling dit anders kan beslissen. De artikelen 1862 en 1864 B.W. verwoorden de regel dat de uitdrukkelijke bestuursregeling tegenwerpelijk is aan derden. Als vennoten van het bestuur worden uitgesloten, kunnen zij de vennootschap niet verbinden. Historisch bekeken, is dit minder triviaal dan het nu lijkt. Het lijkt erop dat, zeker bij handelsvennootschappen, de tendens bestond om de handtekening van een vennoot onder de *raison sociale* vrij objectief te benaderen, ook al had deze vennoot intern misschien niet de bevoegdheid om de betrokken handeling te stellen, of was hij zelfs van het bestuur uitgesloten.⁷⁹⁴ De betrokken artikelen vertolken dan eenvoudigweg de idee dat de vennootschap niet verbonden is t.a.v. derden die zouden hebben gehandeld met een persoon die geen bevoegdheid heeft. Zelfs indien het om een vennoot gaat die met gebruik van de *raison sociale* (maar onbevoegd) beweert namens de vennootschap op te treden (art. 1864 B.W.; art. 50 W.Venn.).⁷⁹⁵

210. Het is deze interpretatie die het vervolgens bijna eensluidend heeft gehaald.⁷⁹⁶ Het vennootschapscontract verleent gemeenrechtelijk aan elke vennoot bestuursmandaat met vertegenwoordigingsbevoegdheid.

⁷⁹⁴ Om te beginnen was er de regel, die ook zijn weg vond naar het B.W. (art. 1864 B.W.), dat de vennootschap hoe dan ook gebonden was als de zaak haar ten goede was gekomen (zeker in de hypothese dat een vennoot namens de vennootschap had getekend). Daarnaast speelde vooral het feit dat vennootschapsaktes, zo ze al schriftelijk werden opgesteld, meestal niet werden gepubliceerd, in het nadeel van de vennoten. De uitdrukkelijke bestuursregeling was op vertegenwoordigingsvlak wel principieel aan derden tegenwerpelijk, maar ze moest dan voor derden toch al vrij duidelijk zijn (gemaakt) eer het optreden van een vennoot niet aan de vennootschap werd toegerekend, zeker als de vennoot ook nog eens onder de *raison sociale* optrad. Zie: R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, II, 425-426 (*Traité du contrat de société*, nr. 98); R. TROP-LONG, *Du contrat de société*, 291-292 (nr. 809-812). Zie ook *infra* voetnoot 838 en verder over het “moderne” prokuraregime p. 306 e.v.

⁷⁹⁵ En behoudens het geval dat de zaak tot voordeel van de vennootschap heeft gestrekt. Zoals reeds eerder aangegeven wordt hier op deze hypothese niet ingegaan.

⁷⁹⁶ E. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, IV, 85; C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français*, 5e uitgave, XII dln., Parijs, Marchal et Billard, 1897-1922, VI, 40; G. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 9e uitgave, III dln., Parijs, Librairie Sirey, 1906-1907, II,

d) STANDPUNT VAN VANANROYE

211. Recent heeft Joeri VANANROYE deze zienswijze betwist.⁷⁹⁷ Volgens hem maken de genoemde wetsbepalingen een onderscheid tussen de interne bestuursbevoegdheid (de oorspronkelijke artikelen 1856 e.v. B.W. waren vervat in de titel “Verplichtingen van de vennoten onderling”) en de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid (art. 1862 e.v. waren vervat in de titel “Verplichtingen van de vennoten ten aanzien van derden”).⁷⁹⁸ Zowel de uitdrukkelijke als de stilzwijgende toekenning van bestuursbevoegdheid, gaat niet automatisch gepaard met vertegenwoordigingsbevoegdheid. Integendeel, de regel in de maatschap is dat de vennoot die optreedt, zelfs met bestuursbevoegdheid, enkel zichzelf verbindt. De vennootschap beperkt zich tot een louter interne *contributio* met de andere vennoten. De derde van zijn kant, kan (behoudens uitzonderingen zoals baattrekking of schijnmandaat) de overige vennoten niet aanspreken, zelfs al was de handelende vennoot bestuursbevoegd én trad hij op namens de vennootschap. Artikel 1864 B.W. (art. 50 W.Venn.) eist hiervoor immers volmacht, en bedoelt hiermee een afzonderlijke machtiging, niet de “beheersmacht” die krachtens de artikelen 1856-1859 B.W. (art. 33-36 W.Venn.) uitdrukkelijk of stilzwijgend wordt verleend.

654; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit commercial belge*, 2e uitgave, III dln., Brussel, Bruylant, 1911, I, 65; A. BENOÎT-MOURY, “De quelques modifications fondamentales apportées au droit des sociétés” in H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH (eds.), *Het gewijzigde vennootschapsrecht* 1995, Antwerpen, Maklu, 1996, p. 25; H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 101; A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht. Inhoud en grondslagen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 324; J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique. Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, 2e uitgave, IV dln., Brussel, Bruylant-Christophe, 1882, 383; C. HOUPIN en H. BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7e uitgave, III dln., Parijs, Librairie Sirey, 1935, I, 229; F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 351; P. PONT, *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, in V. MARCADÉ (ed.), *Explication du Code Napoléon*, VII, Parijs, Delamotte, 1872, VII, 434-435; V. THIRY, *Cours de droit civil*, IV, 134; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, II, 137; R. TROPLONG, *Du contrat de société*, 261 (nr. 712-715), 291 (nr. 807). Naarmate de tijd verstrijkt, verwijst men steeds minder naar de bekendste auteur die het tegendeel beweerde, met name: M. DURANTON, *Traité du contrat de louage, de société et du prêt*, 3e uitgave, Parijs, Toussaint, 1834, 498-499. Maar zie ook: A. DE VOS, *Commentaire pratique et critique de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales*, Brussel, Monnom, 1886, I, 177-178 (nr. 17).

⁷⁹⁷ J. VANANROYE, “Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblio, 1999, 232, 234-235, 239-246 en 254-258; Zie ook: J. VANANROYE, “Over stille en openbare maatschappen”, *T.R.V.* 1999, 1500-1502. Vergelijk ook: K. GEENS en J. VANANROYE, “De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen” in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 449. Maar zie, wat het standpunt van GEENS betreft, ook: G. BALLON, K. GEENS en J. STUYCK, *Handels- en vennootschapsrecht*, 213.

⁷⁹⁸ J. VANANROYE, “Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap”, 232.

Een andere lezing maakt artikel 1862 B.W. (art. 51 W.Venn.) overbodig.⁷⁹⁹ De achtergrond voor dit alles, is dat de wetgever de maatschap in de eerste plaats concipieerde als een stille vennootschapsvorm.⁸⁰⁰

212. Deze poging om het standpunt van POTHIER nieuw leven in te blazen, overtuigt niet. Zij vindt onvoldoende steun in de uiteindelijke tekst van het Burgerlijk Wetboek, zoals zonet toegelicht. Het moderne onderscheid tussen “intern” bestuur en “externe” vertegenwoordiging in de toenmalige artikelen 1856-1862 B.W. lezen, is een zeer kunstmatige oefening.⁸⁰¹ Men dwingt teksten in een theoretisch kader dat er vreemd aan is. Het tekstargument op basis van het onderscheid tussen “volmacht” (in de art. 1862 en 1864 B.W.) en “macht” (in art. 1856 en 1859 B.W.) is al even precair, daar dit enkel het geval is in de veel latere authentieke vertaling van de Nederlandse tekst, en niet voorkomt in de Franse tekst, noch in de eerste vertalingen in het Nederlands.⁸⁰² De redenering verplicht er bovendien toe te verdedigen dat zelfs waar één of meer vennoten uitdrukkelijk met het bestuur werden belast (art. 1856 B.W.; art. 33 W.Venn.), dit niet automatisch vertegenwoordigingsbevoegdheid meebrengt. Dit is fataal. Als de commentaren nog de moeite namen om (bovendien met zelden geziene eensgezindheid) te verduidelijken dat de macht (“*pouvoir*”) om te beheren (“*administrer*”) geput uit het *stilzwijgend mandaat* zoals bekrachtigd met artikel 1859, 1° B.W. voldoende was als volmacht (“*pouvoir*”) in artikel 1862 en 1864 B.W., dan was de vertegenwoordigingsbevoegdheid verleend bij *uitdrukkelijk bestuursmandaat* (“*pouvoir d’administration*”) in de vennootschapsakte of nadien (art. 1856 B.W., art. 33 W.Venn.), een banale evidentie.⁸⁰³ Veel lijkt overigens terug te brengen op de meer fundamentele misvatting als zou de vennootschap van het Burgerlijk Wetboek (nu de maatschap) van oorsprong opgezet zijn als stille vennootschapsvorm. Om de gemeenrechtelijke vennootschap als stille vennootschap te kwalificeren, moet je al terug naar het absolute basismodel van de *societas* in vroege periodes van het Romeinse recht.⁸⁰⁴ De hele evolutie sinds de Middeleeuwen bestond er nu net in

⁷⁹⁹ J. VANANROYE, “Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap”, 240. En naar men aanneemt ook art. 1864 B.W. (art. 50 W.Venn.).

⁸⁰⁰ J. VANANROYE, “Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap”, 241.

⁸⁰¹ Zie ook *supra* voetnoot 789. LAURENT schreef specifiek over de besproken wetsbepalingen: “*il est impossible d’administrer sans s’obliger*” (F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 351). Zie voor een interessante uitspraak dit zijdelings illustreert: Brussel 8 mei 1862, *Pas.* 1862, II, 321.

⁸⁰² Zie *supra* voetnoten 790 en 791.

⁸⁰³ Zie *supra* voetnoot 796. Ten onrechte lijkt VANANROYE de auteurs BAUDRY-LACANTINIERE, BENOÎT-MOURY, en AUBRY en RAU voor zijn stelling te willen mobiliseren (J. VANANROYE, “Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap”, voetnoten 102 en 131). Op de vindplaatsen waarnaar hiervoor in voetnoot 796 verwezen wordt, blijkt duidelijk dat deze auteurs de tegengestelde mening zijn toegedaan.

⁸⁰⁴ Nadien ontstonden op dit punt nog binnen de Romeinse periode belangrijke nuances: R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 467-468.

dit basisstramien om te draaien.⁸⁰⁵ Natuurlijk kan de vennootschap van het B.W. contractueel stil worden gemaakt (het volstaat elke vertegenwoordigingsbevoegdheid uit te sluiten, wat overeenkomstig de artikelen 50-51 W.Venn., die hier hun volle betekenis krijgen, aan derden tegenwerpelijk is).⁸⁰⁶ Bij VANANROYE echter, heeft de vennootschap suppletief een stil karakter, en moet ze contractueel openbaar worden gemaakt, wat noch tekstueel, noch historisch overtuigt.⁸⁰⁷

213. Het valt niet uit te sluiten dat de structuur van het Wetboek van Vennootschappen het argument van VANANROYE een nieuwe impuls zal geven. De voormalige artikelen 1856-1859 B.W. enerzijds en 1862-1864 B.W. anderzijds, werden uitgesplitst over twee boeken: boek II (bepalingen gemeenschappelijk aan alle vennootschappen) en boek III (de maatschap, de stille en de tijdelijke handelsvennootschap). Het is nu alleen al puur visueel makkelijker een wig te drijven tussen de bepalingen van boek II en boek III, dan toen die bepalingen nog op gelijke hoogte stonden als gemeen vennootschapsrecht in het Burgerlijk Wetboek. Aangezien boek III specifiek de maatschap betreft, en net daar de vroegere artikelen 1862-1864 B.W. zijn opgenomen, is het makkelijker om te argumenteren dat zij zeer specifiek voor de maatschap een eigen betekenis hebben. Het lijkt nochtans uitgesloten dat het Wetboek van Vennootschappen op dit punt zo een drastische ommekeer van de voorheen bestaande quasi-unanieme interpretatie heeft beoogd.⁸⁰⁸

e) BESLUIT

214. De “bestuursmacht” die het vennootschapscontract elk der vennoten verleent, werd dus in de klassieke interpretatie van de regels van het Burgerlijk Wetboek (zoals die vandaag doorleven in het Wetboek van Vennootschappen) geïnterpreteerd als steunend op een mandaat met vertegenwoordigingsluik:

“Le pouvoir est un mandat.”⁸⁰⁹

⁸⁰⁵ Zie *supra* p. 198 e.v. Zie zeer uitdrukkelijk: R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 468-469.

⁸⁰⁶ Zie ook: J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 305.

⁸⁰⁷ Overigens blijkt op vele plaatsen dat de soep niet zo heet wordt gegeten als ze werd opgediend. Zie J. VANANROYE, “Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap”, 237, 240 en 242-243, 245, 253, 256-257.

⁸⁰⁸ Zoals men weet was wat inhoudelijke wijziging betreft, het opzet van de codificatie van 1999 zeer beperkt. Waar toch hier en daar een inhoudelijke precisering werd doorgevoerd, was dit voor bepalingen die “*ofwel volgens een quasi-eensluidende doctrine anders moesten gelezen worden dan ze letterlijk luiden, ofwel moeten veranderd worden om aan nutteloze of weinig principiële discussies in de rechtsleer een einde te stellen*”. Wetsontwerp houdende invoering van het Wetboek van Vennootschappen, Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1998-99, 1838/1, 19. De hier relevante wetsbepalingen komen echter niet voor in de opsomming van artikels waarvoor dit het geval was.

⁸⁰⁹ F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 351.

Vertegenwoordigingsbevoegdheid behoort tot de gemeenrechtelijke kern van de bestuursopdracht, en is aanwezig in de meest eenvoudige vennootschapsstructuur.

C. Elke zaakvoerder is een lasthebber

215. In een volgende stap, verdwijnt geleidelijk aan elk onderscheid tussen de diverse bestuursmodellen wat betreft de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen de vennootschap en de zaakvoerder(s). Dit ondanks het feit dat artikel 1856 B.W. (art. 33 W.Venn.) qua terminologie een onderscheid lijkt te maken tussen de statutair benoemde zaakvoerder en de zaakvoerder aangeduid bij latere akte: enkel de laatste kan worden herroepen “zoals een eenvoudige lastgeving”. Maar aangezien de lastgevingsregels op dit punt (herroeping) suppletief zijn, stond deze bepaling er niet aan in de weg dat de *onderliggende rechtsverhouding* uniform als lastgeving werd gekwalificeerd. De vroegere diversiteit, al dan niet enkel terminologisch, verdwijnt.⁸¹⁰ Of nu een vennoot optreedt bij gebreke aan uitdrukkelijke bestuursregeling, een vennoot uitdrukkelijk met bestuur werd belast (in de vennootschapsakte of nadien), dan wel hiervoor een niet-vennoot werd aangesteld (in de vennootschapsakte of nadien): allen zijn lasthebbers van de vennootschap, dus van de gezamenlijke vennoten. “*L’administration est toujours un mandat*”, schrijft François LAURENT.⁸¹¹ Indien één of meer vennoten of zelfs een derde werden aangeduid om te besturen, gaat het om een uitdrukkelijk mandaat. Werd niets voorzien, “*c’est un mandat tacite*”.⁸¹² Tussen de diverse hypothesen bestaat qua kwalificatie van de rechtsverhouding geen fundamenteel verschil.⁸¹³ Gelijkaardige analyses vindt men bij de meeste andere klassieke commentatoren.⁸¹⁴ Bij DE PAGE is dit proces volledig voltrokken. De principes van het optreden van de gemeenrechtelijke vennootschap (die door DE PAGE grotendeels

⁸¹⁰ Dit gebeurt natuurlijk niet van de ene dag op de andere. TROP LONG, bijvoorbeeld, noemt alle gevallen van optreden namens de vennootschap volgens de gemeenrechtelijke vennootschapsregels lastgeving (R. TROP LONG, *Du contrat de société*, 261 en 242-243; zie ook 290-293), maar verwijst ook nog veelvuldig naar het “institorschap” en soms zelfs nog naar de “factor” als het bestuur aan een niet-vennoot werd opgedragen (p. 246, 286-287, 291, 294 (nr. 823)).

⁸¹¹ F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 311.

⁸¹² F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 321.

⁸¹³ F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 323.

⁸¹⁴ C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français*, VI, 35-39 (zie ook voetnoot 5 op p. 37); G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, II, 651-653; J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, 387 e.v.; C. HOUPIN en H. BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés*, I, 218; P. PONT, *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, VII, p.381 (nr. 551) e.v. BELTJENS lijkt even tegen te sputteren. G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit commercial belge*, II, 52, nr. 16: de statutair tot het bestuur benoemde vennoot is, in tegenstelling tot de nadien benoemde zaakvoerder, geen lasthebber. Maar de stortvloed aan lastgevingsretoriek in de daaropvolgende pagina’s, ook met betrekking tot de statutair besturende vennoot, maakt duidelijk dat deze opmerking vooral moet begrepen worden in zijn context: de onafzetbaarheid van de statutair met het bestuur belaste vennoot.

worden doorgetrokken naar de gemeenrechtelijke vereniging⁸¹⁵) worden volledig benaderd vanuit het prisma van de lastgeving. De twee basisprincipes van deze vennootschapsvorm zijn het gebrek aan rechtspersoonlijkheid, en de verbondenheid via lastgeving.⁸¹⁶ De verbintenissen van de vennootschap (dus van de vennoten) ten aanzien van derden worden volledig bepaald door de principes van de lastgeving.⁸¹⁷ Zaakvoerders zijn altijd lasthebbers.⁸¹⁸ Als er in een uitdrukkelijke bestuursstructuur werd voorzien, maakt het niet uit of de zaakvoerder vennoot is of derde: de toepasselijke regels zijn dezelfde.⁸¹⁹ Als er niets werd voorzien, wordt de lastgeving vermoed.⁸²⁰ Deze stroomlijning kende brede ingang. Alleen al het feit dat het tegenwoordig gebruikelijk is al diegenen die bestuursbevoegd zijn uniform als zaakvoerders te omschrijven, getuigt hiervan.⁸²¹

216. Deze vaststelling is interessant omdat er binnen de gemeenrechtelijke vennootschapsregels plaats is voor grote diversiteit in bestuursstructuren. Het verschil tussen vennoten die zelf optreden (en daarbij zelfs op het veto van elke andere vennoot kunnen stuiten) en de statutair gecreëerde collegiale raad van extern gekozen zaakvoerders is zeer groot.⁸²² Maar zelfs binnen die diversiteit is plaats voor een uniforme onderliggende kwalificatie.

D. Zaakvoerder verbindt steeds als (volmaakt) vertegenwoordiger

217. Een derde punt dat de stroomlijning van het externe optreden als vertegenwoordiging via lastgeving vorm gaf, heeft betrekking op de wijze waarop het optreden van de zaakvoerder wordt toegerekend. Lastgeving wordt in de 19e eeuw de vertegenwoordigingsfiguur bij uitstek, met volmaakte vertegenwoordiging als uniform toerekeningsstramien. De uniforme kwalificatie van de zaakvoerder als lasthebber, gaat dan ook hand in hand met de uniforme toerekening van de rechtshandelingen die hij namens de vennootschap aangaat via het procédé van de volmaakte vertegenwoordiging. Dit is vooral conceptueel een belangrijke evolutie. Er is in de meest eenvoudige vennootschapsstructuren, zonder rechtspersoonlijkheid, niet noodzakelijk een groot praktisch verschil tussen de vennoot die

⁸¹⁵ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 61 e.v.

⁸¹⁶ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 62-63.

⁸¹⁷ “C’est la question du mandat qui conditionne le jeu de l’article 1863 du Code civil” (H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 63). En: “Somme toute, tout cela est l’application pure et simple de l’article 1998 du Code Civil” (p. 101).

⁸¹⁸ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 94.

⁸¹⁹ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 95.

⁸²⁰ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 97.

⁸²¹ Zie: G. BALLON, K. GEENS en J. STUYCK, *Handels- en vennootschapsrecht*, 210 e.v.; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 307. J. VAN RYN, *Principes*, I, 297 e.v. Vergelijk ook: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, II, 133 en 138-139 (contra de kwalificatie als mandaat, maar pro het feit dat er geen fundamenteel verschil is tussen de verschillende bestuurshypotheses).

⁸²² Zelfs al is de denkoefening vanuit de praktijk bekeken, eerder theoretisch.

zichzelf verbindt, en zijn medevennoten accessoir met hem, en de vennoot die volledig als doorgeefluik fungeert, maar wel samen met de andere vennoten aan de andere kant van het luik staat. Maar toch voelt men op de duur de nood ook deze meest eenvoudige hypothesen als *species* van eenzelfde vertegenwoordigingsstramien te benaderen. Ook dit proces voltrok zich natuurlijk niet van de ene dag op de andere.⁸²³ Maar de richting is zeer duidelijk. LAURENT schrijft:

Le mandataire ne s'oblige pas personnellement, il oblige le mandant. Il en est de même de l'associé mandataire⁸²⁴, il oblige la société; il n'est donc obligé par les engagements qu'il contracte que comme associé, c'est-à-dire pour sa part virile.⁸²⁵

Het is conceptueel interessant dat LAURENT hier de noodzaak voelt de omweg via vertegenwoordiging te maken. Deze vennootschapsvorm had immers geen rechtspersoonlijkheid. Uiteindelijk duikt de vennoot opnieuw op aan de andere kant. Het optreden van een vennoot-zaakvoerder, kon dus evengoed worden geanalyseerd (zoals vroeger) als optreden waarbij de vennoot zichzelf verbindt (in dit geval voor een gelijk deel) en de overige vennoten als lasthebber (ook voor een gelijk deel): *se et sociis suis*. Maar LAURENT analyseert de toerekening van rechtshandelingen volledig in termen van volmaakte vertegenwoordiging via lastgeving. De venoot-zaakvoerder verbindt zichzelf niet in die hoedanigheid, enkel als vennoot. Dit vinden we ook terug bij DE PAGE:

Lorsque le gérant (ou l'associé) a traité comme mandataire et dans les limites de ses pouvoirs, ce sont tous les associés qui seront engagés (y compris l'associé-gérant, mais pour sa part seulement), *et non le gérant*, car celui-ci n'a pas contracté en son nom personnel.⁸²⁶

⁸²³ Er werd al opgemerkt dat TROPLONG nog veelvuldig naar het “institorschap” verwijst (p. 246, 286-287, 291, 294 (nr. 823)). Bij momenten krijgt men duidelijk de indruk dat het gebruik van de term “institor” bewust verwijst naar het oude stramien van de accessoire verbondenheid: de institor verbindt in de eerste plaats zichzelf, en daarnaast, accessoir, de vennoten (p. 299 (nr. 839)). Vergelijk ook, in de voorbereidingen van de Vennootschappenwet van 1873, waar PIRMEZ de naamloze vennootschap van de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap onderscheidt, met verwijzing naar het feit dat de twee laatstgenoemde onder een *raison sociale* optreden en de NV niet: “*La raison sociale manifeste, en même temps que l'être moral de la société, la collectivité des associés agissant eux-mêmes par une signature commune. La société anonyme n'agit jamais par elle-même; dans tous ses actes, elle est représentée par des mandataires, elle n'a pas de signature qui lui soit propre*” (J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 113).

⁸²⁴ LAURENT maakt hier het punt voor de bestuurder die ook vennoot is, maar uit de context blijkt dat het hier zeker niet de bedoeling was de analyse hiertoe te beperken. *A fortiori* geldt voor de bestuurder die geen vennoot is, dat hij zichzelf niet persoonlijk verbindt.

⁸²⁵ F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 352. Zie ook: Brussel 16 april 1856, *Pas.* 1856, II, 263; P. PONT, *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, VII, 432-433; V. THIRY, *Cours de droit civil*, IV, 135 (meer impliciet).

⁸²⁶ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 101 (klemtoon toegevoegd).

We zien hier tegelijk opnieuw hoe evoluties in het toerekeningsmechanisme bijna automatisch tot een grotere individualisering van de vennootschap leiden en functioneel ook rechtspersoonlijkheid voorafspiegelen.⁸²⁷

E. Vennootschap onder firma: variatie op een thema

218. De VOF is naar oorsprong een eeneige tweeling van de vennootschap van het Burgerlijk Wetboek. Het is een gemeenrechtelijke vennootschap waaraan solidaire aansprakelijkheid der vennoten werd toegevoegd.⁸²⁸ Het Wetboek van koophandel van 1807 kon dit moeilijk duidelijker maken: op een totaal van slechts drie artikelen specifiek voor de VOF, bevatte het er welgeteld één dat eventueel relevant kon zijn wat betreft bestuur en vertegenwoordiging (art. 22). Dit artikel bepaalde dat de vennoten solidair gehouden zijn tot de verbintenissen van de vennootschap, zelfs indien één van hen heeft getekend, indien dit onder de “gemeenschappelijke naam” of de “firma” (de *raison sociale*) was gebeurd. Aan de bepalingen omtrent de VOF werd sedertdien amper iets gewijzigd. Artikel 22 W.Kh. 1807 werd in 1873 artikel 17 Vennootschappenwet en in 1999 artikel 204 Wetboek van Vennootschappen. Het luidt nu:

“De vennoten onder firma zijn hoofdelijk aansprakelijk voor alle verbintenissen van de vennootschap, ook al heeft een enkele vennoot getekend, mits dit namens de vennootschap geschied is”.

⁸²⁷ Het is op dit punt minstens ironisch dat net LAURENT een wellicht belangrijke rol heeft gespeeld in het feit dat de vennootschap van het B.W. in ons land – in tegenstelling tot in Frankrijk – uiteindelijk geen rechtspersoonlijkheid werd toegedicht. Voor de VOF was dit op basis van quasi-identieke wetsbepalingen (en ondanks het feit dat het Wetboek van Koophandel van 1807 evenmin uitdrukkelijk in rechtspersoonlijkheid voorzag) wel het geval. Zoals gekend was LAURENT, vooral om politieke redenen, zeer wantrouwig naar het rechtspersoonlijkheid aanging. Zie F. LAURENT, *Principes*, I, 367 e.v. Het politieke (antiklerikale) karakter van dit standpunt wordt het best geïllustreerd in de beruchte passages over de religieuze ordes: XXVI, 199 e.v. Zie over deze discussie in ons land ook: V. THIRY, “Les sociétés civiles: constituant-elles des personnes juridiques distinctes de celles des associés”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, V, 412-446 (en het vervolgartikel: V. THIRY, “Des rapports existants dans les sociétés civiles entre les associés et les tiers”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, VII, 289-316).

⁸²⁸ G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit commercial belge*, II, 210 (nr. 2); J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, 381; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 323-326; R. TROP LONG, *Du contrat de société*, 144 (nr. 359), 261 (nr. 715), 364 (nr. 1072); J. VAN RYN, *Principes*, I, 287. “Toegevoegd” is in deze eerder conceptueel dan historisch te interpreteren. Zie H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècles*, 14. Het onderscheid tussen burgerlijke vennootschappen en handelsvennootschappen was vanuit historisch oogpunt lange tijd zeker niet zo uitgesproken als nadien, en solidariteit der vennoten was, zo lijkt, eerder regel dan uitzondering. Later werd duidelijk dat er een tweede belangrijk verschil was: rechtspersoonlijkheid. Maar *ab initio* was dit laatste resultaat niet voorbestemd: de rechtsregels voor beide vennootschappen waren quasi-identiek, en noch het B.W., noch het W.Kh. sprak zich uitdrukkelijk over de rechtspersoonlijkheid uit.

Voor de regels omtrent bestuursstructuur van de vennootschap onder firma, werd (en wordt) dan ook bijna integraal teruggегреpen naar de algemene regels van het Burgerlijk Wetboek.⁸²⁹ De stroomlijning van het vennootschappelijk optreden via vertegenwoordiging en lastgeving loopt dus parallel aan het beeld dat voor de maatschap werd geschetst. Wel werd, net zoals voor de andere vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, in een publiciteitsregime voorzien.⁸³⁰

219. Wat vertegenwoordiging betreft, had dit best anders kunnen lopen. Het valt op dat artikel 22 W.Kh. (art. 17 Venn.W; art. 204 W.Venn.) wel het spiegelbeeld lijkt van de oorspronkelijke artikelen 1862-1864 B.W. Die bepalingen van het B.W. bevatten in grote lijnen twee luiken: (i) de vennoot die onbevoegd, maar wel onder *raison sociale* optreedt, verbindt de vennootschap ten aanzien van derden niet, en (ii) de vennoten zijn voor een gelijk deel gehouden tot de vennootschappelijke verbintenissen. Zeker het toenmalige artikel 1862 B.W.⁸³¹ wekte de indruk dat voor handelsvennootschappen *op beide punten* een ander regime gold, of minstens in de maak was. En artikel 22 W.Kh 1807 (art. 17 Venn.W; art. 204 W.Venn.) kan op die manier worden gelezen. Dat het in een ander regime voorziet op het vlak van de solidariteit is duidelijk. Maar *prima facie* lijkt dit ook het geval voor wat betreft het vertegenwoordigingsluik. Het artikel zou elke vennoot dan werkelijk vertegenwoordigingsmacht geven, ongeacht zijn contractuele (on)bevoegdheid, van zodra hij ten aanzien van derden namens de vennootschap optreedt.

Het eerder besproken standpunt van Joeri VANANROYE als zou bestuursbevoegdheid in de maatschap geen vertegenwoordigingsbevoegdheid impliceren, kan worden gelezen als een creatieve oplossing voor dit probleem. De tekstuele discrepantie bestaat, en wordt opgelost door het externe gehalte van de maatschap te *reduceren*.⁸³² Het wetsartikel over de VOF verruimt, in die opvatting, inderdaad de bepalingen over de maatschap, maar enkel omdat die laatste gemeenrechtelijk geen vertegenwoordiging kent.

Zoals toegelicht, overtuigt dit standpunt niet. Tekstueel ligt het meer voor de hand de eventuele afwijking die artikel 22 W.Kh. (art. 17 Venn.W; art. 204 W.Venn.) aan de burgerrechtelijke vennootschapsregels zou hebben aangebracht in de andere richting te zoeken: in de gemeenrechtelijke handelsvennootschap

⁸²⁹ G. BALLON, K. GEENS en J. STUYCK, *Handels- en vennootschapsrecht*, 229; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit commercial belge*, II, 213; J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, 383 e.v.; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 323; P. NAMUR, *Le code de commerce belge révisé*, 2e uitgave, III dln., Brussel, Bruylant, 1884, II, 73 e.v.; R. TROPLONG, *Du contrat de société*, 257, 261, 291 e.v.; J. VAN RYN, *Principes*, I, 297 e.v.; X., noot onder Kh. Antwerpen 17 april 1894, *R.P.S.* 1895, 53.

⁸³⁰ De inhoudelijke weerslag hiervan op de analyse wordt uitgebreid besproken *infra* p. 262 e.v.

⁸³¹ “In andere vennootschappen dan die van koophandel zijn de vennoten niet hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschappelijke schulden en een van de vennoten kan de overigen niet verbinden, indien deze hem daartoe geen volmacht hebben gegeven.”

⁸³² J. VANANROYE, “Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap”, 256.

(toen de VOF) is de vertegenwoordigingsmacht *ruimer* dan in de vennootschap van het Burgerlijk Wetboek. De VOF is verbonden zodra een vennoot tekent met de *raison sociale* ook al was hij hier misschien niet voor bevoegd. Artikel 22 W. Kh. (art. 17 Venn.W; art. 204 W.Venn.) wijkt af van de in artikel 1862-1864 B.W. (art. 50-51 W.Venn.) vervatte regel dat de uitdrukkelijke vertegenwoordigingsregeling principieel aan derden tegenwerpelijk is. Er werd al toegelicht dat POTHIER's werk een zekere basis geeft voor de opvatting dat er niet alleen qua solidariteit, maar ook qua vertegenwoordiging een onderscheid was tussen burgerlijke vennootschappen en handelsvennootschappen.

220. Deze interpretatie werd nochtans vrij eensgezind van de hand gewezen. De klassieke auteurs zijn het er over eens dat artikel 22 W.Kh. (art. 17 Venn.W.; art. 204 W.Venn.) geen wettelijke vertegenwoordigingsmacht toekent aan elke vennoot, onafhankelijk van wat de vennoten op dit punt overeenkwamen.⁸³³ Ook in de vennootschap onder firma is de vertegenwoordigingbevoegdheid dus in de eerste plaats in de bestuursbevoegdheid te zoeken, naar het stramien van de vennootschap van het B.W. Dit standpunt is verdedigbaar. Artikel 22 W.Kh. stamt rechtstreeks af van artikel 7 van titel IV van de *Ordonnance du Commerce* van 1673 (ook wel *Code Savary* genoemd).⁸³⁴ Ten tijde van de *Code Savary* bestond geen Burgerlijk Wetboek, en dus ook geen geschreven equivalent van artikel 1859, 1° B.W. Het wederzijds mandaat was gewoonterechtelijk gegroeid en in de praktijk goed ingeburgerd maar bleef vooral wat betreft de hoofdelijkheid van de op grond daarvan aangegane verbintenissen tot oprispingen van Romeinsrechtelijk geïnspireerde gewetensnood zorgen. De Code Savary bevestigt dat het vennootschapscontract, bij gebreke aan andersluidend beding, elke vennoot mandaat geeft om de andere vennoten hoofdelijk te verbinden.⁸³⁵ Historisch gezien zijn er in de tekst van deze regel dus wel degelijk twee luiken aanwezig: solidariteit en vertegenwoordiging. Maar het luik vertegenwoordiging zegt niet meer dan wat nadien door artikel 1859, 1° B.W. werd bevestigd. Op dat punt zijn artikel 1859, 1 B.W. en artikel 22 W.Kh. loten van dezelfde stam.⁸³⁶ Het was dus niet nodig artikel 22 W.Kh., behalve de solidariteit, meer te laten zeggen dan artikel 1859, 1°

⁸³³ G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit commercial belge*, II, 212 (nr. 12); J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, 383, R. TROP LONG, *Du contrat de société*, 292; J. VAN RYN, *Principes*, I, 299-300. Hoewel de exacte uitlegging van de wetsbepaling soms uiteenloopt, leeft dit standpunt door tot op vandaag. Zie: J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 326; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, II, 101; J. VANANROYE, "Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap", 254. Vergelijk: G. BALLON, K. GEENS en J. STUYCK, *Handels- en vennootschapsrecht*, 229-230.

⁸³⁴ De Code Savary oefende een grote invloed uit bij de opstelling van het Wetboek van Koophandel van 1807. Zie hierover onder meer: J.-L. THIRIAU, "Un code traditionaliste pour un droit nouveau", 27 e.v.

⁸³⁵ H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècles*, 145-148.

⁸³⁶ Bij de redactie van het Wetboek van koophandel was het legistiek dan ook wellicht eleganter geweest, gelet op het feit dat intussen het Burgerlijk Wetboek en zijn art. 1859 waren tot stand

B.W.⁸³⁷ De regel werd suppletief geïnterpreteerd, naar het voorbeeld van artikel 1859, 1° B.W. Aan vennoten kon het bestuur uitdrukkelijk worden ontzegd. Dit werkte *in beginsel* door naar derden, zelfs indien de onbevoegde vennoot had beweerd namens de vennootschap op te treden en met de *raison sociale* had getekend.⁸³⁸

Op deze manier schakelde de klassieke interpretatie de vennootschap van het Burgerlijk Wetboek en de vennootschap onder firma ook op dit punt gelijk, met die nuance dat in de VOF de bestuursregeling bij gebreke aan publicatie niet tegenwerpelijk is aan derden. De principes van artikel 1862 en 1864 B.W. (art. 50-51 W.Venn.), die de gegeven lastgeving doen respecteren, gelden dus principieel ook in de gemeenrechtelijke handelsvennootschap. De regel vervat in artikel 22 W.Kh. (art. 17 Venn.W; art. 204 W.Venn.) wijkt hier niet fundamenteel van af.

221. Dit algemeen beeld is niet veranderd met de herschikkingen die het vennootschapsrecht heeft gekend in 1995⁸³⁹ en 1999.⁸⁴⁰ De wet van 13 april 1995 had kortstondig de existentiële twijfel over de betekenis van toenmalig artikel 17 Venn.W. (art. 204 W.Venn.) kunnen verscherpen. Voortaan was het mogelijk een regelmatige commerciële maatschap tot stand te brengen, zonder rechtspersoonlijkheid, beheerst door de regels van het B.W.⁸⁴¹ Daarom werd de regel dat in handelsvennootschappen de vennoten solidair gehouden zijn tot de vennootschapsschulden, rechtstreeks in het B.W. verankerd. De zijdelingse verwijzing naar handelsvennootschappen in artikel 1862 B.W. werd geschrapt, en in de plaats

gekomen, niet zonder meer het betrokken artikel uit de *Ordonnances du Commerce* over te schrijven.

⁸³⁷ Art. 22 W.Kh. heeft wellicht wél geholpen om de traditie die in handelsvennootschappen de bevoegdheidsopdracht iets objectiever te benaderen, levendig te houden. Zie R. TROPONG, *Du contrat de société*, 291 (nr. 809-810). Zie hierover ook *supra* voetnoot 794 en *infra* p. 306 e.v.

⁸³⁸ Zie de voorbeelden bij H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIIe et XVIIIe siècles*, 146-147, en het duidelijke besluit op p. 148. Het verhaal over de derdenwerking van statutaire clausules is echter genuanceerd. Het bijzondere wettelijke publiciteitsregime, dat vanaf het Wetboek van koophandel stilaan op gang raakte, speelt daarbij een grotere rol dan men veelal denkt. Zie reeds *supra* voetnoot 794 en meer uitgebreid *infra* p. 306 e.v.

⁸³⁹ Wet van 13 april 1995, B.S. 17 juni 1995.

⁸⁴⁰ Wetboek van Vennootschappen.

⁸⁴¹ Het verhaal over de afschaffing van de “moet-rechtspersoon” in 1995 is genoegzaam bekend en wordt hier niet herhaald. Zie voor een inleiding: K. GEENS, “De fundamenteën van het vennootschapsrecht dooreengeschied voor de eeuwwende” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, 13-60. Sinds de wet van 13 april 1995 verkrijgen handelsvennootschappen rechtspersoonlijkheid pas na neerlegging van de oprichtingsakte (huidig art. 2, § 4 W.Venn.). Een vennootschap onder firma met rechtspersoonlijkheid bestond voortaan dus enkel als alles volgens de regels was verlopen: geschreven vennootschapsovereenkomst die regelmatig werd neergelegd. Dit opende meteen de mogelijkheid van openbare en duurzame commerciële samenwerking *zonder* dat noodzakelijk een vennootschap onder firma met rechtspersoonlijkheid tot stand kwam. Deze vennootschap zou dan eenvoudigweg beheerst worden door de regels van het Burgerlijk Wetboek en kon voortaan *commerciële maatschap* worden genoemd. In zeker zin verloor de VOF hiermee haar statuut van handelsvennootschap van gemeen recht aan de commerciële maatschap.

kwam in artikel 1863 B.W. de uitdrukkelijke uitsplitsing over vennootschappen met een burgerlijk doel (gelijke delen) en vennootschappen met een handelsdoel (solidariteit).⁸⁴² Artikel 1862 B.W. bleef wat verweesd achter.⁸⁴³ Artikel 17 Venn.W. (art. 204 W.Venn.) zat nu helemaal met een identiteitscrisis. De klassieke interpretatie had er al elk extra vertegenwoordigingsluik uit gelezen, en het op dit punt gereduceerd tot een toepassing van artikel 1859, 1° B.W. Maar nu werd ook het solidariteitsluik niet meer dan een herhaling van het Burgerlijk Wetboek (nieuw art. 1863 B.W.).⁸⁴⁴ Wie na 1995 vaststelt dat artikel 17 Venn.W. (art. 204 W.Venn.)⁸⁴⁵ niet veel toevoegt als solidariteitsregel⁸⁴⁶, gaat onvermijdelijk opnieuw op zoek naar zingeving in het vertegenwoordigingsluik. Zoals eerder toegelicht lost VANANROYE dit – ten onrechte – op door het externe gehalte van de maatschap te reduceren, en artikel 17 Venn.W. (art. 204 W.Venn.) te lezen als een uitbreiding voor de VOF tot het “normale” externe gehalte (vertegenwoordigingsbevoegdheid voor wie het bestuur heeft, en niet voor de rest). Aan het andere eind van het spectrum duikt ook onvermijdelijk weer het standpunt op dat de bepaling aan elke vennoot dwingende wettelijke vertegenwoordigingsmacht verleent.⁸⁴⁷ Ook dit laatste is, gelet op de vaststaande interpretatie voorheen, zeer betwistbaar. Het lijkt zeer onwaarschijnlijk dat de wet van 13 april 1995, *die artikel 17 Venn.W. ongemoeid liet*, hieraan impliciet een totaal nieuwe draagwijdte heeft toegekend.

222. Het Wetboek van Vennootschappen van 1999 maakt een einde aan alvast dit luik van de identiteitscrisis. De meeste bepalingen van het Burgerlijk Wetboek werden ondergebracht onder boek II, “Bepalingen gemeenschappelijk aan alle

⁸⁴² Voor de volledigheid kan worden vermeld dat de wet van 13 april 1995 sprak van vennootschappen opgericht “naar burgerlijk recht” en “naar handelsrecht”. Met het Wetboek van Vennootschappen werd dit verbeterd tot “met een burgerlijk doel” en “met een handelsdoel” (art. 50 W.Venn.).

⁸⁴³ Een defenestratie die werd bevestigd nu deze bepaling in het Wetboek van Vennootschappen na het toenmalige art. 1864 B.W. werd geplaatst (art. 50-51 W.Venn.), en er in zijn huidige vorm eigenlijk dubbel gebruik mee uitmaakt.

⁸⁴⁴ De nieuwe, maar ongelukkig geformuleerde verwijzing naar art. 17 in art. 2 Venn.W. *in fine* (nu beter geformuleerd als art. 2, § 4 W.Venn.) voegde hier niet veel aan toe. Zie: K. GEENS, “De fundamente van het vennootschapsrecht dooreengeschud voor de eeuwwende”, 23; K. GEENS, F. HELLEMANS en M. WYCKAERT, “Artikelsgewijze commentaar van de inhoudelijke wijzigingen ingevolge het Wetboek van Vennootschappen” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Het Wetboek van Vennootschappen en zijn uitvoeringsbesluit*, Kalmthout, Biblo, 2002, 30.

⁸⁴⁵ En de verwijzing ernaar in art. 2 *in fine* Venn.W. (art. 2, § 4 W.Venn.).

⁸⁴⁶ Zie bijvoorbeeld J. VANANROYE, “Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap”, 254.

⁸⁴⁷ A. GOSSELIN, “La réforme du 13 avril 1995: la fin de la théorie des cadres légaux obligatoires et l’apparition d’une société commerciale à forme civile”, *Act. Dr.* 1997, 726. Zie ook: J. VANANROYE, “Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap”, 256-257 (die dit standpunt bespreekt, maar bestrijdt); K. GEENS, “De fundamente van het vennootschapsrecht dooreengeschud voor de eeuwwende”, 22 (waarin ik geen keuze voor dit standpunt lees). Vergelijk ook: K. GEENS en J. VANANROYE, “De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen”, 449.

vennootschappen” (art. 18-45 W.Venn.).⁸⁴⁸ Anderzijds werd er een afzonderlijk boek III gemaakt voor de maatschap (en de tijdelijke en stille handelsvennootschap). Het vroegere artikel 1863 B.W. werd hierin ondergebracht (art. 52 W.Venn.), net zoals trouwens de artikelen 1862 en 1864 B.W. (art. 51 en art. 50 W.Venn.).⁸⁴⁹ Dit artikel is nu beperkt tot de maatschap, wat ook in de tekst werd gewijzigd. Boek II, de regels van toepassing op alle vennootschappen, bevat geen equivalente bepaling. De regel van artikel 17 Venn.W. (voortaan art. 204 W.Venn. in boek V over de VOF en de gewone commanditaire vennootschap) heeft dus opnieuw zin als specifieke solidariteitsregel voor de VOF.⁸⁵⁰ Aan de inherente tekstuele dubbelzinnigheid van de wetsbepaling werd weliswaar niet geraakt, maar de klassieke interpretatie die hem tot de toevoeging van solidariteit beperkte, komt minder onder druk dan na de wet van 13 april 1995 het geval was.

De herschikking van de vennootschapsartikels uit het Burgerlijk Wetboek met het Wetboek van Vennootschappen geeft weliswaar aanleiding tot een aantal vragen waarop hier niet dieper wordt ingegaan.⁸⁵¹ Ze lijken de analyse immers niet fundamenteel te beïnvloeden.

3.2.3. *Besluit: vertegenwoordiging via lastgeving in de maatschap en de vennootschap onder firma*

223. Al zeer vroeg in de rechtsgeschiedenis is lastgeving nauw verweven met de ontwikkeling van het externe leven van vennootschappen en hierdoor misschien zelfs met rechtspersoonlijkheid. Het wederzijds mandaat tussen vennoten om elkaar ten aanzien van derden te verbinden, is misschien vanuit juridisch oogpunt wel de meest fundamentele eerste stap naar een externe toerekeningsstructuur die de vennootschap als afzonderlijke entiteit (maar daarom niet noodzakelijk als rechtspersoon) benadert. Maar noch lastgeving, noch vertegenwoordiging, had al de moderne contouren. Het zelf handelen van vennoten bleef lange tijd nadrukkelijk op de voorgrond. De verbondenheid der overige vennoten werd vaak benaderd via *institor aansprakelijkheid*, niet via volmaakte vertegenwoordi-

⁸⁴⁸ Dit is onder meer het geval voor de oude art. 1856 en 1859 B.W. (art. 33 en 36 W.Venn.). Het is nu ook visueel zeer duidelijk dat naar deze bepalingen moet worden teruggegrepen voor een zinvolle invulling van de bestuursstructuur van de VOF.

⁸⁴⁹ De volledige vroegere titel “Verbintenissen van de vennoten ten aanzien van derden” in het B.W. werd hiermee naar Boek III W.Venn. verbannen.

⁸⁵⁰ Hierbij past een kleine nuance, die echter het resultaat niet zal beïnvloeden. De toevoeging van solidariteit in het oorspronkelijke art. 22 W.Kh. was nodig in het licht van het toenmalige gemeen vennootschapsrecht, zoals vervat in art. 1863 B.W., dat in aansprakelijkheid voor gelijke delen voorzag. Maar ook de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid voor gelijke delen is met het Wetboek van Vennootschappen verbannen naar boek III over de maatschap.

⁸⁵¹ Zo bijvoorbeeld de overheveling van de art. 1862 en 1864 B.W. van gemeen recht voor alle vennootschappen, naar de regels specifiek voor de maatschap (art. 50 en 51 W.Venn.). Het brengt er bijvoorbeeld MALHERBE e.a. toe voor de verbondenheid via baATTRAKING in de VOF te verwijzen naar art. 50 dat staat in Boek III over de maatschap: J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 326.

ging. Bovendien was er zowel qua kwalificatie van de rechtsverhouding als qua toerekeningsstramien diversiteit tussen de verschillende soorten bestuursstructuur. Volmaakte vertegenwoordiging doet wellicht eerst zijn intrede in vennootschappen waar het gehele bestuur exclusief in handen van een derde werd gelegd (al is het nog lang mogelijk dat zulk persoon *institor* of *factor* wordt genoemd), en blijft wellicht het langste op de achtergrond in eenvoudige vennootschappen waar de vennoten omtrent het bestuur geen bijzondere regeling troffen. In de 19e eeuw maken we een stroomlijning mee volgens het patroon van vertegenwoordiging en lastgeving. De zaakvoerder is in principe een lasthebber, en verbindt de vennootschap, van wie hij de opdracht houdt, als vertegenwoordiger. Conceptueel wordt de rechtshandeling niet toegerekend aan diegene die haar materieel stelt, ook niet als die persoon vennoot is, maar wel onmiddellijk en integraal aan “de vennootschap”. Zelfs de vennoot die bij gebreke aan bestuursregeling bevoegd is, is een lasthebber met vertegenwoordigingsbevoegdheid. De uitdrukkelijk afgesproken bestuursregeling bepaalt echter de grenzen van het mandaat, en kan in beginsel tegenover derden worden ingeroepen.

224. Het B.W. van 1804 sprak van *de vennootschap*. Dit illustreert dat, onafhankelijk van de vraag naar formele rechtspersoonlijkheid, ook de maatschap heel wat kenmerken vertoont die de functionele kiem van rechtspersoonlijkheid vormen. De vennootschap onder firma is exact op hetzelfde model gecalqueerd en kreeg wel rechtspersoonlijkheid toegedicht. Het toerekeningspunt verschuift weliswaar van de persoon der vennoten naar een formeel rechtssubjectief brandpunt dat als het ware “tussen” hen ligt. Maar duidelijk is dat niemand de behoefte voelde hierdoor plots de analyse van bestuur in termen van vertegenwoordiging en lastgeving fundamenteel om te gooien. Vertegenwoordiging en lastgeving zijn vanuit historisch oogpunt geen kunstmatig op de rechtspersoon getransplanterde lichamen.⁸⁵²

3.3. COMMANDITAIRE VENNOOTSCHAP EN NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

225. Uit het voorgaande deel bleek dat vertegenwoordiging via lastgeving zich binnen de gemeenrechtelijke vennootschapsregels ontwikkelde tot de gemeenschappelijke juridische basis voor de toerekening van rechtshandelingen aan de vennootschap. Een gelijkaardige evolutie doet zich voor over de diverse vennootschapstypes heen. Ook evolueert tegen de 19e eeuw spontaan de idee dat er over vennootschappen heen geen fundamenteel verschil bestaat tussen de manier waarop lastgeving en vertegenwoordiging de toerekening van rechtshandelingen structureren. Dit wordt hier kort toegelicht voor die twee andere oertypes: de

⁸⁵² Zie ook het besluit bij dit onderdeel *infra* p. 225 e.v.

commanditaire vennootschap (*infra* 3.3.1) en de naamloze vennootschap (*infra* 3.3.2).

3.3.1. Commanditaire vennootschap

226. Als er een vennootschapsvorm was, waarvan het onwaarschijnlijk leek dat lastgeving ooit een belangrijke rol kon spelen in haar externe toerekeningsstructuur, dan moet het wel de commanditaire vennootschap zijn geweest. De *commenda* is vermoedelijk van Italiaanse oorsprong (10e eeuw van onze tijdrekening), en heeft oorspronkelijk even goed trekken van een (verdoken) lening als van een vennootschap. Een kapitaalverschaffer (*commendator*) stelt middelen ter beschikking van een ondernemer (*tractator*; aanvankelijk meestal een scheepskapitein) met het oog op een hopelijk winstgevende operatie (bijvoorbeeld een zeereis).⁸⁵³ De winst, zo die er was, werd nadien verdeeld. De *commendator* riskeert zijn inbreng, maar niet meer. De *tractator* treedt immers uitsluitend in eigen naam op, en verbindt de *commendator* niet ten aanzien van derden.⁸⁵⁴ Aanvankelijk kon dit enkel als de *commendator* nu net *niet* als lastgever of aansteller (*institor*) werd beschouwd.⁸⁵⁵ Niet van de *commendator*, maar ook niet, naar analogie van de *compagna*, van een zich ontwikkelende afzonderlijke vennootschappelijke entiteit.

De commanditaire vennootschap bleek echter een verbazende soepelheid te vertonen, die haar, dankzij de aansprakelijkheidsbeperking die zij boodt, een grote vlucht deed nemen. Hierbij speelde wellicht ook mee dat de praktijk vaak geen duidelijk onderscheid maakte tussen verschillende vennootschapstypes, wat tot heel wat beïnvloeding tussen de commanditaire vennootschap en de *société générale* (de gemeenrechtelijke vennootschap), en later ook tussen de commanditaire vennootschap en de ontwikkelende kapitaalvennootschappen, heeft geleid.⁸⁵⁶ Zeker in de Franse praktijk nam men het op de duur niet meer zo nauw met de eis dat enkel de gecommanditeerde vennoot naar derden toe optrad. Meer en meer verschijnt ook de commanditaire vennootschap onder een *raison sociale* en steunt zij ook intern op samenwerking.⁸⁵⁷ De *commenda* raakte stilaan geïntegreerd in een zich ontwikkelend algemeen vennootschappelijk model. Maar dit leidde tot spanningen. Beperkte aansprakelijkheid zonder enige openbaarmaking van de identiteit der commanditaire vennoten of van hun inbreng, was in het

⁸⁵³ Zie: R. DE ROOVER, "The organisation of trade", 49 e.v.; H. HANSMANN, R. KRAAKMAN EN R. SQUIRE, "Law and the rise of the firm", 1372 e.v.; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 170 e.v.; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 11-13.

⁸⁵⁴ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 173.

⁸⁵⁵ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 193; R. TROPLONG, *Du contrat de société*, 298 (en voetnoot 4).

⁸⁵⁶ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 194-195.

⁸⁵⁷ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 195. Zie voor praktijkvoorbeelden: H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVII^e et XVIII^e siècles*, 95 e.v.

oorspronkelijke model nu net verbonden met het feit dat de gecommanditeerde uitsluitend in eigen naam optrad. Dit verstond zich moeilijk met een extern optredende vennootschap of met commanditaire vennoten die zich met het bestuur inlieten. Met het Wetboek van koophandel van 1807 werd deze evolutie bekrachtigd en tegelijk bijgestuurd. De commanditaire vennootschap werd een “gewone” vennootschap, optredend onder een maatschappelijke benaming. Maar de namen der commanditaire vennoten mochten niet in de benaming voorkomen (art. 23 W.Kh. 1807). Zij moesten zich verder onthouden van inmenging (art. 27 W.Kh. 1807). En de vennootschapsakte moest worden gepubliceerd (art. 42 W.Kh. 1807).⁸⁵⁸ En hoewel het Wetboek van koophandel had nagelaten dit uitdrukkelijk te preciseren, twijfelde als snel bijna niemand meer aan de rechtspersoonlijkheid van handelsvennootschappen, dus ook van de commanditaire vennootschap.⁸⁵⁹

227. Het oorspronkelijke model van de commanditaire vennootschap was dus in wezen een vennootschap die gebruik maakte van de rechtssubjectiviteit van de gecommanditeerde vennoot. Hij en hij alleen fungeert als toerekeningspunt voor de rechten en verbintenissen die voortkomen uit de maatschappelijke activiteit. Naarmate de vennootschap onder maatschappelijke benaming extern optrad, en de overige vennoten zich *de facto* met het bestuur inlieten, verschoof het toerekeningspunt als het ware, althans conceptueel, naar een positie *tussen* de vennoten. De gecommanditeerde begint meer en meer op een gewone vertegenwoordiger te lijken: als hij optreedt, verbindt hij ook ten aanzien van derden “de vennootschap”. Dit proces is voltrokken met de commanditaire vennootschap zoals we die sinds het Wetboek van koophandel kennen. De rechten en verbintenissen die door de vennootschappelijke activiteit worden gegenereerd, worden toegerekend aan een rechtssubjectief brandpunt (de rechtspersoon) dat niet langer met één der vennoten samenvalt. De gecommanditeerde vennoot blijft weliswaar onbeperkt aansprakelijk. Maar het is duidelijk dat hier een conceptuele stap werd gezet tegenover het oorspronkelijke model. Hij is aansprakelijk voor de schulden van een ander, namelijk de rechtspersoon. Zeer symbolisch op dit punt is dat met de Vennootschappenwet van 1873 uitdrukkelijk werd bepaald dat, net zoals in de VOF, de onbeperkt aansprakelijke vennoot pas kan worden veroordeeld *nadat* de vennootschap zelf werd veroordeeld (toenmalig art. 122 Venn.W., nu art. 203 W.Venn.). Onlosmakelijk hiermee verbonden, wordt de rol van de gecommanditeerde vennoot geconcipieerd als die van een vertegenwoordiger. De eigenheid van de “*personnification de la société dans le gérant*”⁸⁶⁰ is, wat de toerekenings-

⁸⁵⁸ Zie ook: J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 210.

⁸⁵⁹ B. DONDERO, “Le code de commerce de 1807 et le mystère de la personnalité morale” in P. LE CANNU (ed.), *D'un Code à l'autre: le droit commercial en mouvement*, Parijs, L.G.D.J., 2008, 212 e.v. en 216; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 215.

⁸⁶⁰ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 221.

structuur betreft, verdwenen.⁸⁶¹ De gecommanditeerde vennoot heeft een bestuursopdracht voor de rechtspersoon en stelt rechtshandelingen die aan de rechtspersoon worden toegerekend. De gecommanditeerde is gewoonweg lasthebber van de vennootschap.⁸⁶² Het werd gebruikelijk de analyse van bestuur in de Comm.V. op dit punt gelijk te schakelen met die van de VOF.⁸⁶³ Het Wetboek van Vennootschappen voltrekt op zeer symbolische wijze dit proces. De VOF en de Comm.V. worden er zusterlijk samen behandeld in dezelfde wetsartikelen (Boek V, art. 201-209 W.Venn.).

3.3.2. Naamloze vennootschap

228. Wat de naamloze vennootschap betreft, kunnen we nog korter zijn. Het is niet nodig het fascinerende ontstaansproces van de moderne kapitaalvennootschap uitgebreid te schetsen. Het is immers duidelijk dat net in dit type vennootschap vertegenwoordiging en lastgeving in hun moderne incarnatie het eerst doorbraken. Het wederzijds mandaat voor alle vennoten maakt in grotere vennootschapsstructuren snel plaats voor een uitdrukkelijk georganiseerd bestuur van enkelen, soms ook niet-vennoten. In dat verband ontstonden ook voor het eerst uitdrukkelijke clausules die voorzien dat bestuurders die voor de vennootschap optraden, in die hoedanigheid zichzelf niet persoonlijk verbonden.⁸⁶⁴ Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat de vennootschapspraktijk op dit punt een belangrijke economische katalysator vormde voor de ontwikkeling van volmaakte vertegenwoordiging binnen de overeenkomst van lastgeving. Tegelijk is duidelijk hoe nauw ook hier weer ideeën rond rechtspersoonlijkheid en evoluties in de toerekeningsstructuur verweven zijn. Een bestuursstructuur met externe bestuurders die qua toerekening enkel nog als doorgeefluik fungeren, gaat hand in hand met de individualisering van het punt waaraan wordt toegerekend.

⁸⁶¹ Zie de zeer treffende beschrijving bij TROPLONG. R. TROPLONG, *Du contrat de société*, 297 e.v. Deze auteur schrijft op een ogenblik dat het verleden nog recent genoeg was om de ommezwaai duidelijk te percipiëren. Zie bijvoorbeeld op p. 299: “*Ne dites plus (...) que le commandité ne représente que lui-même*” en “*(...) dans la commandite, comme dans la participation, la substance de l'affaire était dans le gérant; au contraire, aujourd'hui elle est dans le corps moral que forme la commandite (...)*”. Zie ook de kritiek op deze evolutie, vanuit het traditionele stramien, bij: C. BEUDANT, “Des sociétés commerciales. Des origines et du système général de la loi du 24 juillet 1867 (premier article)”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* 1867, 417.

⁸⁶² Zie ook: J. RUYSEVELDT, *De gewone commanditaire vennootschap*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 132.

⁸⁶³ C. HOUPIN en H. BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés*, I, 370 en 372 e.v.; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 345; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 384 e.v.

⁸⁶⁴ G. SICARD, *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Age*, 310 (vanaf de 14e-15e eeuw). Zie ook: J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, 184.

De idee dat bestuurders steeds lasthebbers zijn die de vennootschap vertegenwoordigen zonder zichzelf te verbinden, is dan ook veel sneller verworven voor de (latere) NV dan voor de gemeenrechtelijke personenvennootschap.⁸⁶⁵ Dit is voldoende duidelijk opdat we ons hier kunnen beperken tot de vaststelling dat al in het Wetboek van koophandel van 1807 uitdrukkelijk werd bepaald dat bestuurders van naamloze vennootschappen lasthebbers zijn, die zich met betrekking tot de verbintenissen van de vennootschap niet persoonlijk verbinden, maar wel aansprakelijk zijn voor de goede uitvoering van hun mandaat (art. 31-32 W.Kh. 1807). In de eerste helft van de 19e eeuw kent de NV nog een grote diversiteit op het vlak van bestuursstructuur.⁸⁶⁶ Maar dat personen met een bestuursopdracht juridisch als lasthebbers werden benaderd, wier handelen via vertegenwoordiging aan de vennootschap werd toegerekend, staat buiten kijf. De vennootschappenwet van 1873 bepaalde het dan ook uitdrukkelijk: “*Les sociétés anonymes sont administrées par des mandataires (...)*”.⁸⁶⁷

3.4. BESLUIT

229. Vertegenwoordiging via lastgeving is vanuit historisch oogpunt geen vreemd lichaam dat door onbegrijpende privatisten kunstmatig op het rechtspersoonlijke fenomeen werd getransplanteerd, zoals de orgaantheorie later zou beweren. Het is net de juridische motor voor de ontwikkeling van het externe leven van vennootschappen. De vennootschap krijgt maar een extern leven zodra iemand voor de vennootschap met derden kan handelen *en* met dit handelen niet enkel zichzelf verbindt. Lastgeving speelde in dit proces vanaf het begin een sleutelrol en verhardt zelfs tot een van de eerste (suppletieve) regels van gewoonterechtelijk vennootschapsrecht: het vennootschapscontract omvat voor elke vennoot mandaat om te besturen en dus te vertegenwoordigen. Maar het toerekeningsstramien dat daarmee gepaard gaat, had nog niet meteen zijn moderne contouren. Er ontstaat een gradueel proces waarbij de optredende vennoot vanuit juridisch oogpunt stilaan uitgevlakt wordt. Volmaakte vertegenwoordiging doet zijn intrede in de lastgeving, en neemt geleidelijk aan alle bestuursvormen in. Het vennootschappelijke optreden raakt geconcipieerd vanuit een principieel onderscheid tussen diegene die de rechtshandeling stelt, en het punt waaraan de rechtshandeling wordt toegerekend. De juridische onderbouw

⁸⁶⁵ PIRMEZ vergelijkt nog in de voorbereidingen van de Vennootschappenwet van 1873 de VOF en de NV als volgt: “*La raison sociale [de la société en nom collectif] manifeste, en même temps que l'être moral de la société, la collectivité des associés agissant eux-mêmes par une signature commune. La société anonyme n'agit jamais par elle-même; dans tous ses actes, elle est représentée par des mandataires, elle n'a pas de signature qui lui soit propre*” (J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 113).

⁸⁶⁶ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIXe siècle*, 259 e.v. (en ook p. 282 en 295).

⁸⁶⁷ Toenmalig art. 43 Venn.W. Zie *infra* p. 237 e.v. over de tekstwijziging die het Wetboek van Vennootschappen op dit punt aanbracht.

voor dit toerekeningsstramien raakte in alle vennootschaps- en bestuursvormen uniform gestroomlijnd als vertegenwoordiging via lastgeving.

230. Tegelijk is duidelijk dat rechtspersoonlijkheid zich ontwikkelt, hand in hand met doorbraken in de regels rond lastgeving en vertegenwoordiging. Zelfs indien de gezamenlijke vennoten lang het toerekeningspunt blijven, is duidelijk dat de via “anderen” toegerekende rechten en verbintenissen een ander statuut krijgen dan deze die zich in het privé-vermogen van de vennoten bevinden. Dankzij het spel van lastgeving en vertegenwoordiging ontstaat zo een toerekeningsstructuur die rechtspersoonlijkheid aankondigt. De continuïteit van deze evolutie wordt treffend geïllustreerd aan de hand van de maatschap en de vennootschap onder firma. Op basis van zo goed als identieke regels, kreeg de ene rechtspersoonlijkheid, en de andere niet. Noch het Burgerlijk Wetboek, noch het Wetboek van Koophandel, hadden uitdrukkelijk in rechtspersoonlijkheid voorzien. De kernregels over bestuur en vertegenwoordiging, voor zover ze al niet in de wetteksten identiek waren, werden uniform geïnterpreteerd. Maar bij de VOF werd het resultaat geïnterpreteerd als rechtspersoonlijkheid, bij de vennootschap van het Burgerlijk Wetboek niet. Een illustratie van de langzame evolutie van het rechtspersoonlijkheidsbegrip. Maar voor dit onderzoek belangrijker: de omslag naar rechtspersoonlijkheid vindt plaats *zonder fundamentele verandering in de juridische analyse van bestuur en vertegenwoordiging*. Er komt een rechtssubjectief brandpunt in de plaats van toerekening aan de individuele – maar functioneel al deels afgesplitste – persoonlijkheid van de vennoten. Ook komt een publiciteitsregime de werking van vertegenwoordigingsregels aanvullen. Maar wat betreft de fundamentele juridische analyse van het externe optreden van de vennootschap via op lastgeving gegrondveste vertegenwoordiging, is er historisch manifest geen magisch kantonmoment waarop rechtspersoonlijkheid plots de oplossingen omgooit. De orgaantheorie houdt van een scherpe afscheiding van het rechtspersoonlijke fenomeen. Zodra de rechtspersoon op de proppen komt, spelen andere concepten en wetmatigheden en schiet het klassieke privaatrecht tekort. Alvast historisch klopt dit verhaal niet.

231. In het volgende punt wordt aangetoond dat die diepe historische inbedding van lastgeving als grondslag voor bestuursoptreden, positiefrechtelijk niet ongedaan werd gemaakt met de invoering van artikel 13 van de Vennootschappenwet van 1873 of met artikel 61 § 1 van het Wetboek van Vennootschappen. Deze wetsbepalingen geven geen wettelijke grondslag aan de orgaantheorie. Ze vormen geen wettelijke slagboom op de met bestuur als lastgeving ingeslagen weg.

4. ARTIKEL 61 § 1 W.VENN. EN ZIJN OORSPRONG: GEEN WETTELIJKE KEUZE VOOR ORGAAN- THEORIE EN TEGEN LASTGEVING

4.1. INLEIDING

232. Artikel 61 § 1 W.Venn. luidt:

De vennootschappen handelen door hun organen waarvan de bevoegdheden worden vastgesteld door dit wetboek, het doel en de statuten. De leden van deze organen zijn niet persoonlijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap.

Voor de inwerkingtreding van het Wetboek van Vennootschappen in 2001 stond er te lezen (art. 13 Venn.W.):

De vennootschappen handelen door hun zaakvoerders of bestuurders, wier bevoegdheden worden vastgesteld bij de akte van oprichting of bij latere akten, opgemaakt ter uitvoering van de akte van oprichting.

Die wetsbepaling is er al bij sinds de totstandkoming van de Vennootschappenwet in 1873.⁸⁶⁸ Een aantal auteurs zag hierin een wettelijke uitdrukking van de orgaantheorie.⁸⁶⁹ Het Wetboek van Vennootschappen zou dit dan hebben geëxpliciteerd.⁸⁷⁰

233. Het verband met de orgaantheorie heeft wellicht minder te maken met de wettekst zelf, dan met de parlementaire voorbereiding van de Vennootschappenwet van 1873 (*infra* 4.2). Naar aanleiding van de (ietwat incidentele) invoering van artikel 13 Venn.W. deed PIRMEZ in de Kamer een aantal uitspraken die aan de

⁸⁶⁸ Weliswaar in Franse versie: “*les sociétés agissent par leurs gérants ou administrateurs, dont les pouvoirs s’établissent par l’acte constitutif ou par les actes postérieurs faits en exécution de l’acte constitutif*”.

⁸⁶⁹ A.-P. ANDRÉ-DUMONT, C. BRÜLS en H. CULOT, “Responsabilité des organes de société: la restauration?”, 25; H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, 537 (genuanceerd); G. HORSMANS, “La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes” in X (ed.), *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, 558; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 361; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 716-717; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 695; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 149; G. VAN HECKE, “La responsabilité des sociétés pour faits de leurs administrateurs en droit belge”, 1012; J. VAN RYN, *Principes*, I, 259.

⁸⁷⁰ Y. DE CORDT, “Chronique d’une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société”, 206; G. HORSMANS, “La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes”, 559; S. RUTTEN, “Commentaar bij art. 61 W.Venn.” in X (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, Kluwer, 2003 (losbladig), 3. Zie ook: Wetsontwerp houdende invoering van het Wetboek van Vennootschappen, Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1998-99, 1838/1, 10.

orgaantheorie doen denken⁸⁷¹ (*infra* 4.2.1). Nochtans kan hieruit niet worden afgeleid dat artikel 13 Venn.W. een wettelijke illustratie van de orgaantheorie is, laat staan dat dit wetsartikel tot uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor de hele orgaantheorie zou worden gebombardeerd (*infra* 4.2.2). De opname in artikel 61 § 1 W.Venn. wijzigt deze conclusie niet (*infra* 4.3).

4.2. ARTIKEL 13 IN DE PARLEMENTAIRE VOORBEREIDING VAN DE VENNOOTSCHAPPENWET VAN 18 MEI 1873

4.2.1. Totstandkoming van artikel 13 Venn.W. en de woorden van PIRMEZ

234. De tekst van artikel 13 Venn.W. was vrij nietszeggend. Maar naar aanleiding van de invoering van dit wetsartikel, deed PIRMEZ in de Kamer een aantal uitspraken die het hart van voorstanders van de orgaantheorie, al is het met meerdere decennia vertraging, sneller deed slaan. Artikel 13 kwam bijzonder incidenteel tot stand. Het wetsontwerp dat tot de Vennootschappenwet van 18 mei 1873 zou leiden, werd bij de Kamer ingediend op 5 juli 1865.⁸⁷² Er gingen op dat ogenblik al meerdere jaren voorbereidend werk aan vooraf.⁸⁷³ Het Rapport PIRMEZ namens de Kamercommissie – een bijzonder mooi staaltje van degelijk parlementair werk en van groot belang bij de interpretatie van de wet – dateert van 9 februari 1866.⁸⁷⁴ De bespreking in plenaire zitting werd, opnieuw met een uiteenzetting van PIRMEZ, aangevat op 24 november 1868.⁸⁷⁵ Na meerdere jaren van naar hedendaagse normen zeer grondig parlementair werk, werd het ontwerp uiteindelijk door de Kamer aangenomen en overgezonden naar de Senaat op 3 december 1872.⁸⁷⁶ De bewuste opmerking van PIRMEZ die aanleiding zal geven tot het amendement dat artikel 13 Venn.W. werd, dateert van 20 november 1872, luttele

⁸⁷¹ TILQUIN EN SIMONART, de voornaamste moderne pleitbezorgers van de orgaantheorie in België, verwijzen op de in voetnoot 869 genoemde vindplaatsen op de keper beschouwd eerder naar de woorden van PIRMEZ dan naar de tekst van art. 13 Venn.W. VAN HECKE en VAN GERVEN (via VAN HECKE) citeren eveneens PIRMEZ, maar voor de volledigheid valt hierbij aan te stippen dat de verwijzing een onnauwkeurigheid bevat. Het citaat komt niet, zoals bij VAN HECKE aangegeven, uit GUILLERY's *Commentaire législatif* (de bundeling van de parlementaire voorbereidingen) maar wel uit zijn *Des sociétés commerciales* (de eigen analyse van de nieuwe wet). De bij VAN HECKE en VAN GERVEN geciteerde woorden zijn dan ook niet die van PIRMEZ, wel die van GUILLERY zelf. Zie: J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, 345.

⁸⁷² J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 1.

⁸⁷³ Zie het historisch overzicht bij: J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, ix-x. Zie ook: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 21.

⁸⁷⁴ J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 95.

⁸⁷⁵ J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 204.

⁸⁷⁶ J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 504.

dagen voordat het jarenlange totstandkomingsproces van de wet in de Kamer een einde nam.⁸⁷⁷

235. Waar ging het om? PIRMEZ wijst erop dat er zich in de praktijk soms problemen stellen met hypotheekbewaarders over akten in verband met onroerende goederen van naamloze vennootschappen. Men zou van bestuurders hebben geëist dat zij een authentieke volmacht hadden, of zelfs dat hun benoeming bij authentieke akte werd vastgesteld. Dit leidde tot ernstige praktische moeilijkheden en meerkosten⁸⁷⁸, zonder enige bijkomende waarborg: de eigendom van de onderliggende aandelen was daarmee immers nog niet authentiek vastgesteld. Om het standpunt van (sommige⁸⁷⁹) hypotheekbewaarders te counteren, ontwikkelt PIRMEZ het volgende argument. De wet eist authentieke volmacht wanneer het rechtssubject dat kan handelen, niet zelf handelt en op een derde beroep doet. Maar bestuurders zijn geen derden:

“quand les administrateurs interviennent, ce ne sont pas des tiers qui interviennent pour la société, c’est la société elle-même qui agit, par ses seuls organes légaux, par la seule mode d’action directe qu’elle possède. Or, par cela seul que la loi a organisé des corps moraux, elle a déterminé leur représentation physique de manière que celle-ci ait pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire à la fin pour laquelle ils existent”.⁸⁸⁰

Een verwant probleem stelde zich trouwens in vennootschapsvormen (met rechtspersoonlijkheid) die bij onderhandse akte konden worden opgericht. Die zouden hoe dan ook geen onroerende transacties kunnen verrichten. Hier, zo meent PIRMEZ, is de fout nog flagranter. Als de wet toelaat rechtspersoonlijkheid tot stand te brengen met een onderhandse akte, dan moet dit volstaan opdat de rechtspersoon geldig kan handelen via diegenen die daartoe bevoegdheid kregen. De hypotheekbewaarder kan hier niet zomaar vormvereisten aan toevoegen.

⁸⁷⁷ J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 439 (mondelinge tussenkomst van PIRMEZ tijdens de zitting van 20 november 1872) en 190 (verslag van PIRMEZ over het amendement).

⁸⁷⁸ Een punt dat wellicht in die tijd gevoeliger lag dan men nu zou denken. Het grootste deel van de belastinginkomsten kwam immers voort uit (transacties met) onroerende goederen. Veel discussies over rechtspersoonlijkheid (cfr. de vrees voor *mainmorte*) vinden hier hun “materiele” bron. PIRMEZ richt zich bij zijn voorstel tot amendering dan ook uitdrukkelijk mee tot de minister van financiën.

⁸⁷⁹ Het is onduidelijk in hoeverre dit echt nog een probleem was in de praktijk. De hypotheekbewaarders waren voor de betwiste interpretatie immers al onder gelding van de vorige wet (W. Kh.) door de rechtspraak op de vingers getikt (Brussel 31 maart 1847, *Pas.* 1849, II, 247; Brussel 25 april 1856, *Pas.* 1856, II, 129). Deze arresten lossen het probleem op met eenvoudige toepassing van (en uitdrukkelijke verwijzing naar) de beginselen van de lastgeving.

⁸⁸⁰ J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 439 (nr. 526). In het aanvullende rapport over de voorgestelde amendementen (wat betreft het uiteindelijke art. 13 W.Venn. beperkt tot één zin), schrijft PIRMEZ nog (p. 190): “[*Les conservateurs des hypothèques*] appliquent ainsi aux représentants directs et nécessaires des sociétés les dispositions inscrites dans la loi pour les mandataires ordinaires”.

Om beide redenen wordt er volgens PIRMEZ misschien⁸⁸¹ best een wetsbepaling ingevoegd die voor alle vennootschappen expliciteert dat:

“les sociétés sont représentées régulièrement par ceux qui justifient, par les actes que prescrit sa constitution, du droit de la représenter”⁸⁸²

Dit werd artikel 13 Venn.W. Er kan nu worden verduidelijkt waarom dit wetsartikel geen wettelijke grondslag geeft aan de orgaantheorie in het Belgische privaatrecht.

4.2.2. Artikel 13 Venn.W.: geen wettelijke grondslag voor de orgaantheorie

236. De woorden van PIRMEZ doen, in een bepaald licht bekeken, aan de orgaantheorie denken. Hij maakt immers een onderscheid tussen bestuurders en “gewone” lasthebbers. In de artikelsgewijze structuur die de eerste rechtsgeleerde commentaren doorgaans aanhielden, werden de uitspraken van PIRMEZ steeds geciteerd bij de bespreking van artikel 13 Venn.W.⁸⁸³ Maar hieruit kan niet worden geconcludeerd dat artikel 13 Venn.W. een wettelijke keuze is voor de orgaantheorie en tegen lastgeving.⁸⁸⁴

237. In de eerste plaats omwille van de wettekst zelf. Die is vrij nietszeggend. Puur tekstueel zou het een wel bijzonder discrete manier zijn om de orgaantheorie in te voeren in een rechtssysteem dat op dat ogenblik, naar algemeen werd en wordt aangenomen, van volledig andere principes uitging.⁸⁸⁵ Er stond in artikel 13 W.Venn. geen letter die de klassieke geest kon schokken: namens vennootschappen wordt opgetreden door zaakvoerders en bestuurders, die hun bevoegdheid ontleen aan de oprichtingsakte of aan latere akten die daarop steunen.⁸⁸⁶ Naar de letter genomen is dit eerder een bekrachtiging dan een ontkenning van lastgevingsprincipes. Ten onrechte zou men veel waarde hechten aan het feit dat in

⁸⁸¹ PIRMEZ lijkt op dit ogenblik niet volledig zeker dat een uitdrukkelijke wetsbepaling wel nodig is (terecht: zie *supra* voetnoot 879), maar wil gewoon het probleem opgelost zien. Hij verzoekt de ministers van justitie en financiën dan ook de zaak te laten onderzoeken door rechtsgeleerden. De timing lijkt dit niet meer te hebben toegelaten, zodat het amendement dat art. 13 Venn.W. werd, zonder veel verdere toelichting en uitsluitend met verwijzing naar de mondelinge tussenkomst van PIRMEZ van 20 november 1872, werd ingediend (J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 190).

⁸⁸² J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 439 (nr. 526).

⁸⁸³ A. DE VOS, *Commentaire*, I, 143-145; J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, 344-346; P. NAMUR, *Le code de commerce belge révisé*, II, 56-57. Het was dan ook de enige passage in de volledige voorbereidingswerkzaamheden die op dit wetsartikel betrekking had.

⁸⁸⁴ Gelijklopend: H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, 537-538.

⁸⁸⁵ In het bijzonder de (Savigniaanse) fictieleer enerzijds, en de benadering van de bestuursopdracht via vertegenwoordiging en lastgeving anderzijds.

⁸⁸⁶ Uit het hierboven weergegeven citaat (*supra* voetnoot 882) blijkt dat PIRMEZ hier in hoofdzaak op de benoeming doelde.

de wettekst vennootschappen “door” hun bestuurders en zaakvoerders handelen, om hierin een tegenstelling te lezen met het geval van vertegenwoordiging, waar bestuurders en zaakvoerders “voor” de vennootschap zouden handelen.⁸⁸⁷ Dit argument tegen aanwezigheid van het vertegenwoordigingsmechanisme in het algemeen (eerder dan tegen de lastgevingskwalificatie van de rechtsverhouding die vertegenwoordiging hanteert), werd eerder al *conceptueel* weerlegd.⁸⁸⁸ Hier is het bovendien *positiefrechtelijk* bijzonder zwak omdat – wat PIRMEZ ook heeft willen zeggen over lastgeving – alvast duidelijk is dat vertegenwoordiging voor hem buiten kijf stond.⁸⁸⁹ Het amendement staat in de overzichtstabel bij GUILLERY samengevat als “*les gérants représentent la société (art. 13)*”.⁸⁹⁰ Ook in de eerste commentaren is er geen spoor van het feit dat met “*par leurs gérants ou administrateurs*” naar iets anders zou worden verwezen dan vertegenwoordiging.⁸⁹¹

238. Een tweede reden waarom artikel 13 Venn.W. niet als wettelijke keuze tegen lastgeving kan tellen, is dat de – bovendien zeer incidentele – uitspraak van PIRMEZ, zelfs als ze *contra* lastgeving wordt geïnterpreteerd in de betekenis die de orgaantheorie hier later aan zou geven (wat betwistbaar is), niet enkel in de tekst van artikel 13 niet tot uitdrukking komt, maar bovendien in het ruimere wettelijke kader totaal geïsoleerd staat. Alle andere interpretatiegegevens uit de wet én uit de parlementaire voorbereidingen verwijzen zeer nadrukkelijk *wel* naar lastgeving.⁸⁹² Elders vat de wettekst zelf bestuurders bijzonder duidelijk als lasthebbers op. Dit is uitdrukkelijk het geval in de (toenmalige) artikelen 43⁸⁹³, 44, 45, 46, 52, 53, 86 en 127, en is verder de onmiskenbare grondstroom in een heel aantal andere wetsartikelen. PIRMEZ zelf benadrukte het talloze keren in de meer substantiële wetgevende werkstukken waarvoor hij respect verwierf, in het bijzonder het Verslag PIRMEZ namens de Kamercommissie.⁸⁹⁴ Ook in de rechtsgeleerde

⁸⁸⁷ Dit argument komt terug, evenwel zonder (uitdrukkelijke) verwijzing naar artikel 13 Venn.W. of de woorden van PIRMEZ, bij: R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 17 mei 1962, 256-257: “*L’être moral agit donc non par l’intermédiaire de son organe, mais par son organe*” (onderstreept toegevoegd).

⁸⁸⁸ Zie *supra* p. 177 e.v.

⁸⁸⁹ Zie *supra* het citaat waarnaar voetnoot 882 verwijst.

⁸⁹⁰ J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 94.

⁸⁹¹ J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, 345; P. NAMUR, *Le code de commerce belge révisé*, II, 56-57.

⁸⁹² Dit wordt overigens impliciet erkend door SIMONART, waar zij de woorden van PIRMEZ ter ondersteuning van de orgaantheorie citeert: “*Fidèle à la terminologie de la loi, la doctrine continue cependant à se servir du mandat pour qualifier les fonctions des administrateurs*” (V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 717).

⁸⁹³ Het latere art. 53 Venn.W. dat niet explicieter kan: “*De naamloze vennootschap wordt bestuurd door lasthebbers*”.

⁸⁹⁴ Verslag PIRMEZ in J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 95-153. Naast talloze impliciete voorbeelden, zijn de meest uitdrukkelijke passages te vinden op p. 113 (“*la société anonyme n’agit jamais par elle-même; dans tous ses actes, elle est représentée par des mandataires*”), 121 (meermaals) en 124 e.v. (“*l’administrateur est le mandataire de la société*”). Zie ook in de inleidende uiteenzetting van PIRMEZ naar aanleiding van de aanvatting van de

commentaren blijft de invloed geïsoleerd tot een verwijzing naar PIRMEZ' woorden in de annotatie bij artikel 13 Venn.W. Alle andere passages gaan steeds en uitdrukkelijk van lastgeving uit.⁸⁹⁵ Die ene, incidentele (mondelinge) uitlating van een Kamerlid valt dan ook veel te licht uit tegen de stortvloed aan bewijsmateriaal in de andere richting.

239. Ten derde wijst PIRMEZ' interventie duidelijk op een beperkte oplossing voor een beperkt probleem⁸⁹⁶, dat helemaal geen fundamentele hertekening van de gangbare opvattingen over rechtspersoonlijkheid, vertegenwoordiging of de verhouding tussen de rechtspersonen en zijn bestuurders noodzaakt. Wellicht heeft PIRMEZ de ruimere draagwijdte die nadien onder invloed van de orgaantheorie aan zijn woorden werd gegeven, zelfs niet kunnen bevroeden. Het is logisch dat bestuurders hun bevoegdheid kunnen bewijzen met verwijzing naar stukken waarvan de wet de publicatie voorschrijft. De vennootschapsakte en de bestuursbenoemingen werden openbaar gemaakt. De volmacht van bestuurders en zaakvoerders was dus al publiek, via wettelijk georganiseerde publiciteit. Het probleem dat de Hypotheekwet *authentieke* volmacht deed eisen – vermijden dat de lastgever nadien de lastgeving ontkent en er bewijsproblemen ontstaan⁸⁹⁷ – stelt zich op dit punt helemaal niet. Het staat private derde-medecontractanten altijd vrij meer waarborgen te eisen dan de publicatie geeft, maar openbare ambtenaren zoals hypotheekbewaarders (en notarissen⁸⁹⁸) moeten genoeg nemen met de wette-

plenaire bespreking: p. 208 (“*les administrateurs sont soumis au principes du mandat*”). Vergelijk ook de uitspraak van de minister van Justitie op p. 530 (“*L’approbation du bilan n’est, en définitive, que l’approbation des actes d’un mandataire*”).

⁸⁹⁵ Zie bijvoorbeeld: A. DE VOS, *Commentaire*, I, 146-149, 151, 161 (telkens nog onder de commentaar op art. 13) en 175-176; II, 157 e.v., 162 e.v., 188 en 190 e.v.; J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, I, 387-388, 390, 393, 397, 316 (en, zeer interessant, de ogenshijnlijke tegenstelling met p. 396), 401, 411, 412 en 416; II, 323-324; P. NAMUR, *Le code de commerce belge révisé*, II, 75, 77-78, 192-193 en 219 e.v. Maakt dezelfde vaststelling: P. VAN OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1960, 344.

⁸⁹⁶ Banaal noemt DE WULF terecht de redenen die tot de invoering van art. 13 W.Venn. hebben geleid: H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, 537. Zie ook in Nederland: F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 98.

⁸⁹⁷ Authentieke volmacht werd in de Hypotheekwet de regel omdat anders de authentieke vaststelling van de krachtens de volmacht gestelde rechtshandeling onvoldoende waarborg zou geven. Bij ontkenning door de lasthebber moet de derde toch weer het bewijs aandragen van een consensuele overeenkomst waaraan hij vreemd is (de lastgeving), en de minuut van de notaris zal hem niet helpen. De bedoeling van authenticiteit was nu net dat de akten die op het Hypotheekkantoor worden aangeboden niet meer vatbaar zijn voor eenvoudige ontkenning van handtekening. Dit doel zou niet worden bereikt indien de toestemming van één der partijen gegeven werd via onderhandse lastgeving. V. THIRY, *Cours de droit civil*, IV, 295. Zie ook in het algemeen: K. BYTTEBIER, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, 2e uitgave, Antwerpen, Maklu, 2005, 129.

⁸⁹⁸ Notarissen redeneerden blijkbaar al in die zin, aangezien het probleem enkel op het niveau van de hypotheekbewaarders werdesignaleerd.

lijk voorgeschreven openbaarmakingen. Het heeft weinig zin dat de overheid publiciteit van een rechtshandeling voorschrijft, als diezelfde overheid nadien met die publiciteit geen genoegen neemt.⁸⁹⁹ Dit was impliciet maar zeker ook het systeem vóór de invoering van artikel 13 Venn.W., en dit wetsartikel is hier dan ook maar de explicitering van “voor zoveel als nodig”.⁹⁰⁰ De oorspronkelijke Franse tekst draagt nog duidelijker dan de latere Nederlandse deze bewijssconnotatie.⁹⁰¹ De bestuursopdracht is ongetwijfeld een aan publicatie onderhevig mandaat, maar daarom niet minder mandaat.⁹⁰²

PIRMEZ' woorden kunnen trouwens in dit licht worden gelezen. Het gaat er niet om de lastgeving af te zetten tegen de orgaantheorie, zoals later gebruikelijk werd, maar wel om uit één bijzonder gereld geval van lastgeving de logische consequentie af te leiden waarop de bijzondere regeling (publiciteit) zich nu net onderscheid van het “gewone” mandaat.⁹⁰³ Hierbij speelt misschien ook een tweede punt. Het was in die tijd soms nog nodig duidelijk te maken dat bestuurders en zaakvoerders lasthebbers zijn van de *vennootschap-rechtspersoon*, en niet van de *aandeelhouders*.⁹⁰⁴ Dit is een logisch en onvermijdelijk gevolg van de conceptualisering van rechtspersoonlijkheid in de loop van de 19e eeuw, maar heeft wat tijd nodig om volledig door te dringen.⁹⁰⁵ Wie vennoten en aandeelhouders nog als (onverdeeld) medeëigenaars van de betrokken onroerende goederen opvat, zal sneller geneigd zijn authentieke volmacht te eisen. De traditie was in die tijd ook nog sterk om bij personenvennootschappen, en ondanks het feit dat ze rechts-

⁸⁹⁹ Aangezien akten *in hun geheel* moeten worden overgeschreven (art. 1 Hyp. W.), zou deze redenering er strikt genomen trouwens toe leiden dat niet enkel de benoeming, maar de volledige statuten moesten worden overgeschreven. Het (overbodige) dubbel gebruik met de door de vennootschapsregels georganiseerde publiciteit wordt hierdoor treffend geïllustreerd.

⁹⁰⁰ J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, 346. Zie ook *supra* voetnoot 879 en de daar geciteerde uitspraken. In het arrest van 25 april 1856 bijvoorbeeld, zegt het Hof van beroep: “*en présence des statuts qui ont été publiés et approuvés par arrêté royal, le refus de radiations opposé par [le conservateur] n'est nullement justifié*” (onderstreping toegevoegd). De goedkeuring van statuten van de NV bij K.B. (op zich al een authentieke akte) viel met de Vennootschappenwet weg, maar de redenering geldt evengoed voor de publicatie alleen. In het arrest van 31 maart 1847, zegt het Hof van beroep: “*la solution du procès dépend de l'étendue des pouvoirs conférés [aux administrateurs] et, partant, de l'interprétation de leur mandat*”.

⁹⁰¹ Bestuurders en zaakvoerders “*dont les pouvoirs s'établissent*” tegenover “*wier bevoegdheden worden vastgesteld*” (onderstreping toegevoegd).

⁹⁰² Zie *infra* p. 263 e.v.

⁹⁰³ Zie J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 190 (tegenstelling met “*les mandataires ordinaires*”). Zie ook p. 439: uitgangspunt blijft dat “*les administrateurs étant des mandataires, ces mandataires (...)*”. Het toenmalige art. 1856 B.W. (art. 33 W.Venn.), waarin uitdrukkelijk een onderscheid wordt gemaakt tussen de in het vennootschapscontract benoemde zaakvoerder, en diegene die bij latere akte wordt aangeduid, en enkel van deze laatste zegt dat hij kan worden herroepen “*zoals een gewone lastgeving*”, heeft er nooit aan in de weg gestaan dat ook de eerste categorie zaakvoerders als lasthebbers werden beschouwd.

⁹⁰⁴ Zeer duidelijk: Cass. 17 juni 1864, *Pas.* 1865, I, 37: “*(...) les administrateurs de la société (...) sont les mandataires du corps moral*” (p. 52).

⁹⁰⁵ V. SIMONART, “La théorie de l'organe”, 716. Zie ook: J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 456, voetnoot a; A. DE VOS, *Commentaire*, II, 196-197.

persoonlijkheid hadden, te zeggen dat optreden van één (bestuursbevoegd) vennoot onder de *raison sociale* neerkwam op optreden van alle vennoten gezamenlijk.⁹⁰⁶ Vandaar wellicht de idee dat “de aandeelhouders” authentiek volmacht moeten geven voor transacties op “hun” onroerende goederen.⁹⁰⁷ Dit is geen verwarring meer over lastgeving of orgaantheorie, maar simpelweg over de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap. Het is deze verwarring die de materiële bron lijkt van de nadruk bij PIRMEZ op het feit dat bestuurders en zaakvoerders de “wettelijke organen”, de “rechtstreekse” vertegenwoordigers van de rechtspersoon zijn en dat als het bestuur handelt, de vennootschap zelf handelt.⁹⁰⁸ Bedoeld wordt dan: de rechtspersoon handelt zelf, niet de vennoten. Maar een lastgevingsrelatie tussen rechtspersoon en bestuurders om dit handelen vorm te geven, is daarmee in het geheel niet in tegenspraak. Deze interpretatie van de woorden van PIRMEZ vindt steun in het cassatiearrest van 17 juni 1864⁹⁰⁹, en in de commentaar op artikel 13 W.Venn. bij DE VOS.⁹¹⁰ Het past bovendien in het toenmalige plaatje: het orgaanbegrip werd in de klassieke bronnen al wel eens gehanteerd als wat kleurrijker beeld om gewoon vertegenwoordiging via lastgeving uit te drukken.⁹¹¹ Het is pas later, onder invloed van de orgaantheorie, dat de tegenspraak met lastgeving werd gezocht.⁹¹²

⁹⁰⁶ Tot in het Verslag PIRMEZ toe: “*La raison sociale manifeste, en même temps que l'être moral de la société, la collectivité des associés agissant eux-mêmes par une signature commune*” (J. GUIL- LERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 113).

⁹⁰⁷ Hier speelt natuurlijk ook een andere vraag, die het *bewijs* van per hypothese bestaande bevoegdheid te buiten gaat: de vraag of het bestuur überhaupt bevoegd is om onroerende transacties te verrichten. Hierop wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

⁹⁰⁸ Zie ook PIRMEZ' reden om te besluiten dat de authentieke vaststelling van de benoeming inhoudelijk geen enkele bijkomende waarborg biedt: hiermee is nog niet authentiek vastgesteld dat de aandeelhouders eigenaar zijn van de aandelen waarmee zij stemden.

⁹⁰⁹ Cass. 17 juni 1864, *Pas.* 1865, I, 37. Het Hof benadrukt dat de vennootschap eigen rechtspersoonlijkheid heeft, afzonderlijk van die van de vennoten en dus enkel de vennootschap “*a qualité pour exercer, par les administrateurs qu'elle nomme, tous les droits et actions qui lui appartiennent*” (eigen onderstreping). Hieruit wordt dan afgeleid dat de bestuurders van de aandeelhouders individueel “*n'ont reçu (...) aucun mandat, mais sont les mandataires du corps moral*” (p. 52). Dit lijkt in wezen de achtergrond van PIRMEZ' gedachtengang.

⁹¹⁰ Deze auteur stelt vast dat in vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, de vennoten samen kunnen optreden of lasthebbers aanstellen overeenkomstig het gemeen recht. Maar in vennootschappen met rechtspersoonlijkheid is dit anders: “*les sociétaires ou actionnaires ne peuvent jamais agir directement (...) ce sont les gérants ou administrateurs qui le posent comme organe de la personne juridique*”. A. DE VOS, *Commentaire*, I, 146. Vervolgens citeert hij de woorden van PIRMEZ, om het betoog vanaf p. 146 te vervolgen met talloze verwijzingen naar bestuurders en zaakvoerders als lasthebbers van de vennootschap.

⁹¹¹ Zie *supra* voetnoot 93.

⁹¹² Een ander punt dat eventueel interessant kan zijn, wordt hier niet dieper historisch uitgespit. De Romeinsrechtelijk geïnspireerde rechtsdogmatiek die in de 19e eeuw nog goed gekend was, onderscheidde twee types van algemeen mandaat (dat dus, zoals in vennootschappen, alle zaken van de lastgever tot voorwerp heeft): de *procurator omnium bonorum simpliciter* en de *procurator omnium bonorum cum libera*. Zie hierover: R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, III, 152-154 (*Traité du contrat de mandat*, nr. 144 e.v.); F. LAURENT, *Principes*, XXVII, 458-459. De eerste kon enkel daden van beheer in de strikte zin verrichten, terwijl de tweede vrij was om alles te doen wat het belang van de hem toevertrouwde zaken vereiste. Uitspraken die bena-

240. Bepalen dat bestuurders hun vertegenwoordigingbevoegdheid kunnen bewijzen met verwijzing naar gepubliceerde akten, is dus niet zo revolutionair. Dat een bewijsvorm die in een welbepaald domein van niet-gepubliceerde lasthebbers wordt verwacht – authentieke volmacht – voor hen niet geldt, evenmin. Het zou dubbel gebruik zijn. Tot hier is de regeling van artikel 13 Venn.W. niet meer dan een concretisering van gemeenrechtelijke beginselen.

Er zijn nochtans aanwijzingen dat PIRMEZ (en art. 13 Venn.W.) wel degelijk iets meer voor ogen had. Niet wat er onder invloed van de orgaantheorie later in werd gelezen, namelijk dat bestuurders geen lasthebbers zouden zijn. Wel dat, ook wanneer hun bevoegdheid *niet* uit gepubliceerde akten bleek, authentieke volmacht niet nodig was zo lang maar *bestuurders of zaakvoerders* optraden. Artikel 13 Venn.W. wijzigde niets aan het principe dat bestuurders en zaakvoerders de vennootschap enkel verbinden binnen bevoegdheid. De echte vraag destijds leek dan ook minder – wat er later van werd gemaakt – of verwijzing naar de gepubliceerde benoeming (en naar de gepubliceerde statuten) *bewijsmatig* volstond dan wel of die ook nog eens authentiek moest(en) zijn vastgesteld. De echte vraag was of uit de (gepubliceerde) stukken wel bleek dat de bestuurders überhaupt *bevoegd* waren om de betrokken (onroerende) transactie te verrichten.⁹¹³ Het was in die tijd zeker niet verworven dat zij die bevoegdheid bij gebreke aan uitdrukkelijke statutaire bepaling hadden.⁹¹⁴ En waar het bestuur statutair wel uitdrukkelijk bevoegd was gemaakt, was die bevoegdheid meestal collegiaal (raad van bestuur). Vaak moet er dan ook een bijkomend *onderhands* en *niet-gepubliceerd* stuk met uitdrukkelijke bevoegdheidsverlening zijn geweest, op grond waarvan de bij de koop-verkoop optredende bestuurders of zaakvoerders *in concreto* handelden: een beslissing van de vennoten, van de algemene vergadering of van de raad van bestuur. Er zijn goede aanwijzingen dat net dit soort stukken bij de opstelling van artikel 13 Venn.W. bedoeld werden met “*actes postérieurs faits en exécution de l’acte constitutif*”, en dat de regel dus ook meebracht dat authentieke volmacht enkel nog nodig was bij mandaat aan personen die *geen* bestuurder of zaakvoer-

drukken dat bestuur toch geen *simple mandat* is, vallen misschien ook hierin te kaderen: het betrof geen mandaat *simpliciter*. Hiermee werd dan niet noodzakelijk lastgeving meer algemeen uitgesloten, en zeker niet de latere tegenstelling met de orgaantheorie geprefigureerd. Het zou alvast verklaren waarom kritiek op vennootschapsbestuur als “*simple mandat*” kan voorkomen bij auteurs die elders in hun werk zeer nadrukkelijk van lastgeving uitgaan (zie *supra* voetnoten 894 en 895).

⁹¹³ Het debat had dan ook een sterke band met de discussie die toen woedde over de toepassing van het onderscheid tussen daden van bestuur en daden van beschikking (art. 1988 B.W.) in vennootschappen. Dit is bijvoorbeeld duidelijk in de rechtszaken die aanleiding gaven tot de reeds genoemde arresten van het Hof van beroep van Brussel (Brussel 31 maart 1847, *Pas.* 1849, II, 247; Brussel 25 april 1856, *Pas.* 1856, II, 129). In het arrest van 31 maart 1847, zegt het Hof: “*la solution du procès dépend de l’étendue des pouvoirs conférés [aux administrateurs] et, par-tant, de l’interprétation de leur mandat*”.

⁹¹⁴ PIRMEZ zelf had hierover een eerder restrictieve opvatting: Verslag PIRMEZ in J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 121.

der waren.⁹¹⁵ De individuele bestuurder die zich op grond van een beslissing van de raad van bestuur aandiende, zou dan geen authentieke volmacht moeten voorleggen. Die interpretatie ging later verloren, maar er zijn twee interessante vaststelling aan vast te knopen.

Vooreerst dat de bijzondere afwijking van de bewijsformaliteit die PIRMEZ voor ogen had, groter was dan wat als simpele toepassing van de publiciteitsregeling kon doorgaan: ook bestuurders en zaakvoerders wier bevoegdheid *in concreto* moest blijken uit een onderhandse en niet-gepubliceerde beslissing van de vennoten of van de raad van bestuur, moesten geen authentieke volmacht voorleggen. Hierdoor wordt echter nog krachtiger geïllustreerd hoe zeer het om een bijzondere en beperkte afwijking van het authenticiteitsvereiste ging, eerder dan om orgaantheorie *avant la lettre*. Het individuele lid van een collegiale raad van bestuur wordt met artikel 13 Venn.W. zeker geen orgaan van de vennootschap, in de zin die de orgaantheorie hieraan geeft, ook al moet hij op grond van dit artikel (zoals oorspronkelijk bedoeld) geen authentieke volmacht meer voorleggen.

Daarnaast dat – ironisch genoeg – de latere adoptie van artikel 13 Venn.W. door de orgaantheorie het afwijkende karakter van de bewijsregeling in hoofde van bestuurders en zaakvoerders in vergelijking met de gewone lastgeving heeft *gereduceerd*. Artikel 13 Venn.W. kan enkel fundamenteel zijn voor de orgaantheorie, indien het beperkt wordt tot “organen”. Het mag niet slaan op personen die niet als “orgaan” optreden, zoals de individuele bestuurder(s) die voor de transactie werden gevolmachtigd⁹¹⁶ of het orgaan van dagelijks bestuur als de operatie het dagelijks bestuur te buiten gaat. Het resultaat van die interpretatie is dat artikel 13 Venn.W. zelfs voor “bestuurders en zaakvoerders” enkel nog geldt als zij optreden krachtens bevoegdheid ontleend aan wettelijk gepubliceerde stukken, en niet op grond van een eenvoudig besluit van de algemene vergadering of de raad van bestuur.⁹¹⁷ Maar net op dit punt is de regel, zoals net toegelicht, *het meest nadrukkelijk* een simpele toepassing van het gemeenrecht (*cum* publiciteit) omdat het openbaar gemaakte mandaat het bewijsprobleem bij derden wegneemt en de extra formaliteit van authenticiteit weinig meerwaarde biedt. De regel werd *onder invloed van de orgaantheorie* beperkt tot wat al impliciet volgt uit het feit dat het mandaat (zoals het blijkt uit benoeming, statuten, en een aantal dwin-

⁹¹⁵ De kern van het voorstel was volgens PIRMEZ (J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 439) dat vennootschappen regelmatig vertegenwoordigd worden “*par ceux qui justifient, par les actes que prescrit sa constitution, du droit de la représenter*” (J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 439; onderstreping toegevoegd). Zie verder: G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit commercial belge*, II, 197 (nr. 6); C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 2e uitgave, II dln., Brussel, Polydore Pée, 1933, II, 104 (zeer uitdrukkelijk); A. DE VOS, *Commentaire*, I, 143. Impliciet: J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, 345.

⁹¹⁶ Bij gebreke aan een toepasselijke handtekeningsclausule.

⁹¹⁷ Inclusief de wetbepalingen die ingrijpen op de (externe) bevoegdheidsomvang. Zie *infra* 281 e.v.

gende wettelijke regels) gepubliceerd werd.⁹¹⁸ Ongewild wordt hiermee geïllustreerd wat verder nog uitgebreider wordt toegelicht: dat de orgaantheorie weinig toevoegt aan het bestuursmandaat als aan bekendmaking onderhevige lastgeving.

241. Het besluit ten aanzien van artikel 13 W.Venn. luidt dat het geen wettelijke grondslag bood voor een juridische constructie die de orgaantheorie, als rechtspersoonlijke toerekeningstheorie *sui generis*, centraal zou plaatsen ten nadele van vertegenwoordiging via lastgeving. In het volgende punt zal blijken dat het nieuwe artikel 61 § 1 W.Venn. die conclusie niet wijzigt.

4.3. ARTIKEL 61 § 1 W.VENN.

242. Met de vennootschapscodificatie van 1999, die in 2001 in werking trad, werd artikel 13 Venn.W. opgenomen in artikel 61 W.Venn. (intussen art. 61 § 1 W.Venn.). “Zaakvoerders en bestuurders” werd “organen” en de “*actes postérieurs*” verdwenen ten voordele van enkel publieke gegevens (wetboek, doel en statuten). De zonet geschetste evolutie werd hiermee bekrachtigd. Tegelijk werd aan het nieuwe wetsartikel de regel die vroeger in artikel 61 Venn.W. stond, toegevoegd: de leden van organen zijn niet persoonlijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap. Het oude artikel 61 Venn.W. ging enkel over de NV en luidde dat *bestuurders* niet persoonlijk verbonden waren *door* de verbintenissen van de vennootschap.⁹¹⁹ In het nieuwe artikel 517 W.Venn. werd de verwijzing naar lastgeving geschrapt. De NV wordt niet langer bestuurd “door lasthebbers”, maar “door natuurlijke of rechtspersonen”.

243. Artikel 61 § 1 W.Venn. illustreert ongetwijfeld dat het orgaanbegrip terminologisch ingeburgerd is. Dit hoeft niet te verrassen: het werd eerder al vastgesteld.⁹²⁰ Daar werd tegelijk aangegeven dat het gangbare gebruik van het orgaanbegrip – en zelfs de benaming *orgaantheorie* om dit gebruik aan te duiden⁹²¹ – vaak beperkt is tot de generieke betekenis *lato sensu* (onderdeel van een organisatiestructuur), en niet noodzakelijk iets zegt over het statuut van de orgaantheorie in

⁹¹⁸ Met andere woorden: tot het resultaat waartoe het Hof van beroep van Brussel al midden 19e eeuw kwam via een eenvoudige toepassing van lastgevingsbeginselen. Zie *supra* voetnoot 900.

⁹¹⁹ De oervorm van deze wetsbepaling luidde: “*Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société*” (art. 32 W.Kh. 1807).

⁹²⁰ Zie *supra* p. 17 e.v.

⁹²¹ Zoals in de memorie van toelichting, die een keer, zij het ietwat weggedoken, de term “orgaantheorie” gebruikt: Wetsontwerp houdende invoering van het Wetboek van Vennootschappen, Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1998-99, 1838/1, 10. Zie ook: K. GEENS, F. HELLEMANS EN M. WYCKAERT, “Artikelsgewijze commentaar van de inhoudelijke wijzigingen ingevolge het Wetboek van Vennootschappen”, 63.

de juridisch-technische betekenis *stricto sensu* van eigen rechtspersoonlijke toerekeningstheorie. De voorstanders van de orgaantheorie in deze laatste betekenis, beseffen dit zelf maar al te goed.⁹²² In wezen had de orgaantheorie meer aan de vorige wetsbepaling, die minstens *leek* iets specifiek en bijzonder te zeggen over zaakvoerders en bestuurders. Maar in het nieuwe Wetboek is het begrip ruim genoeg om de algemene vergadering van obligatiehouders te omvatten.⁹²³ Dit geeft te denken dat het wellicht niet veel specifiek te zeggen heeft over de rechtsverhouding tussen de vennootschap-rechtspersoon en zijn bestuurders en over de juridische mechanismen die het handelen van de ene aan de ander toerekenen.

Dit wordt deels bevestigd in de toelichting bij artikel 517 W.Venn. De schrapping van de uitdrukkelijke verwijzing naar lasthebbers “*betreft slechts een terminologische wijziging die geenszins tot doel heeft te raken aan het statuut van bestuurders*”.⁹²⁴ Meer in het algemeen had de codificatie uitdrukkelijk niet tot doel belangrijke inhoudelijke wijzigingen door te voeren.⁹²⁵

244. Dit verhaal is evenwel niet zwart-wit. De oefening die de orgaantheorie ons verplicht te maken, is er één van juridische constructie.⁹²⁶ Wordt het positieve recht beter uitgelegd, verklaard en in onzekere domeinen toegepast als we ervan uitgaan dat het rechtspersoonlijkheidsbegrip inherent een eigen juridisch mechanisme *sui generis* meebrengt, uniform over het hele rechtspersoonlijke optredensbereik, dat erin bestaat dat welbepaalde personen (en alleen zij), handelend als orgaan, de rechtspersoon incarneren zodat hun handelen vanuit juridisch oogpunt dat van de rechtspersoon is? De waarde van deze constructie is nooit afhankelijk geweest van de vraag of ze letterlijk in de wet stond. De constructie is een poging tot rechtswetenschappelijke systematisering en theoretisering van een bepaalde positiefrechtelijke realiteit. In wezen komt ze *altijd* pas op de proppen waar individuele en concrete rechtsregels ophouden, omdat ze nu net uit deze positieve stof abstraheert en veralgemeent.⁹²⁷ Met, bijvoorbeeld, de schrapping van de uitdrukkelijke verwijzing naar lastgeving in artikel 517 W.Venn. is het er voor de constructie die (mee) op de ontkenning van lastgeving steunt, alvast *niet moeilijker* op geworden. TILLEMANS heeft ongetwijfeld gelijk als hij uit de net geci-

⁹²² V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 720.

⁹²³ Of, in het voorbeeld van SIMONART, de commissaris: V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 720.

⁹²⁴ Wetsontwerp houdende invoering van het Wetboek van Vennootschappen, Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1998-99, 1838/1, 121.

⁹²⁵ Zie voetnoot 808.

⁹²⁶ Zie *supra* p. 61 e.v.

⁹²⁷ SCHOLTEN leidt hier zelfs uit af dat, waar de wetgever zelf een abstracte uitspraak zou doen in het voordeel van één welbepaalde constructie, deze aan dezelfde kritiek kan blootstaan als elk ander wetenschappelijk oordeel. Het blijft toegelaten te argumenteren dat de abstracte uitspraak niet strookt met de onderliggende concrete positiefrechtelijke regels. C. ASSER en P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, 55-59. Vergelijk ook: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 343 (feit dat wet bestuurders lasthebbers noemt, verhindert de rechtswetenschappelijke oefening niet).

teerde passage in de memorie van toelichting afleidt dat met de wetswijziging “geen keuze tegen de lastgeving” werd gemaakt.⁹²⁸ Maar de memorie zegt enkel dat de nieuwe tekst een terminologische keuze is die niet de bedoeling heeft te raken aan het statuut van bestuurders. Wie onder gelding van de vorige tekst al overtuigd was van het feit dat lastgeving hiervoor ongeschikt was, zal hier onder gelding van de nieuwe tekst niet minder overtuigd van zijn.⁹²⁹

Op een cruciaal punt echter, *ondergraaft* het nieuwe artikel 61 § 1 W.Venn. het verhaal van de orgaantheorie. Doordat de regel dat leden van organen niet persoonlijk verbonden zijn voor de verbintenissen van de vennootschap aan de wetsbepaling werd toegevoegd, wordt het moeilijker te beweren dat het artikel de orgaantheorie een wettelijke grondslag geeft. Die nieuwe tweede zin, nu van toepassing op alle (vennootschappelijke) rechtspersonen verwoordt duidelijk niets meer dan het meest simpele vertegenwoordigingsbeginsel.⁹³⁰ Het leidt immers geen twijfel dat, bijvoorbeeld, de vennoot-zaakvoerder van een VOF als vennoot nog altijd voor de vennootschapsschulden kan worden aangesproken (art. 201 en 203 W.Venn.). Anderzijds is het evenmin denkbaar dat deze ingreep de traditionele rechtspraak die bestuurders en zaakvoerders persoonlijk aanspreekbaar houdt voor de buitencontractuele fouten die ze ten aanzien van derden, zelfs binnen hun organieke functie, begingen, in twijfel zou trekken. De codificatie heeft hier niet de minderheidsopvatting van TILQUIN en SIMONART in de wet geschreven.⁹³¹ Persoonlijke buitencontractuele aansprakelijkheid van het orgaan is altijd al een probleem geweest voor de coherentie van de orgaantheorie. Alleen wordt dit probleem toch wel bijzonder acuut als artikel 61 § 1 W.Venn. als wettelijke grondslag voor de constructie moet dienen. De tweede zin van deze wetsbepaling gaat duidelijk alleen over rechtshandelingen. Onrechtmatige daden moeten er meteen weer worden uitgelezen. En dit terwijl het standpunt dat de onrechtma-

⁹²⁸ B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 5.

⁹²⁹ Vergelijk: H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 9 (voetnoot 6).

⁹³⁰ Qua opzet gaf het artikel oorspronkelijk vooral (mee) uiting aan de beperking van aansprakelijkheid in de NV (het was al art. 32 W.Kh. van 1807). Het werd in die tijd nog nodig geacht uitdrukkelijk te bepalen dat bestuurders zich in de NV niet zelf verbonden, aangezien zij meestal ook nog (belangrijke) aandeelhouders van de vennootschap waren (cf. art. 47-48 Venn.W. 1873; zie verder Verslag PIRMEZ in J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 124; P. NAMUR, *Le code de commerce belge révisé*, II, 217). De oervorm van optreden namens vennootschappen was *pro se et sociis suis* en de NV werd daar met een uitdrukkelijke wetsbepaling van onderscheiden. Later werd dit zo evident dat het artikel enkel nog werd aanzien als een veruutwendiging van het vertegenwoordigingsprincipe voor rechtshandelingen (bijvoorbeeld H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 538; X. DIEUX, “La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers: une révolution de velours”, 237; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 694; S. RUTTEN, “Commentaar bij art. 61 W.Venn.”, 5). Zelfs Valérie SIMONART vermeldt het enkel in het kader van toerekening van rechtshandelingen (maar ziet er natuurlijk op dit punt een uiting van de orgaantheorie in): V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 759 (en vergelijk p. 759-760).

⁹³¹ Zie hierover reeds *supra* p. 53 e.v. en ook *infra* p. 388 e.v.

tige daad van het orgaan de eigen onrechtmatige daad van de rechtspersoon is, nu net de meest herkenbare aanspraak van de orgaantheorie is.⁹³² Ook de onrechtmatige daad van het orgaan wordt – volgens de orgaantheorie – *rechtstreeks* toegerekend en leidt tot een *verbintenis van de vennootschap*. Als artikel 61 §1 W.Venn. echt een uitdrukking van de orgaantheorie zou zijn, lijkt de tekst van de tweede zin evengoed op verbintenissen uit onrechtmatige daad te moeten worden toegepast. Het feit dat dit niet het geval is, vermindert de waarde van het wetsartikel als hoeksteen voor de orgaantheoretische constructie. Het nieuwe artikel 61 §1 W.Venn. levert de orgaantheoretische constructie hier (opnieuw) een probleem op dat zij met het oude artikel 13 W.Venn. niet had.

245. Het besluit luidt dan ook dat het nieuwe artikel 61 §1 W.Venn. veel meer een illustratie is van de generieke betekenis (*lato sensu*) waarin het orgaanbegrip in het privaatrecht wordt gehanteerd, dan een wettelijke uitdrukking van (laat staan een wettelijke grondslag voor) de orgaantheorie *stricto sensu*.

5. BESLUIT VAN HOOFDSTUK 2

246. Vertegenwoordiging wees de weg richting lastgeving.⁹³³ In dit hoofdstuk bleek dit pad goed begaanbaar. De verhouding tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders is positiefrechtelijk zeer compatibel met de lastgevingsovereenkomst.⁹³⁴ Vanuit historisch oogpunt zijn hier bijzonder goede redenen voor.⁹³⁵ Artikel 61 §1 W.Venn. en zijn historische antecedenten, zijn niet van aard dit besluit te wijzigen. De voornaamste wetsbepaling waarop de orgaantheorie zich beroept, schiet als wettelijke grondslag voor de alternatieve constructie die zij aanbiedt duidelijk te kort.⁹³⁶

Vertegenwoordiging op grond van lastgeving blijft dus tot vandaag *prima facie* de meest logische grondslag om, wat toerekening van rechtshandelingen betreft, het bestuursoptreden in rechtspersoonlijk verband te conceptualiseren. Die grondslag is stevig genoeg om vanaf nu het perspectief om te keren. Gebruik van een algemene rechtsfiguur in een specifiek toepassingskader zal altijd wel aanleiding geven tot bepaalde eigenheden. Maar levert dit *in casu* doorslaggevende bezwaren op om op lastgeving terug te komen? In het volgende hoofdstuk worden vier van de voornaamste bezwaren die over de jaren heen zijn geaccumuleerd, gewogen en te licht bevonden.

⁹³² Met betrekking tot rechtshandelingen zet de nieuwe wetsbepaling (samensmelting tussen het oude art. 13 en 61 Venn.W.) net extra in de verf dat “organieke incarnatie” niet meer is dan een kleurrijke uitdrukking van vertegenwoordiging.

⁹³³ Zie *supra* p. 187 e.v.

⁹³⁴ Zie *supra* p. 189 e.v.

⁹³⁵ Zie *supra* p. 194 e.v.

⁹³⁶ Zie *supra* p. 227 e.v.

HOOFDSTUK 3

VOORNAAMSTE BEZWAREN TEGEN LASTGEVING GEWOGEN EN TE LICHT BEVONDEN

247. Eerder werd al verwezen naar een uitspraak van FORIERS:

“Lorsqu’une situation peut-être réglée harmonieusement à la lumière des principes classiques nous préférons éviter le recours à des concepts autonomes, certes séduisants, mais souvent incertains – et dont la reconnaissance peut avoir des effets incontrôlés”.⁹³⁷

Nu in wat voorafging duidelijk bleek hoe sterk het meest eenvoudige en positief-rechtelijk meest klassieke verklaringsmodel blijft om, wat betreft toerekening van rechtshandelingen, het bestuursoptreden in rechtspersoonlijk verband te begrijpen, wordt de vraag welke in feite vanuit conceptueel oogpunt de bezwaren zijn die met de jaren lastgeving zo veel deuken in het academische prestige bezorgden? In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vier problemen die als wetenschappelijk meest uitdagend werden aangevoeld. De eerste uitdaging luidt dat het hoge gehalte aan prestaties in de bestuursopdracht die geen vertegenwoordigingshandelingen zijn, niet toelaat nog van een vertegenwoordigingsopdracht, en dus van lastgeving te spreken (*infra* 1). Het tweede bezwaar betwist de conventionele grondslag van de bestuursopdracht in het licht van de belangrijke rol die de wet aangaande bestuur in rechtspersoonlijk verband speelt (*infra* 2). Ten derde wordt aandacht besteed aan het bijzonder wettelijke publiciteitsregime in vennootschappen, dat aanleiding zou geven tot een regime van derdenwerking van de “bestuurdershoedanigheid” dat al te sterk van lastgeving zou afwijken (*infra* 3). Tot slot komt het bijzonder wettelijke prokuraregime aan bod. Ook dit geeft immers aanleiding tot een systeem van derdenwerking, ditmaal op het vlak van bevoegdheidsgrenzen, dat van lastgeving afwijkt (*infra* 4). Het besluit luidt in de vier gevallen dat de uitdaging als fundamenteel bezwaar aan het adres van lastgeving faalt.

⁹³⁷ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 256. Zie ook *supra* voetnoot 316.

1. IS DE BESTUURSOPDRACHT NOG EEN VERTEGENWOORDIGINGSOPDRACHT?

1.1. INLEIDING

248. Het feit dat bestuurders in de uitvoering van hun opdracht niet enkel rechtshandelingen verrichten, heeft zich ontpopt tot een populair argument tegen de lastgevingskwalificatie.⁹³⁸ Dit is een vrij recente tegenwerping. Ze is niet zeer prominent bij de *founding fathers* van de orgaantheorie. De reden hiervoor is vrij evident. De idee dat lastgeving absoluut beperkt zou zijn tot vertegenwoordigingshandelingen is in onze rechtsgeschiedenis een relatief recent fenomeen.⁹³⁹ Het is dus vanuit historisch oogpunt geen geldig punt van kritiek tegen de belangrijke rol die lastgeving spontaan kreeg in de rechtspersoonlijke toerekeningsstructuur.⁹⁴⁰ Nog minder mag er *ex post* de opkomst van de orgaantheorie mee worden gerationaliseerd. Maar dit neemt niet weg dat vandaag de dag *de lege lata* de vraag mag worden gesteld of het feit dat de bestuursopdracht een belangrijk luik niet-vertegenwoordigingsprestaties lijkt te vertonen, de lastgevingskwalificatie verhindert. Dit is niet het geval.

1.2. VERTEGENWOORDIGINGSOPDRACHT IS NIET BEPERKT TOT VERTEGENWOORDIGINGSHANDELINGEN

249. Zelfs *de lege lata* moet de lastgevingsovereenkomst niet *uitsluitend* vertegenwoordigingshandelingen tot voorwerp hebben. Dit werd eerder al toege-

⁹³⁸ L. CORNELIS, “De ene bestuurder is de andere niet, ook niet in vennootschappen” in X (ed.), *Van alle markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 240; M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 212; ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, 290; A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht*, 517 (voetnoot 2277); J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 231; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 344; D. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Kroniek vennootschapsrecht 1999-2000”, *T.R.V.* 2000, 344 (die onterecht RESTEAU citeren ter ondersteuning); P. WÉRY, *Le mandat*, 121; D. WILLERMAIN, “Le statut de l’administrateur de sociétés anonymes: principes, questions et réflexions”, *R.P.S.* 2008, 228. Indirect: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 20 *juncto* 86-88 (doordat deze auteur bestuur van rechtspersonen als bewindsopdracht aanmerkt en tegelijk oordeelt dat lastgeving de bewindsopdracht niet adequaat kwalificeert omwille van de beperking tot vertegenwoordigingshandelingen). Vergelijk: A.-P. ANDRÉ-DUMONT, C. BRÜLS en H. CULOT, “Responsabilité des organes de société: la restauration?”, 27; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 721. Zie ook: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 42.

⁹³⁹ Zie *supra* p. 80 e.v.

⁹⁴⁰ Dit besef is overigens aanwezig bij sommige auteurs die niettemin *de lege lata* de lastgevingskwalificatie betwisten. Zie: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 344; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 91-92.

licht.⁹⁴¹ Lastgeving is in de eerste plaats een benoemde overeenkomst, en mag niet worden gereduceerd tot de geabstraheerde toekenning van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Partijen gaan over en weer verbintenissen aan omtrent een *opdracht* die de ene aan de andere toebedeelt om “iets voor hem en in zijn naam te doen” (art. 1984 B.W.). Die opdracht heeft betrekking op “een zaak” op “bepaalde zaken” of op “alle zaken” van de lastgever (art. 1987 B.W.). Ze moet, volgens onze huidige rechtsopvatting, een *vertegenwoordigingsopdracht* zijn, wat betekent dat ze met betrekking tot die zaak of zaken *in essentie, hoofdzakelijk* vertegenwoordiging beoogt.⁹⁴² Maar een opdracht houdt niet op een vertegenwoordigingsopdracht te zijn omdat ze gepaard gaat met prestaties van intellectuele of materiële aard⁹⁴³ die, op zichzelf beschouwd, geen vertegenwoordigingshandelingen zijn. De vraag is enkel of de opdracht *in hoofdzaak* op vertegenwoordiging slaat. Andere prestaties brengen de kwalificatie niet in gevaar zo lang ze *accessoir* zijn.⁹⁴⁴

De groep van “bijkomstige” of “accessoire” prestaties is een stuk ruimer dan de triviale taken die vaak als voorbeeld dienen, zoals telefoneren, zich verplaatsen⁹⁴⁵, of zelfs het aanbrengen van een handtekening op een contract.⁹⁴⁶ Het gaat bij het bepalen van de vraag of vertegenwoordiging de hoofdzaak van een opdracht uitmaakt, minder om het absolute aantal van de diverse soorten te verrichten prestaties (kwantiteit)⁹⁴⁷, maar vooral om de voor de opdracht meest kenmerkende prestaties (kwaliteit). De aanwezigheid van een groot aantal materiële handelingen die allemaal in het teken staan van dat ene essentiële doel van de opdracht, de totstandbrenging van een rechtshandeling in naam en voor rekening van de opdrachtgever, staat de kwalificatie als lastgeving niet in de weg. Het gaat er in essentie om wat partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst als de kern van de opdracht voor ogen hadden.⁹⁴⁸

⁹⁴¹ Zie *supra* p. 80 e.v.

⁹⁴² Cass. 25 maart 1993, *Pas.* 1993, I, 328. Zie ook: M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 195 (“*objet principal*”);

⁹⁴³ Vroeger was het gebruikelijk intellectuele prestaties afzonderlijk te noemen (en was er zelfs een periode waarin het intellectuele karakter van de prestatie, samen met de kosteloosheid, een onderscheidingscriterium was voor het mandaat). Tegenwoordig verwijst het begrip “materiële handeling” doorgaans naar alle niet-rechtshandelingen, met inbegrip dus van “intellectuele” prestaties die geen vertegenwoordigingshandelingen zijn: F. LABARTHE en C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, 118.

⁹⁴⁴ J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, 137; L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux (suite et fin)”, 515.

⁹⁴⁵ P. WÉRY, *Le mandat*, 106.

⁹⁴⁶ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 195-196. Zie hierover ook *supra* voetnoot 374.

⁹⁴⁷ Hoewel dit natuurlijk een belangrijke indicatie kan zijn.

⁹⁴⁸ Ter illustratie: het is best mogelijk dat in het kader van een lastgevingsovereenkomst, en na heel wat voorbereiding, uiteindelijk nooit een vertegenwoordigingshandeling wordt verricht omdat de opdracht mislukt. Het is duidelijk dat deze en andere elementen die pas in de uitvoeringsfase blijken (zoals ook het exacte aantal materiële handelingen dat in het kader van de

250. De pleinvrees wat betreft bijkomende niet-vertegenwoordigingshandelingen lijkt deels voort te komen uit de vaak impliciete gedachte dat lastgeving een overeenkomst is voor kortstondige en inhoudelijk beperkte opdrachten.⁹⁴⁹ Enkel dan is het denkbaar dat zij uit niet veel meer dan het verrichten van één welbepaalde rechtshandeling bestaat.

Voor die beperking is nochtans geen enkele aanleiding in de toepasselijke wetsbepalingen. Niet alleen voorziet artikel 1987 B.W. uitdrukkelijk de algemene lastgeving die “*alle zaken van de lastgever*” betreft. Bovendien zijn zo goed als alle wettelijke regels omtrent lastgeving van wilsaanvullend recht. Er is *de lege lata* dan ook geen enkel bezwaar tegen zeer ruime of zeer langdurige opdrachten in de schoot van een lastgevingsovereenkomst. Bij ruime en/of langdurige opdrachten stijgt de kans dat er een aanzienlijk deel puur interne of materiële beheerstaken nodig zijn om de opdracht naar behoren te vervullen. Ook de beslissingsbevoegdheid van de lasthebber neemt toe.⁹⁵⁰ Waarom zou dit een probleem voor de lastgevingskwalificatie zijn, zo lang de opdracht *in essentie* een vertegenwoordigingsopdracht is?⁹⁵¹ De wet zelf verplicht de lasthebber overigens *rekenschap* af te leggen van de uitvoering van zijn opdracht (art. 1993 B.W.). Zeker bij langdurige of omvangrijke opdrachten, is dit niet denkbaar zonder dat ook de beslissingen, dus de beleidskeuzes van de lasthebber worden getoetst. Het impliceert bovendien een belangrijk luik materiële beheersdaden: bijhouden van stukken en documenten, administratie, voeren van een boekhouding. Het zou toch al te gek zijn mocht de uitvoering van deze *wettelijke verplichting van de lasthebber* tellen als punt tegen de lastgevingskwalificatie.⁹⁵² Zo de historisch ietwat contingente inperking van de lastgevingsovereenkomst tot vertegenwoordigingsopdrachten

opdracht nodig blijkt), geen invloed hebben op de kwalificatie van de overeenkomst bij haar totstandkoming. Wat de mislukking van de opdracht betreft, erkent het Burgerlijk Wetboek dit overigens uitdrukkelijk door hiervoor in de lastgevingsartikels regels te voorzien (zie art. 1999-2000 B.W.).

⁹⁴⁹ Uitdrukkelijk bij: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 451. Geïllustreerd voor wat betreft de kwalificatie van de rechtspersoonlijke bestuursopdracht bij: V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 721.

⁹⁵⁰ Zelfs zonder uitdrukkelijk beding, brengt dit soort opdrachten noodzakelijk een zekere *beleidsbevoegdheid* mee, al is het maar omdat diverse rechtshandelingen moeten worden gecoördineerd in functie van de krachtens het mandaat na te streven doelstellingen.

⁹⁵¹ Zie nochtans in die zin: M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 212; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 87-88 en 94-95.

⁹⁵² Het voorbeeld is niet denkbeeldig gekozen. Het voeren van een boekhouding duikt geregeld op als voorbeeld van het belang van materiële handelingen bij het bestuur van rechtspersonen, die tellen tegen de lastgevingskwalificatie: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 344; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 84 *juncto* 87-88. Vergelijk aangaande dit argument ook: J.-C. PAGNUCCO, *L’action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, p.137, die eveneens de rol van accessoire materiële prestaties binnen de lastgeving verdedigt. Deze auteur zoekt steun in de wettelijke verplichting van de lasthebber de lastgeving, eens aangevat, tot het einde te volbrengen (art. 1991 B.W.). Het zou dus merkwaardig zijn mocht de lastgever moeten stoppen zodra zich materiële handelingen aandienen, omdat deze niet onder de opdracht zouden vallen. Van belang is enkel dat de materiële handelingen niet het hoofdbestanddeel van de opdracht uitmaken.

de lege lata niet meer te betwisten valt, is er geen enkele aanleiding om opdrachten waarin het vertegenwoordigingsluik de essentie uitmaakt, uit de lastgeving te lichten omdat de uitvoering van de opdracht een heel aantal niet-vertegenwoordigingshandelingen meebrengt. Zo lastgeving al beperkt is tot de vertegenwoordigingsopdracht, is de vertegenwoordigingsopdracht niet beperkt tot vertegenwoordigingshandelingen.

1.3. BESTUURSOPDRACHT IS VERTEGENWOORDIGINGSOPDRACHT

251. Is het nu wat de bestuursopdracht in rechtspersoonlijk verband betreft, zo moeilijk te besluiten dat zij *in essentie* een vertegenwoordigingsopdracht is? Dat zij in hoofdzaak op vertegenwoordigingshandelingen betrekking heeft? Toch niet.⁹⁵³

Ironisch genoeg speelt op dit punt de retoriek van de orgaantheorie over de eigen aard van de rechtspersoon, ontdaan van de erfenis van het klassieke realisme, in het voordeel van de lastgeving. Was het immers niet net omdat de rechtspersoon zich in de *radicale onmogelijkheid* bevond om “zelf” te handelen, dat het recht het organieke incarnatiemechanisme moest voorzien? Maar als het organieke “zelfhandelen”, als toerekeningsmechanisme, in werkelijkheid op vertegenwoordiging neerkomt⁹⁵⁴, is dan niet de bestuursopdracht *essentieel* een vertegenwoordigingsopdracht? Luisteren we naar RONSE:

“Toch kan [de vennootschap] wegens haar aard van rechtspersoon niet zelf handelen. Zij moet noodzakelijk vertegenwoordigd worden. Rechtspersoonlijkheid en vertegenwoordiging zijn onafscheidbaar verbonden. (...) Voor rechtspersonen is [vertegenwoordiging] een bestendige noodzakelijkheid, die voortspuit uit de natuur zelf van de rechtspersoon. (...) Een tussenpersoon is logisch onmisbaar”.⁹⁵⁵

Hoe kan men dan nog anders besluiten dan dat deze logisch onmisbare tussenpersonen, die net omwille van die bestendige noodzaak tot vertegenwoordiging worden aangesteld, *in essentie* een vertegenwoordigingsopdracht hebben?⁹⁵⁶

252. Het is echter niet eens nodig terug te grijpen naar het beladen verhaal over de “natuur van de rechtspersoon” om tot deze conclusie te komen. Een functionele en pragmatische analyse leidt tot hetzelfde resultaat. Hoewel organisaties met een puur interne activiteit niet ondenkbaar zijn, hebben de meeste doelen die

⁹⁵³ Zie, in dezelfde zin: B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 4.

⁹⁵⁴ Zie *supra* p. 184 e.v.

⁹⁵⁵ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 342.

⁹⁵⁶ Vergelijk, minder scherp verwoord, maar in dezelfde zin: C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, 83.

externe activiteiten noodzaken. Dit vertaalt zich in de eerste plaats in de vorm van rechtshandelingen. De rechtshandeling is het instrument dat het recht ter beschikking stelt om gewilde rechtsgevolgen in het leven te roepen. De organisatie moet zich dus een toerekeningsstructuur aanmeten die toelaat dit doelgerichte handelen toe te rekenen op de wijze die overeenstemt met wat de organisatie voor ogen heeft. Indien zij rechtspersoonlijkheid heeft aangenomen, betekent dit dat de toerekening wordt gecentraliseerd via een centraal rechtssubjectief brandpunt. De mensen die de opdracht krijgen om de doelstellingen van de rechtspersoonlijke organisatie te operationaliseren, moeten dus essentieel de toerekening van rechtshandelingen aan dit brandpunt tot stand kunnen brengen. Wie als *kern* van zijn opdracht heeft het doel van de rechtspersoon te realiseren, moet *essentieel* kunnen vertegenwoordigen.⁹⁵⁷ In rechtspersoonlijk verband is de bestuursopdracht die *uitsluitend* uit vertegenwoordigingshandelingen bestaat perfect denkbaar en logisch coherent, maar de bestuursopdracht die vertegenwoordigingshandelingen uitsluit, niet. Qua materiële diensten is er over diverse rechtspersonen heen een grote verscheidenheid in de taken die de vertegenwoordigingsopdracht meebrengt. Deze verscheidenheid lijkt eerder een functie van de omvang van de organisatie dan van haar rechtspersoonlijke vorm. In *abstracto* kan je niet zeggen dat de bestuursopdracht in rechtspersoonlijk verband meer materiële taken meebrengt dan de gemiddelde lastgeving daarbuiten.⁹⁵⁸ In grote, veelal genoteerde vennootschappen is de “vennootschapsinterne” taak van de meeste bestuurders beperkt tot het bijwonen van de raden van bestuur. Zelfs het vertegenwoordigingsluik is hier tot zijn absolute kern herleid: het nemen van beslissingen over rechtshandelingen die door anderen materieel zijn voorbereid en zullen worden uitgevoerd en het opzetten van (en toezicht houden over) een delegatiestructuur waarin alle behalve de belangrijkste vertegenwoordigingshandelingen door anderen binnen de organisatie worden verricht.⁹⁵⁹ In de kleine BVBA anderzijds, bezoekt de zaakvoerder klanten, maakt offertes op, doet aan voorraadbeheer, schrijft personeelsadvertenties, enzovoort. Maar wie op zoek gaat naar de grootste gemene deler, ziet één constante: vertegenwoordigingsbevoegdheid. Vertegenwoordiging is dan ook, kwalitatief bekeken, de kern van de opdracht.

⁹⁵⁷ “Il est impossible d’administrer sans s’obliger”: F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 351.

⁹⁵⁸ J.-C. PAGNUCCO, *L’action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, 137.

⁹⁵⁹ Het argument dat bestuurders louter beslissingen nemen in de interne sfeer van de vennootschap, is dan ook merkwaardig (zie bijvoorbeeld M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 212; gelijklopend voor lastgeving in het algemeen: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 87-88 en 94-95). Niet alleen omdat het enkel opgaat voor een subgroep van rechtspersonen (die met een omvangrijke organisatie). Maar vooral omdat bestuurders nu net de enigen zijn die per definitie, louter op grond van hun bestuursmandaat, extern rechtshandelingen met derden kunnen stellen. Wat maakt het dan voor verschil indien zij hun rol in de totstandkoming van die rechtshandelingen tot de essentie herleiden: het nemen van de beslissing? Kan de rechtshandeling verricht worden zonder die voorafgaande beslissing? Neen. Kunnen zij desgewenst de rechtshandeling zelf verrichten? Ja. Handelen zij bij het nemen van de beslissing voor zichzelf? Neen, in naam en voor rekening van de rechtspersoon.

253. Er is dus geen enkel beletsel om de bestuursopdracht, zelfs al gaat zij gepaard met een kwantitatief omvangrijk luik eerder interne beheershandelingen, in essentie als een vertegenwoordigingsopdracht aan te merken. De kwalificatie als lastgeving wordt door de aanwezigheid van dit luik niet ondergraven.

Hiermee is niet gezegd dat alles koek en ei is in de positiefrechtelijke systematiek der benoemde overeenkomsten. Integendeel: de aflijning tussen de lastgeving en andere dienstenovereenkomsten op basis van het gehalte aan vertegenwoordigingshandelingen, wordt terecht wereldvreemd genoemd.⁹⁶⁰ Maar waarom zou dit probleem erger moet worden gemaakt dan het is, door elke niet-vertegenwoordigingshandeling onmiddellijk als een potentiële vreemde eend in de bijt te benaderen? Er is binnen de rechtsregels omtrent de overeenkomst van lastgeving meer dan genoeg plaats voor bestuursopdrachten met een zekere complexiteit, omvang of duurtijd, ook al betekent dit soms dat het vertegenwoordigingsluik ondersteund wordt door heel wat voorbereidend, administratief of uitvoerend werk. Er is positiefrechtelijk geen enkele reden om de wereldvreemdheid op de spits te drijven.

254. Overigens kan dit argument tegen lastgeving in het ruimere plaatje van de orgaantheorie nooit een heel cruciale rol spelen (en, het weze herhaald, dit bij de *founding fathers* ook niet deed). In een materie (benoemde overeenkomsten) waarin suppletieve regels de dienst uitmaken, is het onderscheid tussen de ene en de andere benoemde overeenkomst nu ook weer niet zo belangrijk. Twijfel over de vraag of het vertegenwoordigingsgehalte van een welbepaalde opdracht de ene, de andere, of een gemengde kwalificatie meebrengt, bewijst niet dat de toerekening van de op grond van de opdracht gestelde rechtshandelingen plots geen enkele contractuele grondslag meer heeft, en volgens een heel eigen juridisch mechanisme *sui generis* moet plaatsvinden. Hiertoe moest de conventionele grondslag van de bestuursopdracht rechtstreeks worden aangevallen. Dit argument tegen lastgeving komt nu aan bod.

2. CONVENTIONELE GRONDSLAG *VERSUS* ROL VAN DE WET

2.1. INLEIDING

255. Lasthebbers worden bij overeenkomst aangeduid, terwijl het orgaan een creatie van de wet is. Dit is, in een notendop, het bezwaar dat hedendaagse aanhangers van de orgaantheorie tegen een conventionele grondslag voor het bestuur-

⁹⁶⁰ Zie *supra* voetnoot 363. Hiermee is overigens niet gezegd dat er op grond van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek een gemakkelijk alternatief voorhanden is. De discussie hieromtrent valt echter buiten het bestek van dit werk.

soptreden – en dus tegen bestuur als lastgeving – opwerpen.⁹⁶¹ VAN OMME-SLAGHE:

“L’organe est l’instrument nécessaire de l’activité de la personne morale: il existe en même temps qu’elle, par l’effet de la loi”.⁹⁶²

Oorspronkelijk lag de tegenwerping vanuit de orgaantheorie ietwat anders. In de leer van het oorspronkelijke realisme, liet de vermeend radicaal eigen aard van het “reële” rechtspersoonlijke wilsvormingsproces – dat bestond los van elke wettelijke tussenkomst – volgens haar aanhangers niet toe dit in het patroon van “gewone” contractuele relaties tussen “derden” te vatten.⁹⁶³ Naarmate minder naar een *organische* en meer naar een *juridische* realiteit werd gezocht, kwam de doorslaggevende rol van de wet meer en meer op de voorgrond.⁹⁶⁴ Een zekere symbiose met de institutionele leer van de vennootschap is op dit punt trouwen nooit ver weg.⁹⁶⁵ In de woorden van PHILLIPE en GATHEM:

“Le mandat est contractuel, l’organe constitue un mécanisme institutionnel”⁹⁶⁶

256. Vanuit historisch oogpunt is de conventionele grondslag van de bestuurs-opdracht in rechtspersoonlijk verband nochtans manifest.⁹⁶⁷ Het verhaal van de eerste vennootschapswetten is het verhaal van wettelijk ingrijpen *op een bestaande en door partijen georganiseerde toestand*.⁹⁶⁸ Dit mag bij aanvang wel even worden benadrukt. Indien rechtspersoonlijk handelen conceptueel onmogelijk was zonder exclusief wettelijk gecreëerde organen⁹⁶⁹, dan was de praktijk gelukkig van dit moderne inzicht niet op de hoogte of de rechtspersoonlijke constructie was nooit van de grond geraakt.

⁹⁶¹ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 698; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 724. P. VAN OMME-SLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 767 en 765; P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1266.

⁹⁶² P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1263.

⁹⁶³ Zie hierover *supra* p. 47 e.v.

⁹⁶⁴ En wordt steeds duidelijker dat MICHOUX voor het realisme een paard van Troje binnenreed. Zie *supra* voetnoot 228. Zie ook: J.-C. PAGNUCCO, *L’action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, 132-133.

⁹⁶⁵ P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 313; S. MESSAÏ-BAHRI, “Le statut des dirigeants de société” in P. LE CANNU (ed.), *D’un Code à l’autre: le droit commercial en mouvement*, Parijs, L.G.D.J., 2008, 239.

⁹⁶⁶ D. PHILIPPE en G. GATHEM, “A quelles conditions le dirigeant peut-il engager sa responsabilité aquilienne personnelle à l’égard des tiers? Les pièges de l’article 1382 du Code Civil”, 104.

⁹⁶⁷ Zie *supra* p. 194 e.v.

⁹⁶⁸ In belangrijke mate is dit, voor “*corporate governance*” vernieuwingen die vervolgens hun weg naar de wet vinden, tot op vandaag het geval.

⁹⁶⁹ “*En dépit des errements historiques, l’organe précède toujours le mandataire, par une nécessité logique*”: V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 718.

Maar ook vandaag valt moeilijk te betwijfelen dat bestuursoptreden op een conventionele grondslag stoelt. Hiertoe wordt eerst verduidelijkt dat die vraag wel degelijk in de sleutel van de rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders moet worden geplaatst, en dat dan snel duidelijk wordt dat de bestuursopdracht een conventionele grondslag heeft (*infra* 2.2). Het traditionele – deductieve – tegenargument van de orgaantheorie op grond van het “kosmologisch orgaanbewijs” faalt (*infra* 2.3). Maar ook het modernere – inductieve – bezwaar dat op de toegenomen rol van de wet steunt, mist doel (*infra* 2.4).

2.2. BESTUURSOPTREDEN WORTELT IN CONVENTIONELE RECHTSVERHOUDING TUSSEN DE RECHTSPERSOON EN ZIJN BESTUURDER(S)

257. Bestuurders worden aangeduid met als opdracht de rechtspersoon te besturen en hem in verband met dit bestuur te vertegenwoordigen. Als zij via hun optreden het rechtspersoonlijke handelen vorm geven, doen zij dit op grond van die opdracht. Nu werd vastgesteld dat die bestuursopdracht een vertegenwoordigingsopdracht is⁹⁷⁰, lijkt de vervolgvraag eenvoudig: werd de bestuurder op grond van een overeenkomst met die opdracht belast?

De orgaantheorie heeft echter de gave ogenschijnlijk eenvoudige vragen te bemoeilijken. *In casu* doet zij dit door – zonder dit te expliciteren – de vraag of bestuurders bij overeenkomst werden aangesteld, *de facto* te ontwijken⁹⁷¹ en haar op een ander niveau te situeren: dat van het orgaan als “entiteit” dat los van de individuele bestuurders wordt gedacht. In de woorden van SIMONART:

“Le mandat est un contrat entre deux personnes par lequel la première (...) charge la seconde (...) d’accomplir un acte juridique pour son nom et pour son compte; l’organe est une fonction de gestion ou de représentation organisée par la loi organique de chaque personne morale et exercée par des personnes désignées par ou conformément à la loi”.⁹⁷²

Overeenkomsten worden gesloten tussen personen (rechtssubjecten). Bijna per definitie kan een geabstraheerde niet-rechtspersoonlijke entiteit⁹⁷³ geen overeenkomsten aangaan.

Eerder werd al toegelicht waarom de truuk die erin bestaat het bestuursorgaan als abstracte immateriële entiteit zonder rechtspersoonlijkheid of rechtsverhouding

⁹⁷⁰ Zie *supra* p. 242 e.v.

⁹⁷¹ Zo niet zou het antwoord op die vraag niet veel twijfel kennen, zoals hierna blijkt.

⁹⁷² V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, p. 724.

⁹⁷³ “Dépourvu de la personnalité, l’organe n’a aucun droit ou obligation envers la personne morale à laquelle il s’identifie”: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 697-698.

met de rechtspersoon voor te stellen, vanuit conceptueel oogpunt faalt.⁹⁷⁴ Althans voor de orgaantheorie *stricto sensu*, als die ambieert ook in moderne termen uitgedrukt een verklaringsmodel voor het optreden van rechtspersonen te zijn. Als imateriële entiteit opgevat, zal het orgaan in het rechtsverkeer even weinig klaar spelen als de rechtspersoon zelf. Dit is overigens ook in de geciteerde passage bij SIMONART duidelijk. Het orgaan wordt weliswaar een “functie” genoemd, maar die wordt vervolgens “uitgeoefend door personen”. De vraag blijft ook dan welke de rechtsverhouding is tussen de personen die deze functie uitoefenen, en de rechtspersoon voor wie zij optreden.⁹⁷⁵ Voorhouden dat dit niet de verhouding rechtspersoon-orgaan is⁹⁷⁶, is dan eerder een nadeel dan een voordeel voor de overtuigingskracht van de orgaantheorie als alternatieve juridische constructie, indien blijkt dat die rechtsverhouding *wel* lastgeving is, en dit ook zonder orgaantheorie toerekening naar aanleiding van bestuursoptreden in rechtspersoonlijk verband verklaart.

258. In werkelijkheid verschuift het orgaanbegrip hier bijna ongemerkt naar zijn betekenis *lato sensu*.⁹⁷⁷ Het benoemt dan gewoon de – louter taalkundig verzelfstandigde – functie binnen een organisatiestructuur. Hier is op zich niets mis mee. Alleen zegt het gebruik van de term dan in het geheel niets over de juridische analyse van de rechtsverhouding met de mensen die die functie vervullen, of de manier waarop hun handelen wordt toegerekend.

Zelfs nu sinds de codificatie van het vennootschapsrecht met het Wetboek van Vennootschappen het orgaanbegrip – *lato sensu* – in de wettekst zelf consequenter wordt gehanteerd⁹⁷⁸, blijft dit duidelijk. De bestuursopdracht wordt aan personen verleend, niet aan geabstraheerde functies.⁹⁷⁹ Zeker waar die personen de bestuursopdracht gezamenlijk of collegiaal moeten uitoefenen, is het taalkundig goed mogelijk de collectiviteit met een verzamelnaam aan te duiden, en die vervolgens als grammaticaal subject te hanteren: de raad van bestuur doet dit, het college van zaakvoerders doet dat, enzovoort. Maar voor de voorliggende vraag is dit weinig relevant.⁹⁸⁰ Als geabstraheerde entiteit zal de raad van bestuur niet veel handelingen verrichten die bij de rechtspersoon rechten en verbintenissen gene-

⁹⁷⁴ Zie *supra* p. 66 e.v.

⁹⁷⁵ Ter herinnering: SIMONART geeft elders aandaat organieke incarnatie niet antropomorfisch moet worden benaderd, maar simpelweg de vraag stelt naar toerekening van het handelen “*d’une personne (...) à une autre*” (V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 720).

⁹⁷⁶ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 698.

⁹⁷⁷ Zie *supra* p. 17 e.v.

⁹⁷⁸ De vennootschap handelt niet langer “door zaakvoerders en bestuurders” (oud art. 13 Venn.W.), maar “door organen” (art. 61, § 1 W.Venn.): zie *supra* p. 227 e.v.

⁹⁷⁹ Zie o.m. de art. 33, 36, 69 9°, 74 2° a), 255, 378 en 517 W.Venn.

⁹⁸⁰ Het procédé is noch eigen aan rechtspersoonlijkheid, noch zelfs aan een sterk dwingend wettelijke regeling van de organisatiestructuur. Ook in een – per hypothese – volledig aan de wilsautonomie onderworpen maatschap, is het denkbaar dat de statuten een college van bestuurders creëren en die raad van bestuur noemen. Net zoals een natuurlijk persoon een college van lasthebbers zou kunnen tot stand brengen (zie ook *supra* voetnoot 727).

renen.⁹⁸¹ Als “de raad van bestuur optreedt”, dan is dit vanuit toerekeningsoogpunt omdat bestuurders optreden volgens de collegiale modaliteiten van hun individuele opdracht. Zelfs voor de NV bepaalt het Wetboek van Vennootschappen nog steeds in de eerste plaats dat zij wordt bestuurd door personen (art. 517 W.Venn.). Die moeten in principe minstens met drie zijn (art. 518 W.Venn.). Zij vormen samen een college (art. 521 W.Venn.), dat vervolgens raad van bestuur wordt genoemd (art. 522 W.Venn.). Maar een derde die met een NV wil contracteren is niet geholpen met de abstracte wetenschap dat deze een raad van bestuur heeft, hoe vaak ook wordt herhaald dat die het rechtstreeks en uitsluitend door de wet aangeduide orgaan zou zijn, en derhalve als enige de roeping zou hebben de vennootschap op rechtstreekse wijze jegens derden te incarneren. De aspirant-medcontractant zal moeten weten welke mensen een bestuursopdracht kregen, en of zij overeenkomstig die opdracht hebben gehandeld.

259. Bestuurders krijgen individueel de opdracht te besturen⁹⁸² en dit plaatst hen in een rechtsverhouding met de rechtspersoon – op grond waarvan zij overigens ook door deze laatste kunnen worden aangesproken. Het zou dan wel zeer merkwaardig zijn – en geen pluspunt voor de rechtsdogmatiek die dit zou ontkennen – indien de vraag of het bestuursoptreden een conventionele grondslag heeft, niet op grond van *deze* rechtsverhouding zou mogen worden onderzocht. Wie ontkent dat bestuur op lastgeving stoelt, kan de vraag niet ontlopen door te vluchten naar een onbevleete wereld van gedematerialiseerde entiteiten of uit te wijken naar een orgaanbegrip *lato sensu*, maar moet ontkennen dat de bestuursopdracht een conventionele grondslag heeft.

Dit is manifest onmogelijk. De bestuursopdracht wordt steeds aan personen toegekend *hetzij in het contract, hetzij bij latere akte* (art. 33 W.Venn.). Zij wordt dus ofwel verleend in het vennootschapscontract zelf, ofwel later, op grond van het contract, door een afzonderlijke rechtshandeling die in uitvoering van het vennootschapscontract wordt verricht. In beide gevallen moet de als bestuurder aangeduide persoon hiermee akkoord gaan. Hoe kan de bron van de rechtsverhouding die zo ontstaat, anders omschreven worden dan als van *conventionele* aard?

“Er zijn onvoldoende termen om deze tweezijdige rechtshandeling niet als overeenkomst te kwalificeren”.⁹⁸³

Een *gerechtelijke* vertegenwoordigingsopdracht wordt verleend door de tussenkomst van een rechter. Een *wettelijke* vertegenwoordigingsopdracht wordt recht-

⁹⁸¹ Vergelijk: M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, 25.

⁹⁸² Zie ook: M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 215; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 448.

⁹⁸³ C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 42.

streeks door de wet verleend.⁹⁸⁴ Wie bestuurder wordt, daarentegen, is een vraag die volop in de sfeer van de wilsautonomie zit.⁹⁸⁵ Hoe bestuurders worden aangeduid kan verschillen van rechtspersoon tot rechtspersoon. Hierna wordt ook ingegaan op de vaststelling dat de bestuursopdracht in sommige organisatievormen deels dwingend wordt geregeld.⁹⁸⁶ Maar ultiem is de aanstelling steeds terug te voeren op de wil van een of meer bij de rechtspersoonlijke organisatie betrokken mensen, die een rechtshandeling verrichten die aan de rechtspersoon als eigen wordt toegerekend. Samen met de wilsuiting van de betrokken bestuurder, komt zo een overeenkomst tot stand die rechtspersoon en bestuurder verbindt.⁹⁸⁷ Aangezien, zoals eerder toegelicht, de kern van de overeenkomst normaal een vertegenwoordigingsopdracht is, is het logisch om tot lastgeving te besluiten.

2.3. DEDUCTIEF TEGENARGUMENT OP GROND VAN HET “KOSMOLOGISCH ORGAANBEWIJS” FAALT

260. Een invloedrijk tegenargument in de beste theoretisch-deductieve traditie van de orgaantheorie, steunt op wat eerder al het *kosmologische orgaanbewijs* werd genoemd.⁹⁸⁸ Het neemt hier de gedaante aan van het *probleem van het eerste mandaat*. De rechtspersoon kan nooit via rechtshandeling voor de eerste keer mandaat hebben gegeven. Hoe zou hij zijn wil hierbij hebben moeten uiten? Via lasthebbers? Maar hoe werden die dan aangesteld? Het spook van een oneindige regressie verplicht vroeg of laat beroep te doen op een ander juridisch mecha-

⁹⁸⁴ Dit vindt onrechtstreekse maar niettemin interessante bevestiging in de oorspronkelijke tekst van art. 1370 B.W. Na titel III over verbintenissen uit overeenkomst, volgt titel IV over verbintenissen buiten overeenkomst. Deze laatste ontstaan, luidens art. 1370 B.W. hetzij uit kracht van de wet alleen, hetzij uit eigen daad van diegene die verbonden is. Verbintenissen uit kracht van de wet “zijn de verbintenissen die buiten de wil om ontstaan, zoals verbintenissen tussen naburige eigenaars, of verbintenissen van voogden en andere bewindvoerders (in het Frans: “*administrateurs*”) die het hun opgedragen ambt niet mogen weigeren”. Het leidt dan ook weinig twijfel dat het geval van bestuurders van rechtspersonen, die zelf kiezen of ze een ambt aanvaarden, in de systematiek van dit wetsartikel onder de conventionele verbintenissen valt.

⁹⁸⁵ Het feit dat zij “benoemd” worden, en dat dit “overeenkomst de wet” gebeurt, verandert hier niets aan (*contra*: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 701; J. VAN RYN, *Principes*, I, 262). In de hier verdedigde zin: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 342 en ook *infra* p. 257 e.v.

⁹⁸⁶ Zie *infra* p. 257 e.v.

⁹⁸⁷ Zie ook: H. DE WULF, *Taak en loyaleiteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 9 (voetnoot 8); P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 222; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 79 en 342; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 3. Dit punt wordt zelfs uitdrukkelijk aanvaard bij: J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 225. Voorts wordt in de rechtspraak, de rechtsleer en de praktijk van het vennootschapsrecht doorlopend met expliciete of impliciete verwijzingen naar de contractuele relatie tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders gewerkt: zie hierover ook *supra* voetnoot 723.

⁹⁸⁸ Zie *supra* p. 42 e.v.

nisme dan de lastgeving. Dit argument heeft een indrukwekkende stamboom, en blijft zeer invloedrijk.⁹⁸⁹ SIMONART:

“En dépit des errements historiques, l’organe précède toujours le mandataire, par une nécessité logique”.⁹⁹⁰

Het argument is nochtans bij nader inzien helemaal niet zo gemakkelijk te rechtvaardigen voor wie de valstrikken van een voorbijgestreefde realiteitsleer wil vermijden. Hiertoe moet een onderscheid worden gemaakt, al naar gelang het argument specifiek tegen de conventionele grondslag van de vertegenwoordigingsopdracht is gericht (*infra* B), dan wel afglijdt naar een argument tegen het vertegenwoordigingsmechanisme meer algemeen (*infra* A). Die laatste hypothese werd immers eerder al gewogen en te licht bevonden.⁹⁹¹

A. Soms vage grens met ontkenning van vertegenwoordiging in het algemeen

261. In de oorspronkelijke traditie van de orgaantheorie, is de onmogelijkheid van het eerste mandaat maar een eerste stap. Het schakelt van opzet misschien conventionele vertegenwoordiging uit, maar laat de hypothese van wettelijke vertegenwoordiging onberoerd.⁹⁹² Het volstaat voor te houden dat *de wet* de eerste vertegenwoordigingsopdracht verleent, om de rechtspersoonlijke constructie op grond van vertegenwoordiging conceptueel te vervolledigen. Organiek optreden blijft dan (wettelijke) vertegenwoordiging. Er is geen komaf gemaakt met de door de orgaantheorie zo verfoeide idee dat “*les relations entre [la personne morale] et son représentant ne peuvent être conçues que comme relations entre personnes étrangères l’une à l’autre*”⁹⁹³, of nog erger: “*on donne un représentant à la personne morale comme on en donne un à l’infans ou au fou*”.⁹⁹⁴

Daarom ging dit argument over de onmogelijkheid van een eerste mandaat vaak vergezeld – niet steeds duidelijk onderscheiden – van bijkomende elementen die in wezen tegen de aanwezigheid van het vertegenwoordigingsmechanisme meer algemeen zijn gericht. Zo wordt dan bijvoorbeeld voorgehouden dat vertegenwoordiging – zelfs wettelijke vertegenwoordiging – noodzakelijk steunt op de aanwezigheid van twee onderscheiden rechtssubjecten, waarbij de ene voor de andere optreedt, terwijl organiek handelen, waarbij organen de rechtspersoon

⁹⁸⁹ Zie *supra* voetnoot 199.

⁹⁹⁰ V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 718.

⁹⁹¹ Zie *supra* p. 181 e.v.

⁹⁹² L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 132-133; P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 310.

⁹⁹³ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 132. Zie reeds: O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 621.

⁹⁹⁴ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 133.

incarneren, slechts één rechtssubject in beweging brengt.⁹⁹⁵ Ook louter semantische onderscheiden duiken dan op: “*in tegenstelling tot de lastgeving*” handelt het orgaan “*niet in naam en voor rekening van de rechtspersoon*”, “*het orgaan is de rechtspersoon. Zijn handelen wordt van rechtswege toegerekend aan de rechtspersoon*”.⁹⁹⁶ Het falen van dit soort argumenten, in de mate dat zij op ontkenning van *vertegenwoordiging* in het algemeen neerkomen, werd eerder al aangetoond.⁹⁹⁷ Er is geen plaats voor in een moderne opvatting van de orgaantheorie, die de juridische *démarche* van toerekening van rechtshandelingen aan een ander niet langer ontkent. Verder wordt dan ook enkel aandacht besteed aan dit argument in zoverre het specifiek tegen de *conventionele grondslag* van de vertegenwoordigingsopdracht is gericht.

B. Zwakte van het argument als het specifiek tegen de conventionele bron van de vertegenwoordigingsopdracht is gericht

262. Na wegkrabben van het traditioneel-realistische laagje dat tegen vertegenwoordiging meer algemeen is gericht, wordt onmiddellijk duidelijk hoe moeilijk het overblijvende argument op eigen benen kan staan. Het ontbreken van een wil bij de rechtspersoon, zijn onvermogen tot handelen in de fysieke betekenis, staat er immers niet aan in de weg dat hij via vertegenwoordiging *rechtens* kan worden geacht te hebben gehandeld. Het volstaat dat het handelen van anderen hem wordt toegerekend als eigen. Dit is voor het aangaan van een lastgevingsovereenkomst niet anders dan voor eender welke andere rechtshandeling. De rechtspersoon kan voor het recht evengoed “zelf” lastgever zijn als “zelf” verkoper, verhuurder, enzovoort. Het probleem verdwijnt voor elke bestuursopdracht die werd verleend *door mensen die handelen op een wijze die de rechtspersoon als eigen wordt toegerekend*.⁹⁹⁸ Voor bestuursopdrachten die tijdens het leven van de rechtspersoon worden verleend, is hiervoor juridisch-technisch niet meer nodig dan vertegenwoordiging. De benoeming van bestuurders door een ledenvergadering wordt aan de rechtspersoon toegerekend als ware het zijn eigen handeling. Het ontbreken van een “eigen” mandaterende wil, verhindert niet dat de rechtspersoon voor het recht lastgever is, als leden of aandeelhouders mandaat verlenen op een wijze die aan de

⁹⁹⁵ Zie P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 310 voor een zeldzaam geval waarin deze toevoeging duidelijk wordt onderscheiden.

⁹⁹⁶ D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 141. Zie ook: J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 199; J. VAN RYN, *Principes*, I, 259 (“*sans interposition d’un mandat*”).

⁹⁹⁷ Zie *supra* p. 175 e.v.

⁹⁹⁸ Zie reeds: J. BEEKHUIS, *Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden*, 14-15; F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 87. Interessant is dat QUIÉVY, die in zijn recente proefschrift lastgeving als grondslag voor bestuursoptreden scherp op de korrel neemt, en de conceptuele eigenheid van het organieke incarnatiemechanisme naar nieuwe hoogtes wil voeren, dit punt uitdrukkelijk aanvaardt: J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 225.

rechtspersoon als eigen wordt toegerekend. Die bevoegdheid ontleen de betrokkenen zelf aan een conventionele bron: het vennootschapscontract. Het probleem wordt in zekere zin gereduceerd tot dat bijna mythische moment waarop de rechtspersoon ontstaat en tegelijk voor de eerste keer mandaat zou moeten geven.

263. De orgaantheorie zou ongetwijfeld haar jongen niet meer herkennen in een oorspronkelijk organiek incarnatieproces dat slechts één mythische seconde lang speelt bij het ontstaan van de rechtspersoon.⁹⁹⁹ Maar zelfs vanuit meer pragmatistisch oogpunt, is duidelijk hoe beperkt en kunstmatig het probleem van het “eerste mandaat” hiermee werd. Functioneel en economisch is duidelijk dat mensen het eerste mandaat geven. Het probleem van het eerste mandaat conventioneel onoplosbaar noemen, vereist een uitzonderlijke wil om het ontstaan van de rechtspersoon als radicaal juridisch nulpunt te beschouwen – een juridische *big bang* waarvoor enkel het niets gaapt.¹⁰⁰⁰ In werkelijkheid ontstaan rechtspersonen niet uit het niets met de schreeuwende behoefte hun wil op “oorspronkelijke” wijze gevormd te zien. Aan de wieg staan mensen die een akkoord sluiten over het “eerste mandaat”. Dit komt in het vennootschapscontract tot uitdrukking. Er zouden weinig organisaties met rechtspersoonlijkheid ontstaan mocht het partijen werkelijk onmogelijk zijn de eerste bestuurders conventioneel (in de ruimste betekenis) aan te duiden. Het loont de vraag even met enige afstand te bekijken. Is het werkelijk moeilijk de menselijke wil bij oprichting te vinden? Om de mensen van vlees en bloed te zien die de eerste bestuursopdracht geven en die met behulp van het recht aan de rechtspersoon (laten) toerekenen?

264. Maar zelfs wie wakker ligt van een juridisch-technisch adequate oplossing voor het probleem van het eerste mandaat, kan op beide oren slapen. Als de leden of aandeelhouders onmiddellijk na oprichting de eerste bestuurders benoemen, volstaat de vaststelling dat zij die bevoegdheid conventioneel (in het vennootschapscontract) verkregen, en dat de rechtshandeling die zij op grond van die bevoegdheid verrichten aan de rechtspersoon als eigen wordt toegerekend.

Maar zelfs als bestuurders al in de oprichtingsakte worden aangeduid, is er geen probleem om dit te begrijpen als een wederkerige rechtshandeling die de rechtspersoon onmiddellijk bij zijn ontstaan *als rechtshandeling* wordt toegerekend.¹⁰⁰¹ Het ontstaan van de rechtspersoon gaat gepaard met het ontstaan in zijn

⁹⁹⁹ MICHOUUD verliest dit uit het oog wanneer hij schrijft dat de personen die in de oprichtingsakte de bevoegdheid kregen om “organen” te benoemen (leden, vennoten, aandeelhouders), zelf al als orgaan moeten worden beschouwd, met als opdracht “het benoemen van andere organen” (L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, I, 139). Er is echter, op basis van zijn eigen logica, geen noodzaak meer om die laatste “organen” te noemen in de betekenis die hij hieraan geeft.

¹⁰⁰⁰ Een punt waarop de argumentatie van voorstanders van de orgaantheorie overigens altijd in de problemen komt. Zie bijvoorbeeld de terechte kritiek op MICHOUUD bij: C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, 201.

¹⁰⁰¹ Vergelijk: L. FRÉDÉRICQ, *Beginselen*, II, 374 (“toepassing van een algemeen principe”).

hoofde van een heel aantal rechten en verbintenissen. Niemand bekommert zich om de vraag hoe dit mogelijk is zonder voorafgaande “oorspronkelijke” wilsvorming bij de rechtspersoon. De rechtspersoon wordt eigenaar van de ingebrachte vermogensbestanddelen zonder dat “zijn” mening wordt gevraagd. De oprichters hebben bij overeenkomst en “eenzijdig” (althans bekeken vanuit het perspectief van de rechtspersoon) beslist bepaalde vermogensbestanddelen aan de rechtspersoon over te dragen. Die wordt er vanaf zijn ontstaan eigenaar van. Evenmin is het een bezwaar tegen de conventionele kwalificatie dat het in de oprichtingsakte vervatte bestuursmandaat pas op het ogenblik van zijn ontstaan aan de rechtspersoon wordt toegerekend.¹⁰⁰² Ook de ingebrachte licentieovereenkomst, bijvoorbeeld, verandert niet van conventionele aard omdat het de rechtspersoon die er bij de oprichting titularis van wordt, voor de oprichting onmogelijk was zijn toestemming te geven. Na de oprichting kan de rechtspersoon via natuurlijke personen handelen op een wijze die hem als zijn eigen handelen wordt toegerekend. Hij kan vermogensbestanddelen verkopen, de licentieovereenkomst opzeggen (als dat contractueel mogelijk is) of andere lasthebbers aanduiden. Maar er is geen enkele reden waarom eigendomsrecht, licentieovereenkomst en lastgeving niet onmiddellijk bij zijn ontstaan als eigen aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend, enkel en alleen omdat hij voor zijn ontstaan geen “wil” heeft. De conventionele bestuursopdracht die in de oprichtingsakte wordt verleend, hoeft niet van aard te veranderen omdat zij pas bij het ontstaan van de rechtspersoon als zijn eigen conventionele rechtshandeling wordt toegerekend. Het juridisch-technisch vermeend fundamentele probleem van het “eerste mandaat” is zelfs op zijn eigen termen perfect oplosbaar. Het is de kunstmatige resultante van een visie die een geheel eigen juridische microkosmos wil laten ontstaan bij elke “geboorte” van een nieuwe rechtspersoon.

265. Is het conceptueel onmogelijk een wig te drijven tussen het “eerste mandaat” en alle daaropvolgende mandaten? Wellicht niet. Wie echt wil, kan argumenteren dat dit eerste mandaat eigen kenmerken vertoont. Alleen is daarmee niet bewezen dat het niet meest zinvol als contractuele rechtsverhouding wordt begrepen. Op een bepaald ogenblik wordt dit ook een kwestie van rechtsdogmatische keuze. Heeft het werkelijk zin voor die mythische ontstaansseconde een heel eigen rechtsdogmatiek te ontwerpen, zeker als nadien blijkt dat voor concrete vragen die zich in de rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders voordoen, toch weer opnieuw naar de vertrouwde patronen van de contractuele relatie (en de wetsbepalingen die daarop ingrijpen) moet worden teruggegrepen?¹⁰⁰³

¹⁰⁰² Vergelijk: A. DE VOS, *Commentaire*, II, 162: “*Les fondateurs de la société peuvent fixer au mandat que le commerçant fictif est censé donner à ses représentants telles bornes ou telle étendue qu’ils estiment utile*” (onderstrepings toegevoegd).

¹⁰⁰³ Zie bv.: M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 231; J. VAN RYN, *Principes*, I, 395. Vergelijk, in de hier bepleitte zin: B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 7.

266. Het argument dat de bestuursopdracht geen conventionele bron kan hebben omdat de rechtspersoon ze ultiem (al is het maar voor de eerste keer) niet bij overeenkomst kan hebben verleend, moet dus worden verworpen. Er is geen “*nécessité logique*”¹⁰⁰⁴ waarom een als organiek incarnatiemechanisme opgevat procédé steeds lastgeving moet voorafgaan. Elke aan de rechtspersoon als eigen toegerekende bestuursopdracht heeft een conventionele grondslag. Dat in een aantal beperkte gevallen de voorafgaande wilsuiking van de oprichters pas met de oprichting aan de rechtspersoon wordt toegerekend, en de rechten en verbintenissen van bestuurder en rechtspersoon ten aanzien van elkaar pas op dat ogenblik ontstaan, is hiertegen geen bezwaar.

2.4. INDUCTIEF TEGENARGUMENT OP GROND VAN DE ROL VAN DE WET FAALT

267. In principe wordt het onderscheid tussen wettelijke en conventionele vertegenwoordiging enkel gemaakt op grond van de bron van de vertegenwoordigingsopdracht. De relevante vraag is hoe de vertegenwoordigingsrelatie tot stand komt. Bij bestuurders is dit ultiem altijd op grond van een overeenkomst. Deze vaststelling zou kunnen volstaan om van een conventionele vertegenwoordigingsopdracht te spreken.

Vaak wordt nochtans, ter ontkenning daarvan, de rol van de wet bij de organisatie van het vennootschapsbestuur sterk in de verf gezet.¹⁰⁰⁵ In de mate dat hiermee opnieuw met een “orgaanbegrip” wordt gegoocheld dat van de handelende bestuurders – desgevallend gezamenlijk of collegiaal – wordt geabstraheerd, werd de gebrekkigheid van deze werkwijze eerder al aangetoond.¹⁰⁰⁶ Soms echter, lijkt het argument eerder te willen benadrukken dat de wet vaak door middel van gebiedende en verbiedende rechtsregels ingrijpt op allerlei aspecten van de rechtspositie en het functioneren van bestuurders, zowel in de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon, als in de relatie met derden.

Die vaststelling is echter niet zeer dienend voor de voorliggende vraag. De wet wijst niet de personen aan die met een vertegenwoordigingsopdracht worden belast, maar regelt bepaalde onderdelen van de conventioneel verleende opdracht. Dat de wet (afhankelijk van rechtspersoonsvorm) een belangrijke rol speelt, staat

¹⁰⁰⁴ V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 718.

¹⁰⁰⁵ F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht. N.V. en B.V.B.A.*, 2e uitgave, II dln., Antwerpen, Kluwer, 2000, I, 326; M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 212; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 698; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 724; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 143; P. VAN OMME-SLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979-1990): les sociétés commerciales (première partie)”, 643; P. VAN OMME-SLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 767; P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1266; J. VAN RYN, *Principes*, I, 262. Zie ook: S. MESSAI-BAHRI, “Le statut des dirigeants de société”, 329.

¹⁰⁰⁶ Zie *supra* p. 249.

buiten kijf. Maar dit sluit uiteraard niet uit dat de rechtsverhouding tussen rechtspersoon en bestuurder een conventionele bron heeft.¹⁰⁰⁷ Een gereglementeerde overeenkomst is nog steeds een overeenkomst. Het conventionele karakter van een huurovereenkomst wordt niet betwist, enkel en alleen omdat deze sterk wettelijk geregeld is.¹⁰⁰⁸ Wat telt, is dat de rechtsverhouding tot stand komt op basis van elkaar treffende wilsuitingen waarmee partijen een aantal essentiële rechtsgevolgen beogen die het recht er ook daadwerkelijk aan vastknoopt. Dit is bij de totstandkoming van een rechtspersoonlijke bestuursopdracht zeker het geval. De conventionele rechtshandeling steunt, in puur tautologische zin, altijd in zekere mate op de rechtsregel.¹⁰⁰⁹ Al was het maar omdat het recht de rechtsgevolgen die partijen nastreven erkent en ze in hun hoofde verbindend maakt (art. 1134 B.W.). Soms benoemt de wet de overeenkomst in kwestie ook uitdrukkelijk als *species* van een *genus* (zoals bij benoemde overeenkomsten). Maar dit is voor de voorliggende vraag niet zeer relevant. Zo niet, is “lasthebber” evengoed een “wettelijke functie”, die men krijgt “*conformément à la loi*”.¹⁰¹⁰ De wet noemt deze rechtsfiguur immers in een bijzondere titel van het Burgerlijk Wetboek met naam en benoemt en regelt zijn essentiële rechtsgevolgen. Maar als het recht de in essentie door partijen nagestreefde rechtsgevolgen erkent, is sprake van een rechtshandeling, ook al werken er vervolgens suppletieve of dwingende rechtsregels op in en brengen die rechtsgevolgen mee waaraan partijen niet hadden gedacht, of waartoe zij geen keuze hadden. Als die essentiële gevolgen in het geval van de bestuursopdracht op lastgeving lijken, dan is de uitdrukkelijke en bijzondere regeling ervan – meestal in de context van één welbepaalde rechtspersoonsvorm – niet van aard plots de conventionele grondslag weg te slaan.¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁷ In dezelfde zin, zij het met nuances qua argumentatie: S. ASECIO, “Le dirigeant de société, un mandataire ‘spécial’ d’intérêt commun”, *Revue des Sociétés* (Frankrijk) 2000, 697; C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 42; J. BEEKHUIS, *Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden*, 14-15; N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d’organisation de l’entreprise*, 104; F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 85-88 en 94; J.-C. PAGNUCCO, *L’action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, 134; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 81; J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 225.

¹⁰⁰⁸ Gelijklopend: H. DE WULF, *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 386-387.

¹⁰⁰⁹ Vergelijk: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 25 en 962 e.v.

¹⁰¹⁰ De parafrasering steunt op: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 701.

¹⁰¹¹ Zeker als de vennootschapsregels op cruciale punten nu net een *toepassing* zijn van lastgevingsprincipes. Op dit punt maakt RONSE een eerder zwak argument. Hij leidt uit het feit dat de vennootschapswetgeving soms uitdrukkelijk *toepassing* maakt van principes uit de lastgevingsregels van het Burgerlijk Wetboek (zoals bijvoorbeeld bij de *ad nutum* afzetbaarheid van bestuurders van een NV) af dat bestuurders geen lasthebbers zijn omdat die uitdrukkelijke wetbepaling anders *overbodig* was geweest. Dit overtuigt niet: elke toepassing van regels uit het gemeen (contractueel) verbintenissenrecht in de titels over benoemde overeenkomsten zou dan bewijzen dat het niet langer om overeenkomsten ging.

268. Zelfs indien zij op haar woord zou worden geloofd, slaat de weerkerende nadruk op het belang van de wet, de conventionele grondslag onder de bestuursopdracht niet weg. In wezen zou dit voor de hier belichte onderzoeksvraag kunnen volstaan. Maar toch mag even de gebrekkingheid van de alternatieve rechtsdogmatische constructie die ons fundamenteel begrip van bestuur in rechtspersoonlijk verband uitsluitend tot de wet wil terugvoeren, worden belicht.

269. Ten eerste heeft het standpunt vooral zin met de raad van bestuur van de NV als exclusief mentaal model.¹⁰¹² Het argument krijgt het steeds moeilijker naarmate het ook minder gereguleerde organisaties met rechtspersoonlijkheid moet omvatten. Dit is een structureel probleem voor een verklaringsmodel als de orgaantheorie dat net zo sterk op inherente deducties uit het rechtspersoonlijkheidsbegrip zelf wordt gesteund.¹⁰¹³ De verklarende waarde van de constructie voor organisaties met rechtspersoonlijkheid in het algemeen, brokkelt snel af naarmate minder geregelde rechtspersoonvormen in de analyse worden betrok-

¹⁰¹² Dit heeft wellicht (deels) te maken met het volgende. Een belangrijke “materiële bron” van standpunten over het belang van de wet bij de organieke structuur van de rechtspersoon, lijkt te vinden in de vroegere discussie over de mogelijkheid zgn. “statutaire” organen te creëren die niet door de wet waren voorzien. Maar die vraag was in feite grotendeels een artefact van het (beweerd) verplicht collegiale karakter van de bestuursbevoegdheid (inclusief de vertegenwoordigingsbevoegdheid) in de NV. Dit probleem werd extra in de verf gezet door een restrictieve lezing van art. 728 Ger.W. (partijen verschijnen voor de rechtbank in persoon of bij advocaat). “In persoon” verschijnen kon enkel via een orgaan. Verschijnen met de raad van bestuur (of minstens een meerderheid der leden) is natuurlijk onwerkbaar. Zowel om de vertegenwoordiging in het algemeen, als het optreden in rechte meer bijzonder, te vergemakkelijken, voorzagen statuten van NV’s daarom vaak in één- of meerhandtekeningsclausules voor individuele bestuurders, of creëerden zij zelfs een specifieke statutaire functie met de bevoegdheid om voor de vennootschap in rechte op te treden. In de rechtsleer werd hiertegen gepleit op grond van de beweerde onmogelijkheid om statutair andere organen te voorzien dan wat de wet voorzag. Het praktische gevolg van deze stelling was, puur terloops opgemerkt, dat NV’s geen andere keuze hadden dan een advocaat aanstellen om voor de rechtbanken te verschijnen. In andere vennootschapsvormen stelde het probleem zich niet, omdat de individuele bestuursbevoegdheid er de (suppletieve) regel was. Deze hele discussie is (grotendeels) voorbijgestreefd door de wettelijke erkenning van de statutaire handtekeningsclausule met de wet van 6 maart 1973 (huidig art. 522, § 2 W. Venn; zie over de invoering van deze bepaling en de relatie met de hier geschetste discussie: J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 158 en 175 e.v.). Zie over de discussie rond het statutair orgaan in het algemeen: M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 235-236; P. COPPENS, “La compuration ‘en personne’ des sociétés commerciales et la controverse issue de l’article 728 du Code Judiciaire”, *R.P.S.* 1970, 149-163; J. RONSE en M. STORME, “Proceshandelingen van en tegen vennootschappen volgens het nieuw Gerechtelijk Wetboek”, *R.W.* 1968-69, 1878 e.v.; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 156-158; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 339-340; P. VAN OMMESLAGHE en L. SIMONT, “La notion de l’organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d’administration des sociétés anonymes”, 74-103.

¹⁰¹³ “Il appartient exclusivement à la loi de déterminer quelles personnes sont revêtus de la qualité d’organe, puisque les caractéristiques de l’organe tiennent aux fondements de la personnalité morale, elle-même nécessairement attribuée en vertu de la loi (...)”: P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 767 (en zie ook voor hetzelfde citaat, minus “exclusivement”: P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1266). Zie in het algemeen hierover *supra* p. 42.

ken.¹⁰¹⁴ Dit valt makkelijk te illustreren. In de vennootschap onder firma – toch nog steeds de vennootschappelijke rechtspersoon van gemeen recht – is wat betreft de bestuursstructuur zo goed als niets wettelijk geregeld, zeker niet op dwingende wijze.¹⁰¹⁵ De wet voorziet enkel suppletieve regels. De diversiteit in bestuurstructuur die contractueel kan worden gecreëerd, is enorm. De statuten kunnen één persoon, bij naam genoemd, aanduiden en met de meest uitgebreide bestuursbevoegdheid bekleden, inclusief bevoegdheden die in de NV wettelijk aan de algemene vergadering zouden zijn voorbehouden. Deze persoon is dan tijdens het leven van de vennootschap-rechtspersoon zo goed als onafzetbaar. Maar evengoed is het (theoretisch) mogelijk een meerhoofdige en collegiale raad van bestuur te creëren met *ad nutum* afzetbare bestuurders. Een directiecomité kan (theoretisch) worden toegevoegd, hetzij onafhankelijk, hetzij onder de hoede van de raad van bestuur. Zowat alle aspecten die wij met het juridische regime van organen associëren zijn contractueel moduleerbaar, inclusief hun bestaan en hun benaming. Het is onbegonnen werk alle mogelijke (theoretische) combinaties waartoe dit aanleiding kan geven, op te sommen. En dit alles kan worden geregeld hetzij in de statuten, hetzij bij latere akte (inclusief een combinatie van beide) (art. 33 W. Venn.). Heeft het in dit licht werkelijk zin om het zogenaamde *legalisme van organen* als rechtsdogmatisch fundament van het rechtspersoonlijke functioneren te nemen? Om te zeggen dat het orgaan ontstaat samen met de rechtspersoon, “*par l’effet de la loi*”?¹⁰¹⁶ Dat enkel de wet organieke structuur en organieke werking van de rechtspersoon bepaalt?¹⁰¹⁷ Dat het orgaanbegrip voorbehouden is aan wat “voorzien is door de wet” en dat de statuten “geen andere organen mogen creëren dan die die voorzien zijn door de wet”, omdat het organieke regime “te zeer afwijkt van het gemeen recht opdat partijen het vrij zouden mogen organiseren”?¹⁰¹⁸ Dit soort uitspraken zijn zeer moeilijk begrijpbaar met de VOF in het achterhoofd. De enige uitweg is dan de notie “voorzien door de wet” zodanig uit te rekken dat ze elke betekenis verliest. Ook de koop-verkoopovereenkomst of de lastgeving is dan

¹⁰¹⁴ En dit terwijl Valérie SIMONART, bijvoorbeeld, duidelijk van oordeel is dat het rechtspersoonlijkheidsbegrip een eenheidsconcept is: V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, 569-576. In wezen beseft VAN OMMEFLAGHE in zijn klassieke noot samen met SIMONT dit zeker en vast, maar die nuance kreeg toen te weinig gewicht en kwam in later werk niet meer terug. Zie: P. VAN OMMEFLAGHE en L. SIMONT, “La notion de l’organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d’administration des sociétés anonymes”, 80-81.

¹⁰¹⁵ Zie *supra* p. 215 e.v. Zie nochtans bij Bernard TILLEMANS de bewering, ten onrechte, dat rechtsleer en rechtspraak in groten getale oordelen dat in de VOF geen orgaan van dagelijks bestuur kan worden aangesteld, omdat het “niet wettelijk voorzien” zou zijn: B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 539. TILLEMANS lijkt hier de discussie over het “statutair orgaan” in de NV, naast de wettelijk voorziene collegiale raad van bestuur, te transplantieren. Maar hiertoe is geen aanleiding, aangezien de wet de organisatie van de bestuursstructuur in de VOF zelf in handen van partijen legt.

¹⁰¹⁶ P. VAN OMMEFLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 765.

¹⁰¹⁷ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 398; P. VAN OMMEFLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 767.

¹⁰¹⁸ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 698.

“voorzien door de wet”. “Wettelijk” wordt synoniem voor “met rechtsgevolgen (die de wet erkent)”. Waarom zou het rechtspersonenrecht zich met een dergelijk nietszeggend – tautologisch – en in andere rechtsdomeinen niet gangbaar gebruik van het begrip “wettelijk” moeten tevreden stellen? Als partijen vrij beslissen wie welke vertegenwoordigingsopdracht krijgt, en onder welke voorwaarden, dan is er sprake van een conventionele vertegenwoordigingsopdracht.

270. Ten tweede is zelfs voor NV een zekere verbetering nodig om de bestuursstructuur absoluut enkel in termen van een dwingende wettelijke organisatie te willen benaderen. Zelfs in deze meest geregelde rechtspersoonlijke bestuursvorm, blijft er heel wat ruimte voor contractuele modalisering.¹⁰¹⁹ Want wat is, zelfs in de NV, de harde kern van de dwingende regeling? Er moeten minstens drie bestuurders zijn (art. 518, § 1 W.Venn.), benoemd door de algemene vergadering (art. 518, § 2 W.Venn.). De duur van hun opdracht mag zes jaren niet te boven gaan (art. 523, § 3 W.Venn.). Zij zijn individueel niet bestuursbevoegd, maar opereren als college (art. 521 W.Venn.). Zij kunnen *ad nutum* door de algemene vergadering worden ontslagen (art. 518, § 3 W.Venn.), en een vaste rechtspraak interpreteert deze regel (zij het betwistbaar) als van openbare orde.¹⁰²⁰ De volheid van bestuursbevoegdheid van de raad van bestuur kan weliswaar statutair worden beperkt (art. 522, § 1 W.Venn.), tenzij voor uitdrukkelijk aan de raad van bestuur voorbehouden bevoegdheden, en zou evenmin mogen raken aan een kern van zelfstandige bestuursbevoegdheid zonder dewelke van een raad van bestuur in feite geen sprake meer is.¹⁰²¹ De statutaire bevoegdheidsbeperking is evenmin louter door de publicatie ervan afdwingbaar ten aanzien van derden waarmee onbevoegd zou zijn gehandeld (art. 522, § 2 W.Venn.).¹⁰²² In grote lijnen dus: een college van drie bestuurders, benoemd door de algemene vergadering, wat wettelijk voorbehouden bevoegdheden en een geobjectiveerde externe vertegenwoordigingsmacht.

Er is niet eens een grondige kennis van de vennootschapspraktijk nodig om te beseffen dat hier wel heel veel marge overblijft voor vrije keuze. Statutaire bevoegdheidsbeperkingen of besluitvormingsregels, taakverdelingen binnen de raad van bestuur, één of meerhandtekeningsclausules, bindende voordrachtrechten, directiecomités, personen belast met dagelijks bestuur: het zijn maar enkele voorbeelden van fundamentele keuzes die de wet aan de betrokkenen overlaat.¹⁰²³ De invoering met de wet van 2 augustus 2002, van het facultatieve directiecomité, dat het belangrijkste bestuursorgaan van een NV kan zijn, en waarvan bestaan, statuut, werking, bevoegdheden, enzovoort, bijna volledig vrij te regelen is (hetzij

¹⁰¹⁹ J.-M. NELISSEN GRADE, “Les aménagements statutaires et contractuels” in C.D.V.A. (ed.), *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Brussel, Bruylant, 2004, 249.

¹⁰²⁰ Zie de bespreking van dit welbekende principe, met talrijke verwijzingen, bij: B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 290 e.v.

¹⁰²¹ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 166; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 649.

¹⁰²² Zie ook *infra* p. 288 e.v.

¹⁰²³ Zie verder: J.-M. NELISSEN GRADE, “Les aménagements statutaires et contractuels”, 249-280.

in de statuten hetzij door de raad van bestuur), heeft dit enkel extra in de verf gezet (art. 524bis W.Venn.). Wie kan beweren het bestuursregime van een NV *in concreto* te kennen met enkel de “wettelijke” wetenschap dat er minstens drie bestuurders moeten zijn die een college vormen en de vennootschap ten aanzien van derden die niet beter weten of moeten weten extern kan verbinden? De aanzienlijke tijd en energie die wordt besteed aan het onderhandelen en in teksten gieten van akkoorden over het bestuur van NV’s wijst er alvast op dat de praktijk van het recht hier anders over denkt.

2.5. BESLUIT

271. De bestuursopdracht steunt op overeenkomst tussen de bestuurder en de rechtspersoon. Ze heeft een conventionele grondslag. Niemand bestuurt, niemand vertegenwoordigt, zonder dat hij de bevoegdheid daartoe bij overeenkomst kreeg. Dat de wet die rechtsverhouding in meerdere of mindere mate dwingend regelt, kan die conclusie niet wijzigen. Integendeel. De wet tot exclusieve rechtsdogmatische grondslag van de constructie maken, maakt het onmogelijk het juridische regime van de bestuursfunctie in rechtspersoonlijk verband zinvol te begrijpen.

272. Die conclusie wordt nu bevestigd in twee domeinen waarin de rol van het wettelijke ingrijpen vaak zo veel belang wordt toegedicht, dat de vraag ontstaat of lastgeving – zelfs al is zij op het niveau van de fundamentele kwalificatie nog steeds aanwezig – nog wel iets bijdraagt aan een goed begrip van het bijzonder wettelijke regime. Het gaat enerzijds om het feit dat begin en einde van de bestuursopdracht aan wettelijke bekendmaking zijn onderworpen (*infra* 3), en anderzijds om het feit dat bevoegdheidsgrenzen niet steeds aan derden tegenwerpelijk zijn (*infra* 4).

3. PUBLICITEIT: BIJZONDER REGIME VOOR OPENBAARMAKING EN DERDENWERKING VAN BEGIN EN EINDE VAN DE BESTUURSOPDRACHT

3.1. INLEIDING

273. Het feit dat bestuurders aan eigen regels zijn onderworpen inzake openbaarmaking en derdenwerking (“tegenwerpelijkheid”) van hun hoedanigheid, is voor veel auteurs een belangrijk bewijs van de eigenheid van het organieke incarnatiemechanisme. VAN RYN illustreert het feit dat organen de wil van de rechtspersoon rechtstreeks uiten, “*sans interposition d’un mandat*”, in de eerste plaats met de vaststelling dat zij ten aanzien van derden geen volmacht moeten voorleggen om hun bevoegdheden te bewijzen, maar enkel hun hoedanigheid moeten

aantonen. Hiertoe volstaat het dat hun benoeming werd openbaargemaakt.¹⁰²⁴ COIPEL expliciteert de link met de orgaantheorie. De lasthebber moet een volmacht voorleggen omdat hij de wil van een ander uitvoert, het orgaan moet enkel zijn hoedanigheid bewijzen, omdat hij in die hoedanigheid de wil van de rechtspersoon zelf uit.¹⁰²⁵

Vanuit conceptueel oogpunt kan dit nochtans moeilijk de doodsteek zijn voor lastgeving (*infra* 3.2). Bovendien blijkt dat, vanuit praktisch oogpunt, de resultaten van het bijzondere rechtspersoonlijke publiciteitsregime veel nauwer dan vaak gedacht blijven aansluiten bij lastgevingsregels (*infra* 3.3).

3.2. GEEN THEORETISCHE DOODSTEEK VOOR LASTGEVING

274. Het onderscheid tussen voorleggen van een volmacht en bewijs van hoedanigheid is op meest fundamenteel niveau slechts een woordspel. Beide vertegenwoordigers moeten derden ervan overtuigen dat zij een ander kunnen verbinden, met andere woorden dat zij de hoedanigheid van vertegenwoordiger hebben. De lasthebber die volmacht voorlegt bewijst evengoed een hoedanigheid, namelijk die van lasthebber. Een bestuurder die naar de publicatie van zijn benoeming verwijst, legt evengoed volmacht voor. Hij verwijst naar de (weze het gepubliceerde) rechtshandeling die hem vertegenwoordigingsbevoegd heeft gemaakt.¹⁰²⁶ Zowel de lasthebber als de bestuurder halen hun “hoedanigheid” in essentie uit de rechtshandeling die hun vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft verleend. Bij geen van beide staat die hoedanigheid op het voorhoofd getatoeëerd. Beide moeten hun hoedanigheid van vertegenwoordiger legitimeren, tot tevredenheid van de (potentiële) wederpartij. In beide gevallen gebeurt dit in essentie door een verwijzing naar de rechtshandeling die hun de hoedanigheid heeft toegekend (aanstelling als lasthebber of aanstelling als bestuurder). In beide gevallen kan neerlegging en/of publicatie het bewijs van deze rechtshandeling vergemakkelijken.¹⁰²⁷

¹⁰²⁴ J. VAN RYN, *Principes*, I, 259. Gelijklopend: C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, 143; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 542; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 700; P. WÉRY, *Le mandat*, 122. Vergelijk: J. MAEIJER en J. RONSE, *De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht*, Deventer, Kluwer, 1978, 52-53; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 363.

¹⁰²⁵ M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 185. Zie ook: S. RUTTEN, “Commentaar bij art. 61 W.Vennn.”, 4.

¹⁰²⁶ Zie bijvoorbeeld de bewuste dubbelzinnigheid bij TILLEMANN: “Gelet op hun hoedanigheid van orgaan, moeten bestuurders/zaakvoerders (...) geen volmacht voorleggen om hun vertegenwoordigingsmacht te legitimeren. Hun vertegenwoordigingsmacht volgt uit (de publicatie van) hun benoeming” (B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 542). Onderstreeping toegevoegd.

¹⁰²⁷ De vroegste voorlopers van het handelsregister, maakten vaak geen onderscheid tussen lastgevingen die door individuele handelaars of door vennootschappen werden gegeven: S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, Parijs, L.G.D.J., 2003, 230 (zie ook p. 179 voor een interessant voorbeeld).

275. Het is wél duidelijk dat de rechtspersoonlijke bestuursopdracht *formeel gezien* een eigen publiciteitsregime heeft, dat afwijkt van de lastgevingsregels. Gegevens over ontstaan, inhoud, en einde van de rechtshandeling waarbij een bestuurder werd aangesteld, moeten via een bijzonder wettelijk geregeld kanaal worden bekendgemaakt.¹⁰²⁸ Een publiciteitsregime wordt meestal – ook hier – verbonden met tegenwerpelijkheid aan derden. Te publiceren rechtshandelingen zijn pas tegenwerpe-lijk vanaf het ogenblik dat aan het publiciteitsvereiste werd voldaan.¹⁰²⁹ Hun derdenwerking wordt dus beïnvloed door bijzondere wettelijke publiciteitsregels.

Maar ook deze vaststelling kan de lastgeving in rechtspersoonlijk verband moeilijk een existentiële identiteitscrisis bezorgen. Een aan publiciteit onderhevige overeenkomst blijft nog steeds een overeenkomst. De bekendmaking van gegevens over de bestuursovereenkomst bij organisaties met rechtspersoonlijkheid, is evenmin een uitdaging voor de fundamentele kwalificatie van de overeenkomst, als de publiciteitsvereisten bij de koop-verkoop van onroerende goederen. Zeker niet als de bekendmaking geen weerslag heeft op de intrinsieke geldigheid van de overeenkomst tussen partijen, maar enkel (bepaalde aspecten van) de derdenwerking betreft. De logica van een dergelijk systeem vereist dat eerst een overeenkomst bestaat, die vervolgens aan bekendmakingsvereisten onderhevig is.¹⁰³⁰

Toegegeven echter, wordt dit op een bepaald ogenblik een kwestie van gradatie. Wijkt het specifieke regime van derdenwerking die het publiciteitsregime aan de bestuursopdracht verbindt, niet zodanig fundamenteel af van het gemeen lastgevingsrecht, dat het niet langer zinvol is ze in die termen te begrijpen? Toch niet, zo blijkt.

3.3. DERDENWERKING VAN HET PUBLICITEITSREGIME VOOR BENOEMING EN AMBTSBEËINDIGING VAN BESTUURDERS IS STERK INGEBED IN HET GEMEEN LASTGEVINGSRECHT

3.3.1. Inleiding

276. Het bijzondere publiciteitsregime voor rechtspersoonlijke bestuurders blijkt veel meer dan vaak gedacht, ingebed in de normale lastgevingsregels. Dit wordt hier geïllustreerd aan de hand van het publiciteitsregime voor vennootschappen met rechtspersoonlijkheid.

¹⁰²⁸ Voor vennootschappen: artt. 67 e.v. W.Venn. Voor de vzw: art. 26*novies* VZW-wet. In wat volgt zal vooral het regime voor vennootschappen met rechtspersoonlijkheid als illustratie worden gebruikt.

¹⁰²⁹ Meestal, maar niet altijd: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 379-380. In een recent Frans proefschrift werd overigens de associatie tussen publiciteit en tegenwerpelijkheid meer conceptueel op de korrel genomen: S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, 33 e.v.

¹⁰³⁰ Een publiciteitsvereiste is een “*formalité contractuelle*” die van de overeenkomst nog geen “*contrat formaliste*” maakt: S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, 26.

Dit regime kan zeer bondig als volgt worden geschetst. In alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid moet de naam van de personen met bestuursbevoegdheid (“*personen gemachtigd om de vennootschap te besturen en te verbinden*”) worden bekendgemaakt, zowel in het uittreksel uit de oprichtingsakte (art. 69, 9° W.Venn.), als bij elke benoeming of ambtsbeëindiging nadien (art. 74, 2° a W.Venn.).¹⁰³¹ De publicatie moet de omvang van de bevoegdheid van de betrokkenen vermelden, en de wijze waarop zij deze uitoefenen (hetzij alleen, hetzij gezamenlijk, hetzij als college). Akten en gegevens waarvan openbaarmaking is voorgeschreven, kunnen aan derden niet worden tegenworpen dan vanaf de dag van publicatie in (de bijlagen bij) het *Belgisch Staatsblad*, tenzij de vennootschap aantoonst dat de betrokken derden er niettemin kennis van hadden (art. 76, eerste lid W.Venn.). Maar derden kunnen zich wel op niet-bekendgemaakte akten en gegevens beroepen (art. 76, tweede lid W.Venn.).

277. Als vertrekpunt van de analyse van dit systeem, kiezen we de stelling van RONSE, die het publiciteitsregime duidt als een uitdrukkelijke wettelijke afwijking van “*de algemene regel krachtens welke de akte (...) door de partijen tegen derden kan ingeroepen worden*”.¹⁰³² RONSE is één van de weinige moderne vennootschapsauteurs die zijn uiteenzetting uitdrukkelijk kadert in de gemeenrechtelijke regels van derdenwerking van rechtshandelingen. Deze démarche moet worden toegejuicht. Maar zijn invalshoek illustreert de tendens om het bijzonder wettelijk regime al te snel als een fundamentele afwijking van het gemeen recht te benaderen. Bij nader toezien is dit niet zo, zoals hierna blijkt.

In wat volgt wordt eerst kort het gemeenrechtelijke regime van derdenwerking van rechtshandelingen algemeen, en van de lastgevingsovereenkomst in het bijzonder, geschetst (*infra* 3.3.2). Hier zal blijken dat de lastgevingsovereenkomst gemeenrechtelijk al een eigen regime van derdenwerking kent. Vervolgens wordt de concrete toepassing van het vennootschappelijke publiciteitsregime onder de loupe genomen (*infra* 3.3.3). Hier zal blijken dat dit regime zeer sterk ingebed blijft in het gemeen lastgevingsrecht. Op veel punten is het een *toepassing* eerder dan een *afwijking* van het lastgevingsrecht.¹⁰³³

¹⁰³¹ Voorheen werd dit, m.i. ten onrechte, betwist voor wat betreft zaakvoerders van een VOF of een Comm.V. die niet in de oprichtingsakte of (ter wijziging van de oprichtingsakte) bij middel van statutenwijziging waren aangeduid. Zie: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*. Vergelijk ook: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 725. De wetgevingsgeschiedenis was op dit punt nochtans duidelijk: P. NAMUR, *Le code de commerce belge révisé*, 53-54.

¹⁰³² J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 206.

¹⁰³³ In dezelfde zin, specifiek wat betreft de beëindiging van het mandaat: B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 11.

3.3.2. Derdenwerking van rechtshandelingen in het algemeen en van lastgeving in het bijzonder

A. Rechtshandelingen in het algemeen

278. Met betrekking tot rechtshandelingen in het algemeen, wordt in het Belgische recht doorgaans het onderscheid gemaakt tussen het *bestaan* van de rechtshandeling en haar *interne rechtsgevolgen*.¹⁰³⁴ Het bestaan van de overeenkomst zou dan tegenwerpelijk zijn aan derden, de interne rechtsgevolgen niet. Deze pedagogisch zeer succesvolle tweedeling, is wellicht nuttig als antigif tegen een al te enthousiaste interpretatie van de in artikel 1165 B.W. vervatte regel dat overeenkomsten enkel gevolgen teweeg brengen tussen contracterende partijen.¹⁰³⁵ Maar men mag ze niet al te letterlijk nemen. Wat zijn immers “interne rechtsgevolgen”? De normale “interne” rechtsgevolgen van een welbepaalde rechtshandeling tussen partijen bestaan net in het feit dat in hun hoofde rechten en verbintenissen uit rechtshandeling ontstaan.¹⁰³⁶ Dit is de kern van wat partijen met de rechtshandeling beogen, en dit rechtsgevolg – *het ontstaan op zich* – bestaat evengoed ten aanzien van derden.¹⁰³⁷ Maar de uit de rechtshandeling voortvloeiende rechten en verbintenissen ontstaan enkel *als zodanig* bij de partijen. Het zijn slechts voor de partijen rechten en verbintenissen uit rechtshandeling, met alle rechtsgevolgen die daarmee zijn verbonden, zoals het feit dat enkel partijen zich als schuldeiser op deze rechten kunnen beroepen, dan wel als schuldenaar voor deze verbintenissen kunnen worden aangesproken. De vermogensverschuivingen die uit de rechtshandeling volgen, doen zich enkel voor in het vermogen van partijen. Maar het

¹⁰³⁴ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 347-348; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1961, 172 e.v.; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, III dln., Brugge, die Keure, I, 2005, 212; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 374-375; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 222 e.v.

¹⁰³⁵ Het is gebruikelijk om deze tweedeling te zien als een 20e-eeuwse correctie op een een al te letterlijke interpretatie van art. 1165 B.W. in de 19e eeuw: I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, 115; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, 212. Het cassatiearrest van 27 mei 1909 wordt in deze evolutie doorgaans een belangrijke rol toebedeeld (*Pas*, 1909, I, 272). Me dunkt wordt deze tegenstelling wat al te sterk op de spits gedreven. De formulering van het principe is weliswaar 20e eeuw, maar de *inhoud* is helemaal niet zo revolutionair (reden ook waarom er zeer weinig tegenkanting tegen was en is). Het oogmerk van een rechtshandeling is net rechtsgevolgen tot stand brengen. Dat die rechtsgevolgen in het rechtsverkeer *bestaan* en zich dus in beginsel ook aan dit rechtsverkeer opdringen, is een evidentie. De functie van de rechtshandeling als instrument om zijn eigen rechtstoestand te regelen, zou volledig miskend worden indien derden als algemene regel de rechtsgevolgen van de rechtshandeling naast zich konden neerleggen. In de 19e eeuw werd hier niet fundamenteel anders over gedacht.

¹⁰³⁶ Alsook eventuele rechten en verbintenissen uit de wet (of andere rechtsregel) die aan het ontstaan van de overeenkomst, ditmaal bekeken als rechtsfeit, worden aangeknoopt: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 24-25.

¹⁰³⁷ Vandaar wellicht de recente tendens om, eerder dan tussen het *bestaan* en de *interne rechtsgevolgen*, het onderscheid te maken tussen de *interne rechtsgevolgen* en de *externe rechtsgevolgen* van de rechtshandeling: S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, 213; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 223.

feit dat deze verschuiving plaatsvindt, en als gevolg heeft dat de bundel van rechten en verbintenissen die het vermogen van de partijen vormt, werd gewijzigd, is deel geworden van de juridische realiteit. Deze veranderde juridische realiteit, kan niet anders dan *onrechtstreeks* een invloed uitoefenen op de rechtspositie van derden. Hij zal immers als feit in rekening kunnen worden gebracht bij de beoordeling van de toepassingsvoorwaarden van rechtsregels die door of tegen de derde worden ingeroepen. Is het wel nuttig al deze onrechtstreekse rechtsgevolgen samen te vatten in een zogenaamd algemeen principe van tegenwerpelijheid van het bestaan van rechtshandelingen?¹⁰³⁸ Deze onrechtstreekse rechtsgevolgen hangen immers sterk af van de concrete juridische context waarin de rechtshandeling (of haar rechtsgevolgen tussen partijen) wordt ingeroepen, als deel van de juridische realiteit die een rol speelt bij de toepassing van de regels die op die context van toepassing zijn.¹⁰³⁹ Een feit is maar een rechtsfeit in de specifieke context waarin een rechtsregel er rechtsgevolgen aan hecht, en deze rechtsgevolgen kunnen voor éénzelfde feit verschillen afhankelijk van de rechtsregel waarin het feit een rol speelt.¹⁰⁴⁰ In diezelfde optiek, bestaat er dan ook geen algemene regel dat derden van de rechtshandeling kennis hadden (of moesten hebben gehad) opdat deze door of tegen hen kan worden ingeroepen.¹⁰⁴¹

¹⁰³⁸ In een recent Frans proefschrift lijkt het hier ietwat embryonaal verwoorde aanvoelen op grondige wijze te worden uitgewerkt: R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Parijs, L.G.D.J., 2004, 402p. De weergave van de bevindingen van deze auteur zou hier veel te ver voeren, maar ten behoeve van de geïnteresseerde lezer mocht dit niet onvermeld blijven.

¹⁰³⁹ De tegenwerpelijheid verbinden met de zogenaamd "externe" rechtsgevolgen in plaats van met het bestaan van de rechtshandeling (*supra* voetnoot 1037), verplaatst dit probleem slechts. Is elk geval waarin de rechtshandeling kan worden ingeroepen als deel van het feitelijk kader dat relevant is voor de toepassing van rechtsregels in een bepaalde context, een geval waarin de rechtshandeling "externe rechtsgevolgen" heeft voor derden? Het begrip "externe rechtsgevolgen van de rechtshandeling" suggereert toch dat het gaat om rechtsgevolgen die op één of andere manier rechtstreeks verbonden zijn met de rechtshandeling. Terwijl de meeste "externe" rechtsgevolgen net eerder occasioneel en toevallig zullen ontstaan op het ogenblik dat de (rechtsgevolgen van de) rechtshandeling in deze of gene context voor derden een juridisch relevant element wordt bij de toepassing van een andere rechtsregel. Neem het voorbeeld van de daad bij de verkoper van een handelszaak aan de koper een deel van de verkoopprijs terugbetaalt als vergoeding voor omzetverlies ten gevolge van openbare werken (als voorbeeld genoemd bij: S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, 226). De overheid die later door de koper wordt aangesproken voor burenhinder, mag zich op deze rechtshandeling "beroepen" om aan te tonen dat eiser geen schade heeft geleden. Helpt het ons begrip vooruit om dit te behandelen als een voorbeeld van een "extern rechtsgevolg" van de rechtshandeling voor derden (als toepassing van het principe der tegenwerpelijheid, en als uitzondering op het principe van de relativiteit der overeenkomsten)? Of volstaat de vaststelling dat eiser, gelet op alle feiten van de zaak waaronder de rechtshandeling, en de rechtsgevolgen die daaruit voortvloeiden (terugbetaling), geen schade bewijst in de zin die de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels daaraan geven?

¹⁰⁴⁰ Vergelijk: R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité*, 89-91.

¹⁰⁴¹ Verdedigt het bestaan van zulke regel: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 378 en 384; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht* (zij het bij aandachtige lezing wellicht genuanceerder). Terecht anders: S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, 223 (hoewel op de koper beschouwd beide auteurs onduidelijkheid laten bestaan over de vraag of hun onenigheid enkel het "weten" dan ook het

B. Lastgeving

279. De lastgeving illustreert het belang van de concrete juridische context.¹⁰⁴² In de regel, immers, moet de lasthebber zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger aan potentiële medecontractanten kenbaar maken, opdat de rechtsgevolgen die de lastgevingsovereenkomst in essentie beoogt¹⁰⁴³ tegen de medecontractant (een derde bij de lastgevingsovereenkomst) kunnen worden ingeroepen.¹⁰⁴⁴ Uitgedrukt in het begrippenkader dat net werd uiteengezet: het bestaan, noch de rechtsgevolgen van de lastgevingsovereenkomst tussen partijen, kan worden ingeroepen tegenover de derde die met de lasthebber zou hebben gehandeld zonder dat hem deze rechtshandeling (de lastgeving) was kenbaar gemaakt.¹⁰⁴⁵ De “benoeming” van de lasthebber is niet zomaar “tegenwerpelijk”. De lastgever kan zich niet op grond van de lastgevingsovereenkomst tot de onwetende derde richten om te beweren dat vertegenwoordiging plaatsvond.¹⁰⁴⁶ De bijzondere regeling in lastgevingsverband, vereist dat de derde kennis heeft van het bestaan van de lastgeving opdat deze hem kan worden tegengeworpen. Dit wordt in principe beoordeeld op het ogenblik dat lasthebber met de derde-medecontractant handelt.¹⁰⁴⁷

“behoren te weten” betreft). In de regel moeten schuldeisers de gevolgen van de rechtshandelingen van hun schuldenaar op zijn vermogen ondergaan, of zij hier nu kennis van hadden of niet. Dit neemt natuurlijk niet weg dat de kennis of het gebrek daaraan op een bepaald voor het recht relevant ogenblik, in een concrete context vaak van belang zal zijn. Dit belang hangt echter veel meer af van de concrete juridische context waarin de rechtshandeling wordt ingeroepen (en de regels die daarop van toepassing zijn), dan van een aan alle rechtshandelingen gemeen principe. Een correcte toepassing van de aansprakelijkheidsregels brengt mee dat, om iemand aan te spreken voor medewerking aan andermans contractsbreuk, onder meer wordt aangetoond dat de aangesprokene het contract kende (of moest kennen). Een correcte toepassing van art. 1138 en 1583 B.W. inzake koop-verkoop, brengt mee dat de eigendomsoverdracht van een goed in de regel aan schuldeisers van de verkoper kan worden tegengeworpen, ook al hadden zij van de rechtshandeling geen kennis.

¹⁰⁴² Het mandaat heeft de eigenheid dat het één van de partijen, de lasthebber, bijna *noodzakelijk* met derden in aanraking brengt (R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 792). Het is een “*contrat à double entente*” (P. WÉRY, *Le mandat*, 63).

¹⁰⁴³ Met name de werking van het vertegenwoordigingsmechanisme: de onmiddellijke en rechtstreekse toerekening aan de lasthebber van de door de lasthebber gecontracteerde rechten en verbintenissen.

¹⁰⁴⁴ Traditioneel wordt dit ingevuld door het vereiste dat de lasthebber “in naam en voor rekening” van de lastgever handelt: P. WÉRY, *Le mandat*, 63-64. Ilse SAMOY heeft in haar proefschrift een soepelere interpretatie van het kenbaarheidsvereiste verdedigd: I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 629.

¹⁰⁴⁵ Of, Ilse SAMOY parafraserend: de derdenwerking van de lastgevingsovereenkomst is onderworpen aan het kenbaarheidsvereiste; aan verborgen vertegenwoordiging komt in de regel geen derdenwerking toe. I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 620 en 662.

¹⁰⁴⁶ In de praktijk kunnen lasthebber en lastgever natuurlijk een *overdracht* organiseren, althans wat de schuldvorderingen betreft: P. WÉRY, *Le mandat*, 152. Deze problematiek is hier echter niet aan de orde.

¹⁰⁴⁷ I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 629; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, 268-269. Maar indien deze laatste er pas nadien kennis van krijgt, zou hij zich volgens sommigen op het bestaan van de lastgevingsovereenkomst kunnen beroepen om zich rechtstreeks tot de lastgever te richten: I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 663-664 (die hierin een toepassing

280. Komt de overeenkomst tot stand, dan heeft de kennisgeving tot gevolg dat de rechtsgevolgen die de lastgevingsovereenkomst beoogt, tegen de derde kunnen worden ingeroepen. De derde die “materieel” met de lasthebber heeft gehandeld ziet de overeenkomst vanuit juridisch oogpunt aan de lastgever toegerekend.¹⁰⁴⁸ Nu is het niet noodzakelijk verhelderend in dit verband nog van “tegenwerpelijheid” of “derdenwerking” te spreken, althans voor medecontractanten.¹⁰⁴⁹ Bij de totstandkoming van de overeenkomst, is de verbondenheid van de derde-contractant tegenover de lastgever geen gevolg van de derdenwerking van de lastgevingsovereenkomst, maar wel van de bindende kracht van de verbintenissen die hij zelf aanging (art. 1134 en 1165 B.W.). De medecontractant heeft er zelf in toegestemd vanuit juridisch oogpunt met de lastgever te contracteren. Hij is ten aanzien van de lastgever verbonden als partij bij de materiële rechtshandeling die de lasthebber in naam en voor rekening van de lastgever heeft gesteld, niet als gevolg van de derdenwerking van een rechtshandeling (de lastgeving) waaraan hij vreemd was. Deze vaststelling zal hierna van belang blijken voor een juist begrip van de tegenwerpelijheidssanctie bij niet-publicatie van een bestuurdersbenoeming.

281. Ook bij beëindiging van de lastgevingsovereenkomst gelden bijzondere regels die de rechtsgevolgen van dit feit voor derden afhankelijk maken van kennisgeving. De herroeping van de lastgeving door de lastgever waarvan enkel aan de lasthebber kennis is gegeven, kan niet aan derden worden tegengeworpen indien zij met de lastgever hebben gehandeld zonder van de herroeping op de hoogte te zijn (art. 2005 B.W.). Ook in de andere bijzondere gevallen van beëindiging van het mandaat, zelfs als de beëindiging niet uit rechtshandeling voortkomt (zoals bv. de dood van de lastgever), moeten de door de lasthebber aangegane verbintenissen worden nagekomen ten aanzien van derden te goeder trouw (art. 2009 B.W.). Te goeder trouw zijn derden die van de beëindiging van het mandaat geen kennis hadden of behoorden te hebben.¹⁰⁵⁰ In die gevallen is het einde van de overeenkomst (en, meestal, de eenzijdige rechtshandeling die de overeenkomst heeft beëindigd) en de rechtsgevolgen hiervan tussen partijen (onbevoegdheid van de lasthebber) ongetwijfeld nog steeds een juridisch feit, maar kan zij krachtens een bijzondere rechtsregel niet aan derden worden tegengeworpen indien zij er geen kennis van hadden.

ziet van de algemene leer inzake tegenwerpelijheid van het bestaan van rechtshandelingen). *Contra*: H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 436-437; P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 233; P. WÉRY, *Le mandat*, 152.

¹⁰⁴⁸ I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 630 en 636.

¹⁰⁴⁹ SAMOY, bijvoorbeeld, schrijft: “de derde-partij [zal] de intern beoogde werking van vertegenwoordiging slechts moeten ondergaan, wanneer hieraan derdenwerking toekomt (I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 529).

¹⁰⁵⁰ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 469; P. WÉRY, *Le mandat*, 313.

282. Begin en einde van de lastgeving, en de vertegenwoordigingsbevoegdheid die hierdoor tussen partijen al dan niet bestaat, zijn ongetwijfeld feiten die ook voor derden deel uitmaken van de juridische werkelijkheid. Maar de bijzondere lastgevingsregels maken duidelijk dat deze feiten niet zomaar door of tegen derden kunnen worden ingeroepen. Hun derdenwerking wordt in een aantal gevallen uitdrukkelijk afhankelijk gemaakt van voorafgaande kennis ervan. Hieruit blijkt dat reeds de lastgeving afwijkt van “*de algemene regel dat de akte door de partijen tegen derden kan worden ingeroepen*”.¹⁰⁵¹ Hierna zal duidelijk worden dat het bijzondere vennootschapsrechtelijke publicatieregime op dit punt niet zo sterk afwijkt van de algemene regels van de lastgeving.

Maar eerst is nog te benadrukken dat de bijzondere lastgevingsregels een beperkt toepassingsgebied hebben. Opnieuw is de exacte juridische context het belangrijkste. Niet alle derden zijn gelijk. Het bijzondere kenbaarheidsvereiste uit het lastgevingsrecht is vooral voor (potentiële) medecontractanten geschreven, of minstens voor derden die met de lasthebber juridisch in aanraking komen.¹⁰⁵² Ten aanzien van de meeste andere derden, herwint de “tegenwerpelijheid” van de lastgeving zijn volle kracht. De lastgeving bestaat, en sorteert rechtsgevolgen tussen partijen. In de regel hoeven andere derden geen kennis te hebben van de lastgeving, opdat haar normale rechtsgevolgen (onmiddellijke en rechtstreekse toerekening van de materiële rechtshandeling aan de lastgever) ook door en tegen hen kunnen worden ingeroepen. Als de lasthebber een goed aankoopt in naam en voor rekening van de lastgever, kunnen de schuldeisers van de lasthebber de rechtsgevolgen van de lastgeving tussen partijen niet terzijde stellen omdat zij vreemd waren aan de lastgeving. De schuldeisers van de lastgever, anderzijds, kunnen zich erop beroepen.¹⁰⁵³ Dit illustreert opnieuw dat de moderne kijk op tegenwerpelijheid ietwat onterecht de indruk wekt een inherente kwaliteit van de rechtshandeling te benoemen, geldig ten aanzien van alle derden, waar in werkelijkheid de analyse sterk afhangt van de specifieke juridische context waarin de rechtshandeling wordt ingeroepen.

¹⁰⁵¹ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 206.

¹⁰⁵² Art. 2005 B.W.: “(...) derden die (...) met hem gehandeld hebben (...)”. Art. 2009 B.W.: “(...) moeten de verbintenissen door de lasthebber aangegaan nagekomen worden ten aanzien van derden die te goeder trouw zijn”. Zie ook art. 1997: “(...) de lasthebber die aan de partij, met wie hij in zijn hoedanigheid van lasthebber handelt, voldoende kennis van zijn volmacht gegeven heeft (...)”. Vergelijk ook: S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, 231.

¹⁰⁵³ Maar opnieuw hangt de uitkomst in essentie af van de regels die de context beheersen waarin de overeenkomst wordt ingeroepen – *in casu* de zakenrechtelijke overgang als gevolg van de koop-verkoop – eerder dan van abstracte beschouwingen over tegenwerpelijheid. Een ander voorbeeld: indien de lasthebber een exclusieve lastgeving ontving, zal hij derden die de lastgever ertoe bewogen om ook met hen samen te werken, pas kunnen aanspreken voor medeplichtigheid aan contractbreuk als zij van de exclusieve lastgeving op de hoogte waren. Cass. 28 november 2002, *Pas.* 2002, I, 2293; Cass. 22 april 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1022. Voor de andere toepassingsvoorwaarden van derde-medeplichtigheid, zie: S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, 231.

283. Het voorgaande laat toe de derdenwerking van het publiciteitsregime voor bestuurders van vennootschappelijke rechtspersonen te kaderen. Hieruit zal blijken dat dit regime niet zozeer een afwijking is van “*de algemene regel dat de akte door de partijen tegen derden kan worden ingeroepen*”, maar wel een beperkte en bijzondere ondersteuning biedt voor de (derden)werking van het gemeenrechtelijke kenbaarheidsvereiste bij lastgeving.

3.3.3. *Derdenwerking van benoeming en ambtsbeëindiging van bestuurders in het rechtspersoonlijke publiciteitsregime*¹⁰⁵⁴

A. Benoeming

284. Wat de benoeming betreft, voegt het publiciteitsregime op de keper beschouwd niet zo heel veel toe.

a) IN GEVAL VAN PUBLICATIE

285. De *publicatie* maakt de geldige benoeming zeker niet “meer tegenwerpe-lijk” aan derden dan een gemeenrechtelijke lastgeving zou zijn. Ook de gepubliceerde bestuurder moet zijn hoedanigheid aan medecontractanten openbaren opdat de in de gepubliceerde rechtshandeling vervatte vertegenwoordigingsbevoegdheid derdenwerking zou hebben.¹⁰⁵⁵ De retoriek van de orgaantheorie ten spijt, wordt van deelnemers aan het rechtsverkeer niet verwacht dat zij weten dat de natuurlijke persoon die tegenover hen zit in werkelijkheid de vleesgeworden veruitwendiging van deze of gene rechtspersoon is. De publicatie volstaat niet als kennisgeving.¹⁰⁵⁶ Evenmin laat de publicatie toe aan derden de rechtshandeling tot benoeming op te dringen in omstandigheden waarin dit voor de gemeenrechtelijke lastgeving ook niet het geval zou zijn. Publicatie kan helpen de lastgeving ten aanzien van derden te bewijzen¹⁰⁵⁷, maar is onmachtig hen dit bewijs te doen

¹⁰⁵⁴ Hier wordt uitgegaan van de hypothese dat er zich omtrent rechtspersoonlijkheid op zich geen probleem stelt. Er is met andere woorden een geldige oprichtingsakte neergelegd, en het probleem beperkt zich tot de al dan niet bekendmaking van benoeming en ambtsbeëindiging van bestuurders.

¹⁰⁵⁵ Voor een toepassing, zie: Kh. Brussel 24 februari 2006, *R.W.* 2006-07, 1211.

¹⁰⁵⁶ Vergelijk, zijdelings: Cass. 5 mei 1976, *Pas.* 1976, I, 957 (uit de regel dat vanaf publicatie de akte kan worden ingeroepen tegen derden, en dat derden het bestaan en de gevolgen van de akte moeten aanvaarden, volgt geen wettelijk vermoeden dat derden op de hoogte zijn van de bekendgemaakte akte).

¹⁰⁵⁷ Maar zelfs deze (vanuit theoretisch oogpunt) onbetwiste doelstelling van het publicatieregime, kan in de praktijk in vraag worden gesteld. Zoals men weet was het, zeker voor het tijdperk van online consultatie, geen sinecure om uit de bijlagen van het Belgisch Staatsblad een accuraat en actueel beeld te distilleren. Een potentiële medecontractant botweg verwijzen naar het Belgisch Staatsblad, was niet noodzakelijk de (commercieel) beste strategie. Desgevraagd een kopie van de publicatie overhandigen, was al een stuk sympathieker. Dit illustreert opnieuw dat het inhoudelijke onderscheid met het overleggen van een volmacht, klein is. Ver-

aanvaarden als hun wil vereist is om de materiële rechtshandeling tot stand te brengen. Evenmin als de lastgever met een geldige en waterdichte volmacht, kan de bestuurder met een geldige en gepubliceerde volmacht weifelende medecontractanten zijn bevoegdheid opdringen. Vereist de materiële rechtshandeling de medewerking van de betrokken derde niet, dan volstaat zowel voor de lasthebber als de bestuurder *de bevoegdheid* op zich om de derdenwerking van het vertegenwoordigingsmechanisme te verklaren.

b) IN GEVAL VAN NIET-PUBLICATIE

286. De *niet-publicatie*, anderzijds, reduceert amper de derdenwerking van een geldige benoeming in vergelijking met de gemeenrechtelijke lastgeving. Hoe dan ook kunnen derden zich, zoals in het gemeen recht, steeds op de (niet-gepubliceerde) rechtshandeling beroepen (art. 76, lid 2 W.Venn.).¹⁰⁵⁸ Maar de vennootschap kan hen de rechtshandeling in principe niet tegenwerpen. Specifiek voor de benoeming echter, verandert dit *in concreto* niet veel in vergelijking met het lastgevingsregime. Derden zullen niet snel rechten ontleen aan de niet-publicatie van een geldige benoeming. Artikel 76 W.Venn. bevat een algemene equivalentieregel voor effectieve kennis: ook niet-gepubliceerde akten hebben derdenwerking indien de vennootschap aantoont dat de derde er kennis van droeg.¹⁰⁵⁹ De vennootschap, en de bestuurder die voor haar optreedt, beschikt dus steeds over de mogelijkheid om de te publiceren akte aan een concrete derde tegenwerpelijk te maken door middel van een eenvoudige kennisgeving.¹⁰⁶⁰ Specifiek voor de

der zal overigens blijken dat het verschil met lastgeving dat op dit punt bij beëindiging wél effectief bestaat, niet noodzakelijk in het voordeel van de derde uitdraait. De wederpartij die contracteert met de drager van een geldige volmacht, wordt tegen tussentijdse herroeping beschermd door art. 2005 B.W. De wederpartij die de kopie van een benoemingspublicatie krijgt, moet om zeker te zijn nog steeds het Staatsblad sinds de datum van publicatie uitvlooien om na te gaan of de betrokken bestuurder in tussentijd niet werd ontslagen. De publicatie maakt hem dit ontslag immers tegenwerpelijk. Natuurlijk wordt in het rechtsverkeer soms (te) weinig aandacht besteed aan deze “formaliteiten”, maar dit is voor gemeenrechtelijke lastgeving niet anders.

¹⁰⁵⁸ Dit betekent dat zij het feit dat de benoeming bestaat, kunnen gebruiken. Of zij uit dit feit nuttige rechtsgevolgen kunnen afleiden, hangt af van de rechtsregel(s) die zij invoeren.

¹⁰⁵⁹ Zie in het algemeen over de evolutie van deze equivalentieregel in publiciteitsregimes: S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, 113 e.v. De equivalentieregel van art. 76 W. Venn. vereist wel degelijk effectieve, persoonlijke kennis. Terecht – althans puur vanuit de toepassing van art. 76 W.Venn. bekeken – verwerpt een quasi-eensluidende rechtsleer het standpunt dat de vennootschap zou mogen invoeren dat de derde de akte *behoorde* te kennen, ook al kende hij ze niet effectief: M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 125; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 209-210; S. RUTTEN, “Commentaar bij art. 76 W.Venn.” in X (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, I, Kluwer, 2003 (losbl.), 7; L. SIMONT, “Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d’une société en formation” in X (ed.), *Les sociétés commerciales*, 1985, 71.

¹⁰⁶⁰ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 31; S. RUTTEN, “Commentaar bij art. 76 W.Venn.”, 8.

benoeming, plaatst dit de niet-gepubliceerde bestuurder in een toestand die zeer vergelijkbaar is met de gemeenrechtelijke lasthebber. Als hij de medecontractant kennis geeft van zijn hoedanigheid, wat hij *hoe dan ook moet doen* om de vennootschap te verbinden, verbindt hij ook onder artikel 76 W.Venn. geldig de vennootschap. Aan de niet-publicatie van zijn hoedanigheid kan de derde nadien geen argument meer onttrekken om die hoedanigheid te betwisten.¹⁰⁶¹ De equivalentieregel maakt deze oplossing al puur op grond van artikel 76 W.Venn. duidelijk.

Op een fundamenteeler niveau zou deze oplossing ten aanzien van de derde die *medecontractant* is, ook via het gemeen recht kunnen worden bereikt. De vraag is immers of hier überhaupt een probleem van tegenwerpelijheid aan de orde is.¹⁰⁶² De vennootschap die de derde aanspreekt voor een overeenkomst die hij met een geldig benoemd en vertegenwoordigingsbevoegd, maar ongepubliceerd bestuurder sloot, doet niet meer dan de medecontractant aan zijn overeenkomst houden. De vennootschap hoeft de derde-medecontractant geen ongepubliceerde benoeming tegen te werpen, maar kan zich rechtstreeks op de materiële rechtshandeling beroepen waarbij de derde partij is. Er stelt zich geen probleem van tegenwerpelijheid, wel van bindende kracht van de overeenkomst tussen partijen. Zelfs zonder de regel van equivalentie van effectieve kennis lijkt een argument gebaseerd op de niet-tegenwerpelijheid van de *rechtshandeling tot benoeming*, de medecontractant niet veel ammunities te geven tegen de (niet aan publicatie onderworpen) *materiële rechtshandeling* waarbij hij zelf partij is, en die hij sloot met een regelmatig benoemd en vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder. Hij heeft uitdrukkelijk de wil geuit om met *die welbepaalde en gekende tegenpartij* te handelen (de vennootschap), vertegenwoordigd door *die welbepaalde en gekende vertegenwoordiger* (de bestuurder), die bovendien *geldig benoemd en vertegenwoordigingsbevoegd* is. Het is dan bijzonder kunstmatig te doen of dit via tegenwerpelijheid van de benoeming moet worden opgelost. In dat verband zijn overigens nog interessante parallellen te trekken met de vraag of de medecontractant de onbevoegdheid van de gemeenrechtelijke lasthebber aan de lastgever kan tegenwerpen om onder de overeenkomst uit te komen.¹⁰⁶³

¹⁰⁶¹ M. COIPEL, "Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés", 283.

¹⁰⁶² M. COIPEL merkt in een passage die meer aandacht verdient, zeer scherp op dat, onder meer wat betreft de benoeming, "*l'inopposabilité n'a guère de sens*": M. COIPEL, "Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés", 283.

¹⁰⁶³ Doorgaans wordt die vraag negatief beantwoord: Cass. 18 september 1964, *Pas.* 1964, I, 62; L. SIMONT en P.A. FORIERS, "Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux (suite et fin)", 521-522 en 545; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, 205 en 218-219; P. WÉRY, *Le mandat*, 138. In Frankrijk: J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, 2e uitgave, Parijs, L.G.D.J., 2001, 1147-1148. Maar over de grondslag hiervoor bestaat veel onduidelijkheid. De grondige analyse van deze vraag kan nog interessante inzichten opleveren, ook voor een goed begrip van het vennootschappelijke publicatieregime, maar zou ons in het kader van onderhavig onderzoek te ver voeren.

287. Ook wat andere derden dan de medecontractant betreft, is vast te stellen dat het concrete resultaat van artikel 76 W.Venn. zeer nauw aansluit bij het gemeen lastgevingsrecht. Het wordt de derde niet gemakkelijk gemaakt om uit de niet-publicatie van de benoeming voordeel te halen indien die wel degelijk tot stand kwam en derhalve vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft verleend. Gemeenrechtelijk moeten deze derden *in beginsel* niet op de hoogte zijn van de lastgevingsovereenkomst opdat zijn normale vertegenwoordigingswerking (toerekening aan de lastgever) hen tegenwerpelijk is. Zo ook in vennootschappen, zij het dat daar doorgaans gekozen wordt voor een omweg via de beperking van de categorie der beschermde “derden” in artikel 76 W.Venn. Men zegt dan dat enkel “derden” in de zin van dit wetsartikel zijn, zij die met de vennootschap hebben gehandeld¹⁰⁶⁴, of voor wie kennis van de niet-bekendgemaakte handeling (juridisch) relevant was voor het zelf verrichten of nalaten van rechtshandelingen.¹⁰⁶⁵ Deze regel lijkt in essentie naar het gemeen recht terug te verwijzen. In een juridische context waarin de rechten van een derde niet afhangen van kennis van het bestaan van de lastgeving, zal ook een beroep op artikel 76 W.Venn. niet helpen. De reden is niet zozeer gelegen in een vanuit puur textueel oogpunt eerder kunstmatig aandoende beperking van het woordje “derde” in de wettekst. Wel in het feit dat, zelfs zo de derde op grond van artikel 76 W.Venn. mag claimen dat *de benoeming* hem niet tegenwerpelijk is, dit niet noodzakelijk een probleem oplevert voor *de materiële rechtshandeling* die de bestuurder heeft gesteld.¹⁰⁶⁶ Normaal is het enkel deze laatste (niet aan publicatie onderhevige) rechtshandeling waar de derde aanstoot aan neemt.

¹⁰⁶⁴ Cass. 17 september 1965, *Pas.* 1966, I, 78; L. SIMONT, “Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d’une société en formation”, 67 en 76.

¹⁰⁶⁵ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 20 e.v. J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 207-210 (over bekendmaking van vennootschapsaktes in het algemeen) en 224 (over benoeming en ontslag van bestuurders: “*alleen diegenen die met de vennootschap of haar vertegenwoordigers in die hoedanigheid hebben gehandeld zijn derden die de niet openbaargemaakte rechtshandelingen (...) waarvan zij geen kennis droegen, mogen negeren*”); B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 424.

¹⁰⁶⁶ Opnieuw is aan te stippen dat naar mijn aanvoelen nog interessante bevindingen aan het licht kunnen komen uit een grondiger onderzoek van de diverse constellaties waarin deze vraag zich kan voordoen, en van een vergelijking op dit punt tussen het gemeenrechtelijke en het vennootschapsrechtelijke regime. Staat de niet-tegenwerpelijke van een benoeming wel gelijk met de onbevoegdheid ten aanzien van (welbepaalde) derden van de geldig benoemde vertegenwoordiger (en wat betekent dit dan als verschillende derden conflicterende aanspraken op tegenwerpelijke kunnen laten gelden m.b.t. dezelfde materiële rechtshandeling)? In welke gevallen kan een derde de onbevoegdheid van een vertegenwoordiger inroepen of net niet inroepen, en wat is hiervoor de grondslag? Hierover bestaat in het vennootschapsrecht veel onduidelijkheid en betwisting, die misschien (deels) kan worden verholpen door een betere aansluiting bij de gemeenrechtelijke regels. Dit gaat echter het kader van onderhavig onderzoek te buiten.

c) DE BIJZONDERE REGEL VAN ARTIKEL 77 W.VENN.: ONREGELMATIGHEID IN
BENOEMING NIET TEGENWERPELIJK NA PUBLICATIE

288. De bijzondere regel vervat in artikel 77 W.Venn., zou een uitzondering kunnen vormen op de substantiële coherentie tussen de gemene lastgevingsregels en het vennootschapsrechtelijk publicatieregime bij benoeming van bestuurders. Dit wetsartikel bepaalt dat na de openbaarmaking, een onregelmatigheid in de benoeming niet meer aan derden kan worden tegengeworpen, tenzij de vennootschap aantoont dat die derden daarvan kennis hadden. Deze regel is een letterlijke transcriptie van artikel 8 van de Eerste vennootschapsrichtlijn, in het Belgisch vennootschapsrecht omgezet met de wet van 6 maart 1973.¹⁰⁶⁷ De wetgever leek er destijds van uit te gaan dat bij gebreke aan deze regel, de onregelmatigheid door de vennootschap op grond van het gemene recht tegen derden zou kunnen worden ingeroepen om onder haar verbintenissen uit te komen.¹⁰⁶⁸ RONSE spreekt in dit verband dan ook van “constitutieve werking” van de publicatie.¹⁰⁶⁹ De publicatie dekt ten aanzien van derden als het ware de onregelmatigheid toe. Dit kan voeding bieden voor een constructie waarin – minstens ten aanzien van derden – de wet het orgaan “creëert”, op een wijze die fundamenteel afwijkt van de constructie die op lastgeving stoelt. Gewone lastgeving heeft dit soort constitutieve werking dan niet. De publicatie geeft de bestuurder zijn organieke stempel, en de interne rechtsverhouding met de rechtspersoon vervaagt voor het rechtsverkeer.

289. De complexe vraag welke interne lading de vlag “onregelmatigheid” uit de richtlijn dekt, wordt hier niet uitgespit.¹⁰⁷⁰ Van belang hier is vooral dat de regel van artikel 77 W.Venn. helemaal niet sterk blijkt af te wijken van het gemeen lastgevingsrecht. De bestuurder wiens (gebrekkige) benoeming op formeel regelmatige wijze¹⁰⁷¹ werd gepubliceerd, is ten aanzien van derden in substantieel dezelfde

¹⁰⁶⁷ Zie hierover in het algemeen: J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 140-147.

¹⁰⁶⁸ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 140 (met verwijzing naar de Memorie van toelichting). Ook TILLEMANN vertrekt van deze vaststelling: B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 718. Maar de auteur nuanceert meteen.

¹⁰⁶⁹ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 222.

¹⁰⁷⁰ Een “onregelmatigheid” hoeft niet noodzakelijk tot nietigheid te leiden, ook al is dit wel de hypothese die meestal de geesten beroert. Voor de invoering van (huidig) art. 77 W.Venn. bestond heel wat discussie over de rechtsgevolgen van verschillende soorten gebreken waarmee een benoemingsbelissing kon zijn aangetast. Eén van de meest opvallende, was de miskenning van het beroepsverbod vervat in het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 (B.S. 27 oktober 1934). Zie hierover onder meer: L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, IV, 152-155; L. SIMONT, “Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d’une société en formation”, 76-77; P. VAN OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, 325-327; J. VAN RYN, *Principes*, I, 261 (en ook, meer algemeen, p. 445 e.v.). Besluiten van de algemene vergadering zijn trouwens sinds de wet van 29 juni 1993 (B.S. 21 juli 1993) onderworpen aan een bijzondere wettelijke nietigheidsregeling.

¹⁰⁷¹ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 141; S. RUTTEN, “Commentaar bij art. 77 W.Venn.” in X (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, I, Kluwer, 2003 (losbladig), 3; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 720.

toestand als de lasthebber met een formeel regelmatig volmacht die echter steunt op een gebrekkige lastgevingsovereenkomst. De correcte vergelijking is met de lasthebber die een formeel regelmatig volmacht kan voorleggen. Ook daar ver-
vaagt de interne rechtsverhouding ten aanzien van derden, net zoals bij artikel 77 W.Venn. het geval is. De derde die handelt met een lasthebber die een formeel regelmatig volmacht voorlegt, zal niet snel in de kou blijven staan. Niet enkel omdat het moderne schijnmandaat hem zo goed als waterdichte bescherming biedt.¹⁰⁷² Ook klassiek mochten derden altijd afgaan op de formeel regelmatig volmacht.¹⁰⁷³ Zelfs als de onregelmatigheid tot nietigheid leidt¹⁰⁷⁴, heeft de lastgeving tot aan de nietigverklaring een bestaan geleid waar het recht niet blind voor is.¹⁰⁷⁵ De nietigverklaring van een lastgeving zal slechts zeer uitzonderlijk aanleiding geven tot de aantasting van de voor het ogenblik van de nietigverklaring met derden verrichte rechtshandelingen.¹⁰⁷⁶ De bijzondere bepalingen van het B.W. die in een aantal gevallen de lastgeving ten aanzien van derden zelfs na de beëindiging ervan doen voortduren (art. 2005-2009 B.W.), bieden bijkomende ondersteuning.¹⁰⁷⁷ Derden die te goeder trouw handelen met een lasthebber die – per

¹⁰⁷² Als de lastgever zelf de lasthebber een in alle externe opzichten regelmatig volmacht heeft afgeleverd, wordt ontsnappen aan de moderne toepassingscriteria voor schijnverteenwoordiging bijna onmogelijk. Zie in het algemeen hierover: W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 160; P. WÉRY, *Le mandat*, 248-250. De regel van art. 77 W.Venn. wordt dan ook wel eens omschreven als een wettelijke toepassing van de schijnleer: S. RUTTEN, “Commentaar bij art. 77 W.Venn.”, 2.

¹⁰⁷³ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 24 (*Traité des obligations*, nr. 79): “(...) il suffit que le contrat n'excède pas ce qui est contenu dans le pouvoir qu'il a fait apparoir à celui avec lequel il a contracté”; Cass. 11 april 1929, *Pas.* 1929, I, 154.

¹⁰⁷⁴ Zie *supra* voetnoot 1070. Het voorbeeld van de nietigheid wordt gekozen, omdat dit normaal de voor derden meest verregaande sanctie is.

¹⁰⁷⁵ Doorgaan wordt aangenomen dat ons recht de theorie van de onbestaande rechtshandeling verwerpt. Zie: H. DE PAGE, *Traité*, I, 1961, 150-151; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 672-673; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, 128. Zie in het algemeen over de idee van “voorlopige geldigheid” van een gebrekkige rechtshandeling: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 409 e.v. (in het bijzonder p. 413-415). Concreet voor wat betreft de benoeming van bestuurders: B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 721-722.

¹⁰⁷⁶ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 451-452. Deze auteur weigert zich aan te sluiten bij de volgens hem té absolute stelling dat de ontbinding van het mandaat steeds *ex tunc* werkt, maar erkent meteen dat “un acte (...) accompli en vertu du mandat (...) subsistera presque toujours”. De echo hiervan klinkt duidelijk op het vlak van benoeming van vennootschapsbestuurders (zelfs voor de wet van 6 maart 1973): M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 211; L. SIMONT, “Les administrateurs ‘de facto’ et les enseignements des droits anglais et américains”, noot bij Brussel 6 mei 1963, *R.C.J.B.* 1966, 468-469; L. SIMONT, “Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation”, 76-77; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 718; P. VAN OMMESELAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, 325; P. VAN OMMESELAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979-1990): les sociétés commerciales (première partie)”, 646.

¹⁰⁷⁷ *Contra* in het algemeen over de toepassing van de bijzondere regels voor de beëindiging van de lastgeving op de beëindigingsgronden (zoals de nietigheid) die ook voor de lastgevingsovereenkomst uit het gemeen recht voortvloeien: H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 451 en 466 (voetnoot 4).

hypothese¹⁰⁷⁸ – een geldig verleende volmacht voorlegt, worden door artikel 2005 B.W. beschermd tegen de *voordien* gegeven herroeping, ook al was de lastgeving op het ogenblik dat zij met de lasthebber handelden definitief beëindigd en handelde de lasthebber zonder enige “interne” vertegenwoordigingsbevoegdheid. De oplossing kan niet anders zijn voor derden die te goeder trouw handelen met een lasthebber die een geldig verleende volmacht voorlegt, indien *nadien* nietigverklaring van de lastgevingsovereenkomst tussenkomt, en de lasthebber dus op het ogenblik van zijn optreden handelde op grond van een zelfs intern *prima facie* geldige (maar vernietigbare) lastgevingsovereenkomst en dito vertegenwoordigingsbevoegdheid.

De lastgever die de lasthebber met een formeel regelmatige volmacht op pad stuurt, zal dus gemeenrechtelijk bijna steeds ten aanzien van derden te goeder trouw gehouden zal zijn tot de rechtshandelingen die zijn lasthebber binnen de perken van die volmacht heeft verricht, zelfs al blijkt de onderliggende lastgevingsovereenkomst met een nietigheidsgebrek aangetast. Het is dan ook helemaal niet merkwaardig dat de vennootschap die via publicatie de benoeming van een bestuurder van de daken schreeuwt, zich in dezelfde situatie bevindt.¹⁰⁷⁹ In beide gevallen is het in de eerste plaats aan de lastgever/vennootschap om de situatie te regulariseren. In beide gevallen wordt de derde enkel beschermd als hij het gebrek niet kende of moest kennen. Artikel 77 W.Venn. blijkt helemaal niet zeer vernieuwend of radicaal.¹⁰⁸⁰ De in 1973 ingevoerde “constitutieve werking” van de publicatie van de benoeming van bestuurders, verschilt bij nader inzien niet zo heel veel van de “constitutieve werking” van de overhandiging van een volmacht aan een lasthebber.¹⁰⁸¹ Artikel 77 W.Venn. is geen “constitutieve” ratificatie van een onre-

¹⁰⁷⁸ Art. 2005-2009 B.W. vereist niet dat de derde volmacht kreeg voorgelegd, enkel dat hij te goeder trouw was.

¹⁰⁷⁹ Het parallelisme kan verder worden geïllustreerd aan de hand van de volgende toepassing. De regel van art. 77 W.Venn. geldt niet voor niet-organieke lasthebbers, ook al werd hun volmacht vrijwillig gepubliceerd (wat regelmatig gebeurt): S. RUTTEN, “Commentaar bij art. 77 W.Venn.”, 3; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 719. Veronderstel dat de “gewone” lasthebber met een derde heeft gecontracteerd, met verwijzing naar zijn door de vennootschap gepubliceerde volmacht. De lastgevingsovereenkomst blijkt echter met een gebrek te zijn aangetast, die haar vernietigbaar maakt. De medecontractant kan zich niet op art. 77 W.Venn. beroepen. Maar het gemeen recht, zoals net geschetst, zal hem een zeer gelijklopende bescherming bieden. Vergelijk ook: B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 723 (gemeenrechtelijke derdenbescherming bij onregelmatigheden in de benoeming van zaakvoerders van vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid of van gewone lasthebbers).

¹⁰⁸⁰ Dit besef was overigens in de commentaren bij de totstandkoming van deze wetsbepaling zeker niet afwezig: C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, 114; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 140-141. Beide auteurs stellen vast dat het voornaamste praktische verschil van de regel, de omkering van de bewijslast aangaande de goede trouw van de derde is. Zie ook: P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979-1990): les sociétés commerciales (première partie)”, 646 (de regel die onder invloed van de Eerste vennootschapsrichtlijn werd ingevoerd, versterkt slechts de oplossing die al in het oude recht bestond).

¹⁰⁸¹ Ook wat betreft de nietigheidsregeling overigens, heeft de wet van 6 maart 1973 duidelijk gemaakt dat retroactiviteit (en nietigheid meer algemeen) in vennootschappen de uitzonde-

gelmatige benoeming, maar expliciteert slechts de derdenwerking van de publicatie ten aanzien van bepaalde derden die de onregelmatigheid niet kenden.¹⁰⁸² En dit op een wijze die volledig in het verlengde ligt van het gemeen recht.

d) **BESLUIT MET BETREKKING TOT PUBLICATIE VAN DE BENOEMING**

290. Het essentiële rechtsgevolg dat de aanvang van een lastgeving meebrengt, is het ontstaan van vertegenwoordigingsbevoegdheid bij de lasthebber, en daaruit volgend de inwerkingstelling van het vertegenwoordigingsmechanisme voor de rechtshandelingen die de lasthebber binnen zijn mandaat tot stand brengt. Het publicatieregime voor benoeming van rechtspersoonlijke bestuurders, verandert hier *in concreto* weinig aan. De publicatie van een benoeming leidt niet tot vertegenwoordiging waar een geldige lastgeving dit ook niet zou doen. De niet-publicatie van een benoeming verhindert zelden vertegenwoordiging waar een geldige lastgeving vertegenwoordiging meebrengt. En de formeel regelmatige publicatie van een onregelmatige benoeming leidt in hoofdzaak tot vertegenwoordiging waar dit voor de onregelmatige lastgever met een formeel regelmatige volmacht eveneens het geval zou zijn. Het publicatieregime is, wat de benoeming betreft, zeer ingebed in het lastgevingsrecht.

B. **Ambtsbeëindiging**

291. Het einde van de bestuurdersovereenkomst is eveneens aan publiciteit onderhevig.¹⁰⁸³ Het einde van de overeenkomst betekent in beginsel dat de

ring is (huidig art. 172 e.v. W.Venn.). De bij wet van 29 juni 1993 (uitdrukkelijk) toegevoegde nietigheidsregeling voor besluiten van de algemene vergadering verandert deze analyse niet. Besluiten van de algemene vergadering kunnen inderdaad met retroactieve werking worden nietig verklaard, maar te goede trouw verworven rechten van derden vormen hierop een uitzondering (art. 180 W.Venn.). Het feit dat art. 180 W.Venn. en art. 77 W.Venn. niet naadloos in mekaar passen, mag niet doen denken dat de oplossing anders luidt indien de nietigheid een benoemingsbeslissing van de algemene vergadering betreft. Zie zeer duidelijk en nog steeds relevant: M. COIPEL, "Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés", 211 (2^e én 3^e); het laatste punt valt ietwat onterecht tussen de plooiën in: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 850, voetnoot 384). De wettelijke nietigheidsregeling voor besluiten van de algemene vergadering ligt op dit punt in het verlengde van de regels die door rechtspraak en rechtsleer waren uitgewerkt: B. TILLEMANS, "Commentaar bij art. 64 W.Venn." in X (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, I, Kluwer, 1999 (losbladig), 4 (algemeen); B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 718 (vernietiging benoemingsbeslissing). Overigens is de nietigverklaring een akte van ambtsbeëindiging die overeenkomstig art. 76 W.Venn. moet worden bekendgemaakt eer ze aan derden tegenwerpelijk is. Het zou eigenaardig zijn indien derden die met de bestuurder contracteerden na de nietigverklaring, maar voor de publicatie ervan, beter beschermd zijn dan derden die contracteerden voor de nietigverklaring (en dus noodzakelijk voor de publicatie ervan).

¹⁰⁸² S. RUTTEN, "Commentaar bij art. 77 W.Venn.", 4-5.

¹⁰⁸³ Publiciteit is vereist niet enkel bij ontslag (eenzijdige rechtshandeling), maar ook bij andere gronden van ambtsbeëindiging (dood, onbekwaamverklaring, enzovoort). Zie hierover in het algemeen: B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 415 e.v. Het is daarom correcter de

bestuurder *ex nunc* niet langer vertegenwoordigingsbevoegd is.¹⁰⁸⁴ Dit is een feit dat, als onderdeel van de juridische realiteit, volgens de algemene regel van derdenwerking door en tegen derden kan worden ingeroepen.¹⁰⁸⁵ Het publicatieregime in vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, maakt dit feit echter pas tegenwerpelijk aan derden vanaf de publicatie ervan, tenzij de derde er effectief kennis van had (art. 76 W.Venn.). Maar eerder bleek al dat ook het einde van de gemeenrechtelijke lastgeving maar tegenwerpelijk was aan (bepaalde) derden indien zij er kennis van hadden of behoorden te hebben.¹⁰⁸⁶ Het publicatieregime lijkt niet veel meer dan de concrete organisatie, in een welbepaalde juridische context, van dit “*kennis hebben of behoren te hebben*”.¹⁰⁸⁷ Effectieve kennis van het einde van het mandaat is steeds voldoende (art. 76, eerste lid *in fine* W.Venn.). En via de publicatie wordt iets meer rechtszekerheid geboden over het ogenblik waarop derden de ambtsbeëindiging *behoren* te kennen.

Er mag op dit punt trouwens vaker worden benadrukt dat het bijzondere publicatieregime in vergelijking met het gemeen lastgevingsrecht ook de belangen van de vennootschap beschermt.¹⁰⁸⁸ Het gemeenrechtelijke systeem legt immers de bewijslast bij de lastgever.¹⁰⁸⁹ Dit maakt het hem niet gemakkelijk, zeker bij ontslag dat van hem uitgaat, om rechtszekerheid te verkrijgen over het ogenblik waarop de lasthebber hem ten aanzien van geen enkele derde meer kan verbinden.¹⁰⁹⁰ De situatie wordt nog neteliger waar een ruim en/of langdurig mandaat in het spel is, waar de opdracht de lasthebber (minstens potentieel) met heel wat derden in aanraking doet komen. De lastgever moet dan bijna zijn toevlucht

vraag te stellen naar de derdenwerking van het einde van de (wederkerige) bestuurdersovereenkomst, dan naar de derdenwerking van de (eenzijdige) rechtshandeling tot ontslag.

¹⁰⁸⁴ P. WÉRY, *Le mandat*, 312.

¹⁰⁸⁵ Waarmee bedoeld wordt dat de contractuele aard van dit feit, en in het bijzonder art. 1165 B.W., er niet aan in de weg staat dat het in de juridische werkelijkheid bestaat en door of tegen derden kan worden gebruikt. Welke juridische resultaten dit oplevert, hangt af van de juridische context waarin het feit wordt ingeroepen, en de concrete rechtsregels die daarop van toepassing zijn. De stelling luidt hier dus niet dat een derde die de rechtsgevolgen van de door een (beëindigde) bestuurder gestelde rechtshandeling wil betwisten, uit het einde van het mandaat noodzakelijk een nuttig juridisch argument put. Dit is een andere vraag.

¹⁰⁸⁶ Zie *supra* p. 268 e.v.

¹⁰⁸⁷ In dezelfde zin: B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 11 en 413 e.v.; B. TILLEMANS, *Lastgeving*, 367-368.

¹⁰⁸⁸ Meestal wordt het publiciteitsregime enkel met de bescherming van de belangen van derden in verband gebracht: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 196; L. SIMONT, “Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d’une société en formation”, 63. Terecht genuanceerder, specifiek wat betreft de ambtsbeëindiging van vennootschapsbestuurders: B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 11. Voor publiciteitsregimes in het algemeen, vindt deze nuance overtuigende steun en grondige uitwerking bij: S. CORNELIUS, *La publicité des situations juridiques*, 124 e.v. (143). Zie ook: A. DANIS-FANTÔME, *Apparence et contrat*, Parijs, L.G.D.J., 2004, 402.

¹⁰⁸⁹ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 469; P. WÉRY, *Le mandat*, 313.

¹⁰⁹⁰ H. DE PAGE eist individuele kennisgevingen aan alle derden “*susceptibles d’entrer en rapport avec le mandataire*”: *Traité*, V, 1975, 469-470.

nemen tot publieke aankondigingsmethoden.¹⁰⁹¹ En inderdaad, in de commerciële praktijk blijkt in de 18e eeuw een privaat publiciteitssysteem te hebben bestaan van omzendbrieven die handelaars en vennootschappen aan elkaar rondstuurd, met onder meer de vermelding van wie de vennootschap (niet meer) kon verbinden.¹⁰⁹² Maar gelet op het grote aantal betrokken derden, is het moeilijk zo een systeem volledig sluitend en rechtszeker te maken.¹⁰⁹³ Het publiciteitsregime voor vennootschappen met rechtspersoonlijkheid helpt hier een handje. De publicatie geeft zekerheid dat de ambtsbeëindiging tegen derden die met de ontslagen bestuurder zouden hebben gehandeld, kan worden ingeroepen. Vanaf de publicatie *behoren* zij de ambtsbeëindiging te kennen, hoe theoretisch deze kennis ook is. En zelfs bij niet-publicatie kan de vennootschap steeds de effectieve kennis bij de derde aantonen. Het bijzondere publicatieregime bij ambtsbeëindiging van bestuurders, lijkt zo meer op een *bijzondere toepassing* dan op een *afwijking* van de gemeenrechtelijke regels van derdenwerking van het einde van de lastgevingsovereenkomst. Het geeft een concrete invulling aan het luik “*behoren te kennen*”, zonder afbreuk te doen aan het luik “*effectieve kennis*”.¹⁰⁹⁴ Het laat vennootschappen met rechtspersoonlijkheid dus toe om op een vrij eenvoudige en rechtszekere manier aan het gemeenrechtelijke kenbaarheidsvereiste te voldoen.¹⁰⁹⁵

C. Besluit

292. Historisch, is de band die bijzondere publiciteitsregimes vaak leggen tussen tegenwerpelijheid van rechtshandelingen en hun publicatie, een gevolg van de ontwikkeling in ons rechtstelsel van de eigendomsoverdracht *solo consensu*, en is binnen dat systeem verklaarbaar.¹⁰⁹⁶ Met de vermenigvuldiging van publiciteitsregimes in de 19e en de 20e eeuw, werd dit systeem getransponeerd naar

¹⁰⁹¹ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 470 (die het voorbeeld van het huishoudelijk mandaat neemt); B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 414.

¹⁰⁹² S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, 182; H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècles*, 92. Zie ook het ongemeen interessante historische voorbeeld bij R. TROPLONG, *Du contrat de société*, 241, nr. 666 (plechtige afroeping na de zondagsmis).

¹⁰⁹³ H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 470.

¹⁰⁹⁴ Dit is dan ook de voornaamste reden waarom in het kader van art. 76 W.Venn. de vennootschap bij niet-publicatie enkel nog effectieve kennis kan bewijzen. De vennootschap bij niet-publicatie toelaten tot het bewijs dat de derde de akte *behoorde* te kennen, gaat voorbij aan het feit dat de wet met de publicatie nu net dit luik van het kenbaarheidsvereiste heeft ingevuld. De derde behoort alleen te kennen wat gepubliceerd is, daarbuiten moet zijn effectieve kennis worden aangetoond. Wel blijft buitencontractuele aansprakelijkheid mogelijk. Maar de niet-publicatie brengt mee dat de derde niet licht een fout kan worden verweten. De van hem verwachte zorgvuldigheid kan immers niet voorbij aan het bestaan van een wettelijk georganiseerd publiciteitssysteem.

¹⁰⁹⁵ Vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, daarentegen, blijven verplicht om met art. 2005 en 2009 B.W. te worstelen. Zie: B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 414.

¹⁰⁹⁶ S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, 34-41 e.v. en 56.

rechtshandelingen waar geen eigendomsoverdracht mee gepaard ging.¹⁰⁹⁷ Onder de oppervlakte zorgt dit voor heel wat meer heterogeniteit in de concrete werking van een publiciteitsregime, dan het uniforme beroep op het begrip *tegenwerpelijheid* doet uitschijnen.¹⁰⁹⁸ De concrete werking van de publiciteitsregels bij benoeming en ambtsbeëindiging van bestuurders in vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, illustreert dit. Vaak kunnen ze pas worden begrepen als ze worden ingebed in de gemeenrechtelijke regels van lastgeving (publicatie en niet-publicatie van de regelmatige benoeming). Waar het regime bijzondere regels bevat (publicatie van de onregelmatige benoeming en ambtsbeëindiging) blijken die veel meer een toepassing dan een afwijking van het lastgevingsrecht. Publiciteit is geen autonoom rechtspersoonlijk mechanisme dat *erga omnes* organen maakt of kraakt, maar slechts een – bovendien beperkte – objectivering van het gemeenrechtelijk kenbaarheidsvereiste.¹⁰⁹⁹

4. PROKURA: BIJZONDER REGIME VOOR DERDENWERKING VAN BEVOEGDHEIDSGRENZEN

4.1. INLEIDING

293. In een aantal rechtspersoonsvormen kunnen bestuurders, op grond van een bijzondere wettelijke regeling, de rechtspersoon voor rechtshandelingen verbinden buiten de grenzen van de bevoegdheid die hen contractueel werd toegekend.¹¹⁰⁰ De wet van 6 maart 1973, ter uitvoering van de Eerste vennootschapsrichtlijn, voerde in het Belgische vennootschapsrecht elementen in van het Duits geïnspireerde “prokurasysteem” van vertegenwoordiging.¹¹⁰¹ De wet bepaalt sindsdien voor een aantal vennootschapsorganen dat bevoegdheidsbeperkingen ten aanzien van de wettelijk omschreven *baseline* niet aan derden tegenwerpelijk

¹⁰⁹⁷ S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, 41 en 56.

¹⁰⁹⁸ S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, 56. Zie ook *supra* voetnoot 1062.

¹⁰⁹⁹ Dit besluit strookt met wat Sabine CORNELOUP in haar proefschrift als de essentie van elk juridisch publiciteitsregime aanmerkt: de juridische organisatie van kennis van derden door middel van de creatie van een bijzonder kanaal voor informatieverstrekking aan “het publiek”: S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, 107 e.v. (en in het bijzonder het besluit p. 170-171). Vergelijk ook: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 384.

¹¹⁰⁰ BVBA: de zaakvoerder(s) (art. 257 W.Venn.). NV: de raad van bestuur (art. 522 W.Venn.), het directiecomité (art. 524bis W.Venn.), het dagelijks bestuur (art. 525 W.Venn.). Comm. VA: de zaakvoerder(s) (via art. 657 W.Venn.). SE: de directieraad in het dualistisch stelsel (art. 903 en 908 W.Venn.). De VZW en de stichting (sinds 2002): de raad van bestuur (art. 13 en art. 34 VZW-Wet) en het dagelijks bestuur (art. 13bis en art. 35 VZW-Wet).

¹¹⁰¹ Dit verhaal is voldoende bekend. De beste inleiding tot de discussie in België blijft: J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, en dan vooral p. 148-209. Zie ook: A. BENOÎT-MOURY en P. PELTZER, “Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés”, 57-108.

zijn.¹¹⁰² Dit systeem wordt vaak geduid als een fundamentele afwijking van op lastgeving gestoelde vertegenwoordiging¹¹⁰³, en soms zelfs als conceptuele doodsteek voor de constructie die de rechtspersoonlijke toerekeningsstructuur op de lastgeving zou laten steunen.¹¹⁰⁴ Het bestaan van een wettelijke bevoegdheidsomschrijving in de verhouding met derden zou dit onmogelijk maken.¹¹⁰⁵ De Franse auteur MARTIN besluit:

“les dirigeants sociaux se sont donc vu reconnaître par la loi elle-même des pouvoirs invariables à l’égard des tiers, qui ne peuvent plus s’expliquer par le mandat du droit civil”.¹¹⁰⁶

Ook in het recente proefschrift van QUIÉVY telt dit zwaar tegen de lastgevingskwalificatie:

“la société n’a aucune emprise sur l’étendue des pouvoirs “externes” du dirigeant”.¹¹⁰⁷

In België was Jan RONSE in de beginperiode uitermate actief in het duiden en bepleiten van het nieuwe prokurasysteem. Veel van de nadien gegroeide analyses gaan terug op zijn werk. Ook deze auteur benadrukte steeds dat “*dit systeem in scherpe tegenstelling staat tot dit van de Code Civil*”.¹¹⁰⁸ De invoering van het prokurasysteem zet het onderscheid tussen organieke vertegenwoordiging en lastgeving extra in de verf.¹¹⁰⁹ Het drijft immers, specifiek voor organiek optreden, fundamenteel een wig tussen bestuursbevoegdheid en vertegenwoordigingsmacht¹¹¹⁰, tussen het interne *mogen* en het externe *kunnen*.¹¹¹¹ De externe vertegenwoordigingsmacht wordt, zo houdt men voor, enkel nog door de wet bepaald. Dit onderscheid ligt mee ten grondslag aan de idee dat bestuurders in het beste geval in de interne relatie met de vennootschap lasthebbers zijn, maar dat het externe optreden op een ander – organiek – niveau moet worden gesitueerd.¹¹¹² Het prokura-

¹¹⁰² Over de exacte draagwijdte van het prokuraregime zoals dit in België geldt, zie *infra* p. 281 e.v.

¹¹⁰³ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 362-363 en 371; J. MAEIJER en J. RONSE, *De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht*, 53; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 547 (en 643).

¹¹⁰⁴ G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 101-106. Zie ook: F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht*, I, 236; S. MESSAÏ-BAHRI, “Le statut des dirigeants de société”, 239.

¹¹⁰⁵ G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 101-102.

¹¹⁰⁶ G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 106. Gelijklopend: S. MESSAÏ-BAHRI, “Le statut des dirigeants de société”, 239.

¹¹⁰⁷ J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 232.

¹¹⁰⁸ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 149 (zie ook p. 151: “*diametraal tegengestelde systemen*”); J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 373 (en *ibid.* p. 371).

¹¹⁰⁹ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 153-155. Zie ook: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 362-363.

¹¹¹⁰ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 168.

¹¹¹¹ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 149.

¹¹¹² J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 360.

systeem geeft zo mee voeding aan een juridische constructie van het rechtspersoonlijke optreden, die afstand neemt van een klassieke lastgevingsbenadering, en het naar een niveau tilt waar het orgaanbegrip een centrale rol speelt. De link met de orgaantheorie is snel gelegd:

“une telle disposition est inconcevable dans la théorie du mandat, et plus généralement de la représentation”.¹¹¹³

In dit deel wordt eerst toegelicht waarom het prokuraregime geen fundamentele uitdaging aan het adres van de lastgevingsconstructie uitmaakt (*infra* 4.2). Vervolgens wordt aangetoond dat de scherpe tegenstelling tussen lastgeving en prokura sterk overroepen is (*infra* 4.3).

4.2. GEEN THEORETISCHE DOODSTEEK VOOR LASTGEVING

294. Het prokuraregime zoals wij dit positiefrechtelijk kennen, is geen conceptuele uppercut voor de constructie die bestuursoptreden op vertegenwoordiging via lastgeving stoelt. In de eerste plaats omdat de bestuursovereenkomst er in het beste geval een bijzonder geregelde overeenkomst door wordt, wat geen nieuws is. Ten tweede omdat prokura weinig specifieke steun biedt voor de alternatieve constructie die de orgaantheorie biedt.

295. In de eerste plaats, is het prokuraregime perfect verenigbaar met de idee dat de bestuursovereenkomst een lastgevingsovereenkomst is waarop eenvoudigweg een aantal bijzondere wettelijke regels ingrijpen. In het belang van derden, en enkel ten aanzien van hen, worden bepaalde contractuele clausules in een aantal gevallen voor niet-geschreven gehouden. De overeenkomst heeft een aantal wettelijke gevolgen waaromtrent partijen niet anders kunnen bedingen. Het fundamentele juridische feit blijft dat de vertegenwoordigingsopdracht bij overeenkomst wordt verleend, en dat het pas dankzij die overeenkomst is dat de bestuurder überhaupt vertegenwoordigingsbevoegdheid verkreeg. Het feit dat vervolgens bepaalde aspecten van de aldus tot stand gebrachte contractuele rechtsverhouding, waaronder de derdenwerking van bevoegdheidsgrenzen, door de wet op dwingende wijze worden geregeld, doet hieraan geen afbreuk.¹¹¹⁴ Overeenkomsten verbinden niet enkel tot wat daarin uitdrukkelijk is bepaald, maar ook tot alle

¹¹¹³ P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 316.

¹¹¹⁴ Zie *supra* p. 257 e.v. (en ook p. 263 e.v.) en vergelijk, specifiek wat betreft de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 40-41; F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 86; P. VAN SCHILFGAARDE, *Toerekening van rechtshandelingen*, 102-104.

gevolgen die daaraan door de billijkheid, het gebruik *of de wet* worden toegekend (art. 1135 B.W.). Vertegenwoordigingsmacht die de contractueel verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid te buiten gaat, is ongetwijfeld zo een wettelijk gevolg, maar zonder contractueel verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid, was er ook geen vertegenwoordigingsmacht. Het wettelijk ingrijpen veronderstelt het bestaan van een contractuele rechtsverhouding waarop wordt ingegrepen.

QUIÉVY, die nochtans het prokuraregime tegen de lastgevingskwalificatie inroept, heeft dit tegenargument in zijn proefschrift uitdrukkelijk opgemerkt.¹¹¹⁵ Merkwaardig genoeg brengt hij hier weinig tegen in. Deze auteur geeft in wezen toe dat, inderdaad, de dwingende wettelijke regeling van het externe vertegenwoordigingsluit¹¹¹⁶ niet noodzakelijk de lastgevingskwalificatie van de onderliggende overeenkomst verhindert. Hij trekt daarop *de facto* zijn argument in¹¹¹⁷ – evenwel zonder dit met zoveel woorden toe te geven – om terug te plooiën op de in dit verband weinig relevante vaststelling dat bestuurders toch wel zeer ruime bevoegdheden hebben.¹¹¹⁸

296. In de tweede plaats biedt het prokuraregime zoals wij dit kennen, in tegenstelling tot wat men zou kunnen denken, niet veel bijkomende ondersteuning voor de orgaantheorie als alternatief voor de lastgevingsconstructie. Prokura en orgaantheorie zijn geen twee handen op één buik. De orgaantheorie vertrekt vanuit een conceptuele analyse van het rechtspersoonlijkheidsbegrip om hieruit beweerdelijk inherente en logisch noodzakelijke kenmerken van het rechtspersoonlijke optreden af te leiden. Het is inherent aan de orgaantheorie dat zij van toepassing is op *alle* rechtspersonen en op *alle* organen.¹¹¹⁹ Wie beweert dat de

¹¹¹⁵ J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 232-233.

¹¹¹⁶ Of beter: een deel van dit luit. Zie *infra* p. 288 e.v.

¹¹¹⁷ J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 233: “*ce n’est pas parce que les pouvoirs du dirigeant sont fixés (...) par la loi, qu’il n’est pas le mandataire des associés (...)*”. Overigens is dit laatste een onnauwkeurigheid: in een vorige deel bekritiseerde de auteur de stelling dat bestuurders lasthebbers *van de vennoten* zouden zijn, maar in deze passage gaat het wel degelijk om de vraag of bestuurders lasthebbers van de *vennootschap-rechtspersoon* zijn.

¹¹¹⁸ J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 232-233. De Duitse handelsprokurist is, zo geeft QUIÉVY toe, ook een lasthebber met extern wettelijk vastgelegde vertegenwoordigingsmacht. Maar het onderscheid met de bestuurder zou erin gelegen zijn dat eerstgenoemde “*ne peut tout faire au nom du mandant*”. De wet plaatst bepaalde handelingen (onder meer verregaande beschikkingsdaden) buiten zijn vertegenwoordigingsmacht, terwijl “*ces bornes et prohibitions sont étrangères aux pouvoirs du dirigeant*”. Dit argument is zeer zwak omdat ook in prokuravennootschappen de externe bevoegdheid van bestuur beperkt is tot de wettelijke (maximale) bevoegdheidsomschrijving, en er wel degelijk zaken van het vennootschapsleven zijn die daarbuiten vallen (de voorbehouden bevoegdheden van de algemene vergadering). Al even weinig steun geeft de ultieme reddingsboei dat voor de bestuurder “*le champ de ses pouvoirs est beaucoup trop vaste pour se rattacher à ceux d’un mandataire*”, als men uit het Burgerlijk Wetboek zelf kan aflezen dat het algemeen mandaat *alle zaken van de lastgever* betreft (art. 1987 B.W.) en, op voorwaarde dat het uitdrukkelijk is, *alle beschikkingsdaden* kan omvatten (art. 1988 B.W.).

¹¹¹⁹ Zie *supra* p. 45 e.v.

orgaantheorie conceptueel noodzakelijk is voor elk rechtspersoonlijk functioneren, vindt niet veel steun in een (uitzonderings)regeling die slechts toepassing vindt op een aantal organen van een aantal rechtspersonen, en bovendien vrij recent werd ingevoerd.¹¹²⁰ De simpele vaststelling is dan dat die overige rechtspersonen blijkbaar van de beweerd conceptuele noodzaak van de orgaantheorie (*cum* prokura) niet op de hoogte zijn, en hierdoor schijnbaar toch niet in een vacuüm vallen. Hetzelfde geldt dan voor alle rechtspersonen vóór de wettelijke invoering van het prokuraregime.¹¹²¹

Het historische plaatje illustreert deze dissociatie tussen prokura en orgaantheorie. Prokura ontstond niet als correlarium van de orgaantheorie voor rechtspersoonlijk optreden. Wel als een wettelijk ingrijpen – medio 19e eeuw – op bepaalde soorten van conventionele vertegenwoordiging in handelszaken.¹¹²² De verdere bloei van het prokuraregime is sterk verbonden met de welbekende conceptuele evolutie die het vertegenwoordigingsrecht in Duitsland kende in de tweede helft van de 19e eeuw.¹¹²³ Die bestond erin dat de volmacht jegens derden werd geabstraheerd van de onderliggende rechtsverhouding (traditioneel de lastgeving) tussen vertegenwoordiger en vertegenwoordigde. Maar heel het vertegenwoordigingsrecht werd door deze nieuwe bril bekeken, inclusief de lastgeving. Prokura was in Duitsland een kind van evoluerende ideeën over lastgeving en vertegenwoordiging, niet van de orgaantheorie. Omgekeerd, was het bestaan van een prokuraregime geenszins een prominent argument bij de uitbouw van de orgaantheorie, zelfs niet in Duitsland. GIERKE voert een vrij klassieke analyse, waarbij het organieke incarnatiemechanisme in beginsel slechts speelt wanneer organen binnen bevoegdheid optreden.¹¹²⁴ Hij expliciteert dit uitdrukkelijk op drie “klassieke” punten: het orgaan moet geldig samengesteld zijn¹¹²⁵, het moet binnen zijn bevoegdheid blijven¹¹²⁶, en de handeling moet ook naar de voorgeschreven vorm geldig zijn.¹¹²⁷ Alleen dan handelt het orgaan als orgaan, en alleen dan heeft de

¹¹²⁰ Vergelijk de nuchtere vaststelling van DIEUX en DE CORDT: “*sauf lorsque la loi en dispose autrement, représentation organique et représentation contractuelle ne se distinguent pas du point de vue de l’opposabilité aux tiers des éventuelles restrictions apportées, par les statuts ou par l’acte de nomination, aux pouvoirs des représentants*” (X. DIEUX en Y. DE CORDT, “Examens de jurisprudence (1991-2005): Les sociétés commerciales”, 491).

¹¹²¹ Zie bijvoorbeeld waar TILLEMAN het prokuraregime inleidt en concludeert: “*de scheiding tussen de bestuurs- en de vertegenwoordigingsbevoegdheid is inderdaad een fundamenteel onderscheid, dat aan het systeem van organieke vertegenwoordiging ten grondslag ligt*” (B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen*, 643). Maar dan zouden we organieke vertegenwoordiging slechts kennen sinds 1973 en voor een beperkt aantal organen/rechtspersonen. Dit is zeker niet wat de orgaantheorie beweert.

¹¹²² H. COING, “Le développement de la procuration (Vollmacht) en droit allemand”, 47; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 149.

¹¹²³ Zie *supra* voetnoot 344 en 345.

¹¹²⁴ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 672 e.v.

¹¹²⁵ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 673-685.

¹¹²⁶ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 685-705.

¹¹²⁷ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 706.

rechtspersoon zelf “gewild en gehandeld”.¹¹²⁸ Het is in dit verband uitermate veelzeggend dat GIERKE de prokuraregels, die in zijn tijd in Duitsland opgang maakten, bij wege van uitzondering in dit basisstramien inweeft.¹¹²⁹ Prokura komt uit het werk van GIERKE absoluut niet naar voren als fundament voor de orgaantheorie.¹¹³⁰ En in de oorspronkelijke Frans-Belgische receptie is dit evenmin het geval: de basisregel is steeds dat het orgaan de rechtspersoon slechts incarneert binnen zijn bevoegdheid.¹¹³¹ Bewustzijn en wil van het orgaan zijn, volgens MICHOU, in alle gevallen te beschouwen als het eigen bewustzijn en de eigen wil van de rechtspersoon “*a cette seule condition que l’organe ait agi en cette qualité et dans les limites de sa compétence*”.¹¹³² VAN RYN adopteert de orgaantheorie, onderscheidt die van lastgeving, en leidt hier onder meer het volgende gevolg uit af:

“les actes¹¹³³ qu’ils accomplissent en tant qu’organes obligent directement la société envers les tiers, à condition qu’ils n’excèdent pas leurs pouvoirs, faute de quoi ils demeurent sans effet à son égard”.¹¹³⁴

Deze uitspraken hoeven overigens geen verwondering te wekken. Indien een prokurasysteem conceptueel onmisbaar was voor de orgaantheorie, was het succes van deze theorie in het Belgisch-Franse recht, dat tot aan de omzetting van de Eerste Vennootschapsrichtlijn (minstens in de perceptie) van andere beginselen uitging, onmogelijk te verklaren. Zelfs wie voor die omzetting van oordeel was dat de orgaantheorie al een wettelijke grondslag had in toenmalig artikel 13 Venn.W., kon niet buiten het feit dat deze wetsbepaling uitdrukkelijk naar de statutaire bevoegdheidsomschrijving verwees.¹¹³⁵ De orgaantheorie kon bij ons maar succes hebben indien zij zonder prokura kwam. Als de daarna ingevoerde prokuraregeling al een fundamentele correctie is op het bestaande systeem (waarover verder meer), is het evengoed een correctie op de klassieke orgaantheorie als op het klassieke vertegenwoordigingsrecht.¹¹³⁶

¹¹²⁸ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 672 en 685-686. Vergelijk in deze tijd: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 112-113.

¹¹²⁹ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 700-705 (ook al verwerpt hij, niet verrassend, formeel de kwalificatie als uitzondering, omdat de categorische aard van zijn argumentatie geen uitzonderingen toelaat; zie p. 686, voetnoot 2).

¹¹³⁰ Dit mag in feite niet verwonderen. Een extern toerekeningsbereik dat uitsluitend door de wet wordt omschreven, is niet bepaald het sterkste argument tegen de door GIERKE zo verfoeide fictieleer die de rechtspersoon als kunstmatige creatie van de wet opvatte.

¹¹³¹ H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 637; L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, IV, 146-147; A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 225; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 136; J. VAN RYN, *Principes*, I, 258-259.

¹¹³² L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 136.

¹¹³³ Uit de context blijkt dat het hier in de eerste plaats om rechtshandelingen gaat.

¹¹³⁴ J. VAN RYN, *Principes*, I, 259. Zie ook: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 726; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, II, 1264-1265.

¹¹³⁵ Zie over dit wetsartikel als (ten onrechte) beweerde grondslag voor de orgaantheorie *supra* p. 227 e.v.

¹¹³⁶ Recent nog zeer duidelijk bij: P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, II, 1264-1265.

297. Deze vaststelling zet opnieuw de zwakte in de verf van de orgaantheorie als alternatieve juridische constructie *sui generis* voor het rechtspersoonlijke optreden. Indien MICHOUDE's vermeende eenheid van "bewustzijn en wil" tussen orgaan en rechtspersoon aanspraak wil maken op een eigen juridische begripsinhoud, moet zij, wars van alle retorische hoogstandjes, juridisch zinvol onderscheidbare eigen kenmerken vertonen. Indien VAN RYN's "*directement*" voor rechtshandelingen iets anders betekent dan het "*alsof hij zelf heeft gehandeld*" van huis-tuin-en-keuken vertegenwoordiging, dan moet dit onderscheid juridisch hard worden gemaakt. De idee dat een orgaan de rechtspersoon in zijn volledige "levensbereik" verbindt, wat ook zijn contractueel omschreven bevoegdheid is, is hiervoor minstens *prima facie* een goede kandidaat. Dit kan helpen om aannemelijk te maken dat het zinvol is in het ene geval van "incarnatie" te spreken en in het andere geval niet: incarnatie roept een ruimer optredensbereik op. Maar als ook voor de orgaantheorie de regel luidt dat het orgaan de rechtspersoon slechts verbindt in hoedanigheid en binnen bevoegdheid, dan lijkt het resultaat vanuit functioneel oogpunt opnieuw zeer sterk op vertegenwoordiging via lastgeving. Retorische kunstjes over hoe in het ene geval een eigen rechtspersoonlijk wils- en bewustzijnsvormingsproces plaatsvindt, terwijl in het andere geval het optreden van één rechtssubject wordt toegerekend aan het andere, mogen ons dan niet meer verblinden.¹¹³⁷ Er blijft dan – aangaande rechtshandelingen¹¹³⁸ – niet veel over van de stelling dat "*l'organe, à la différence du représentant, incarne donc toute la volonté de l'être collectif*"¹¹³⁹ als er telkens aan moet worden toegevoegd: op voorwaarde dat de natuurlijke personen die deze handelingen materieel stellen hiertoe de bevoegdheid hebben gekregen, in uitvoering van die bevoegdheid handelden, en binnen hun bevoegdheid zijn gebleven. Dat in een aantal rechtspersoonsvormen, en voor een aantal organen, beperkingen aan die bevoegdheid niet aan derden tegenwerpelijk zijn als gevolg van een bijzondere wettelijk ingrijpen, zet dit besluit niet plots op zijn kop.

4.3. PROKURA: VARIATIE OP, EERDER DAN ONTKENNING VAN LASTGEVINGSREGIME

298. Het voorgaande gaat uit van de wijd verspreide opvatting dat de invoering van het prokurasysteem in het Belgische recht, minstens in de gevallen waarop het van toepassing is, een belangrijke afwijking van de bestaande, op lastgeving gebaseerde vertegenwoordigingsregeling vormt. Hier zal blijken dat, vanuit inhoudelijk oogpunt, prokura heel wat minder radicaal is dan veelal wordt

¹¹³⁷ Zie de zeer treffende vaststelling van Valérie SIMONART in recenter werk, maar die voor de door haar geprefereerde orgaantheorie problematisch is: V. SIMONART, "La théorie de l'organe", 720. Zie ook *supra* voetnoot 309.

¹¹³⁸ Onrechtmatige daden komen pas in het volgende deel aan de beurt. Zie *infra* p. 315 e.v.

¹¹³⁹ L. MICHOUDE, *La théorie de la personnalité morale*, I, 145 (klemtoon in het origineel).

gedacht. Het heeft stevige wortels in ons eigen, klassieke vertegenwoordigingsrecht, zoals dit werd toegepast op menselijke organisaties.

Hiertoe wordt eerst de exacte draagwijdte van het wettelijke ingrijpen dat het prokuraregime met zich meebrengt, genuanceerd (*infra* 4.3.1). Hieruit blijkt dat rechtsdogmatiek niet geholpen is met de *summa divisio* tussen intern bestuur en externe vertegenwoordiging die er zo vaak uit wordt afgeleid (*infra* 4.3.2). Tot slot helpt enig historisch besef te kaderen dat de met prokura behaalde resultaten niet eens zo vreemd zijn aan het klassieke lastgevingsrecht, zeker niet zoals dit op openbare en duurzame mandaten zoals in vennootschappen werd toegepast (*infra* 4.3.3).

4.3.1. Exacte draagwijdte van de wettelijke prokuraregeling: correctie op derdenwerking van gepubliceerde bevoegdheidsgrenzen

299. De Eerste Vennootschapsrichtlijn bepaalt niet dat het bestuur verplicht een bepaalde bevoegdheidsomvang moet krijgen. De nationale wetgever is er niet toe gehouden (bepaalde) bestuursorganen bepaalde bevoegdheden toe te kennen.¹¹⁴⁰ De interne machtsverhouding in vennootschappen blijft een zaak van de nationale wetgever.¹¹⁴¹ En dus, als de wetgever dit zo wil opvatten, van de partijen. In wezen veranderde er in 1973 niet veel aan het feit dat het bestuur als algemene regel bevoegd was om... te besturen. Het is van alle tijden dat het bestuur, behoudens andersluidend beding, zich uitstrekke tot alle handelingen die in de realisatie van het maatschappelijke doel pasten, aangezien het bestuur nu net met de verwezenlijking van dit doel werd belast.¹¹⁴²

Historisch is hier weliswaar onduidelijkheid over geweest, vooral voor “daden van beschikking” in de NV.¹¹⁴³ Maar waar die onduidelijkheid toe leidde, was dat

¹¹⁴⁰ C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, 136; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 160.

¹¹⁴¹ A. BENOÎT-MOURY en P. PELTZER, “Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés”, 66.

¹¹⁴² A. DE VOS, *Commentaire*, II, 163.

¹¹⁴³ De reden hiervoor is, in tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht, niet in hoofdzaak gelegen in een slaafse toepassing van het onderscheid tussen daden van beheer en daden van beschikking uit art. 1988 B.W. (lastgeving) in vennootschapszaken. Voldoende gezaghebbende stemmen begrepen dat dit slechts een interpretatieregel was, die rekening moest houden met de bedoeling van partijen in het concrete geval van een vennootschappelijk bestuursmandaat. Zie reeds: R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, III, 153-154 (*Traité du contrat de mandat*, nr. 147) en II, 417, (*Traité du contrat de société*, nr. 66-67). Zie voor lastgeving in het algemeen: L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux (suite et fin)”, 523; P. WÉRY, *Le mandat*, 97. De interpretatieoefening moet dan ook recht doen aan het feit dat het mandaat om een vennootschap te besturen, een andere draagwijdte heeft dan het mandaat om één specifieke handeling te stellen (F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 314; H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 96). Maar de vraag was of de wetgever in 1873, met het oorspronkelijke art. 44 van de Vennootschappenwet van 1873 (art. 54 Venn.W., gewijzigd in 1973, nu – onder meer – art. 522 W.Venn.), de grens specifiek voor de NV niet nauwer wou trekken door een uitdrukkelijke statutaire bepaling te eisen (vergelijk pre-1973 art. 130 Venn.W. voor de BVBA; zie ook: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 387-389; J. VAN RYN, *Principes*, I, 393).

statuten dit doorgaans verduidelijkten, aanvankelijk door (onelegante) lijsten met uitdrukkelijk toegekende (beschikkings)bevoegdheden, en nadien door een algemene clausule die aan de raad van bestuur alle bevoegdheden toekende die niet aan de algemene vergadering waren voorbehouden.¹¹⁴⁴ In 1973 werd dit “gewoonterecht” de uitdrukkelijke wettelijke regel: artikel 54 Venn.W. (art. 522, § 1 W. Venn.) bepaalde voortaan dat de raad van bestuur bevoegd was om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig waren tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap, behoudens die waarvoor volgens de wet enkel de algemene vergadering bevoegd was.¹¹⁴⁵ Maar ook dan blijft de regel suppletief. Dit suppletieve karakter promoveert zelfs naar een volwaardige plaats in een afzonderlijk lid:

De bevoegdheden, ingevolge de vorige leden aan de raad van bestuur toegekend, kunnen door de statuten worden beperkt.¹¹⁴⁶

300. Het is dus duidelijk dat de invoering van de prokuraregeling in 1973 weinig heeft veranderd aan het feit dat als algemene regel het bestuur bevoegd is om te besturen, noch aan het feit dat die bevoegdheid statutair kan worden beperkt.¹¹⁴⁷ De werkelijke vernieuwing ligt pas besloten in de zin die op de net geciteerde passage volgt:

Zodanige beperking kan [niet] aan derden worden tegengeworpen, ook al is die beperking openbaar gemaakt.

Dit is de draagwijdte van de prokuraregeling zoals zij in 1973 in het Belgische recht werd ingepast: statutaire beperkingen aan de normale bestuursbevoegdheid

¹¹⁴⁴ C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, 133; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 161; J. VAN RYN, *Principes*, I, 392.

¹¹⁴⁵ Voor de BVBA: art. 130, derde lid Venn.W. (art. 257, tweede lid W.Venn.). Zelfs dit was strikt genomen misschien niet eens nodig om de richtlijn om te zetten (*contra*: A. BENOÎT-MOURY en P. PELTZER, “Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés”, 67). De richtlijn eist enkel dat bevoegdheidsbeperkingen die uitsluitend uit statuten of beslissingen van (andere) organen blijken, zelfs als zij worden gepubliceerd, niet aan derden tegenwerpelijk worden gemaakt. De *baseline* hiervoor is de bevoegdheid die aan het bestuursorgaan volgens de wet *toekomt of kan worden toegekend*. Onder het bestaande recht was er geen twijfel over (zelfs voor wie hiervoor in de NV een uitdrukkelijk statutair beding noodzakelijk achtte) dat de volle bestuursbevoegdheid aan het bestuur *kon worden toegekend*. Dit was zelfs de gangbare praktijk. Maar voor de duidelijkheid, en vanuit wetgevingstechnisch oogpunt, was de wijziging wel opportuun: de *baseline* (volledige bestuursbevoegdheid) wordt duidelijker afgelijnd.

¹¹⁴⁶ Ingevoerd als derde lid van art. 54 Venn.W. (art. 522, § 1, tweede lid W.Venn.). Voor de BVBA: art. 130, derde lid Venn.W. (art. 257, tweede lid W.Venn.).

¹¹⁴⁷ Voorheen kon weliswaar betwisting bestaan over de vraag of in de NV, bij afwezigheid van statutaire clausule, de algemene vergadering nadien bij gewoon besluit de bevoegdheid kon beperken (zonder tot statutenwijziging over te gaan). De nieuwe wet maakte duidelijk dat een statutaire clausule noodzakelijk was. Zie: J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 165-166.

van het bestuur van de NV¹¹⁴⁸ en de BVBA zijn in beginsel niet tegenwerpelijk aan derden. De redenering kent dus drie onderscheiden stappen: (i) het bestuur is in de regel volledig bestuursbevoegd, (ii) die bevoegdheid kan statutair worden beperkt, en (iii) deze beperking is in beginsel niet tegenwerpelijk aan derden, ook al werd zij gepubliceerd. De eventuele eigenheid van de prokuraregeling ligt enkel in de derde stap. Prokura is een correctie op de tegenwerpelijkheid van grenzen aan de bestuursopdracht. Dit noodzaakt niet de Copernicaanse revolutie die sommigen er conceptueel in lezen (*infra* 4.3.2). Die correctie is bovendien helemaal niet vreemd aan het klassiek lastgevingsrecht, zoals dit in vennootschappen werd toegepast (*infra* 4.3.3).

4.3.2. *Prokura: geen met lastgeving strijdige summa divisio tussen de interne en de externe sfeer*

- A. Prokura creëert geen “organen van externe vertegenwoordiging” met een exclusief wettelijk te begrijpen opdracht

301. Vertegenwoordiging – althans bij meerzijdige rechtshandelingen – brengt drie partijen met elkaar in contact: de principaal, de vertegenwoordiger, en de derdemedecontractant. Per definitie kunnen daardoor drie types verhoudingen *minstens potentieel* anders worden geanalyseerd: de verhouding principaal-vertegenwoordiger, de verhouding vertegenwoordiger-derdemedecontractant en de verhouding principaal-derdemedecontractant. Aan de eerste verhouding ontleent de vertegenwoordiger de *bevoegdheid* om te vertegenwoordigen, en bij conventionele vertegenwoordiging ontvangt hij die bij rechtshandeling van de principaal zelf. Vervolgens sluit de vertegenwoordiger met de derdemedecontractant een *overeenkomst*. Tot slot wordt die overeenkomst aan de principaal “als eigen” *toegerekend*, wat wil zeggen dat de daaruit voortvloeiende contractuele rechtsverhouding onmiddellijk en rechtstreeks tussen principaal en derdemedecontractant ontstaat.

Als algemene regel, afgeleid uit artikel 1998 B.W., geldt in ons vertegenwoordigingsrecht dat de overeenkomst die de vertegenwoordiger met de derdemedecontractant aangaat (tweede verhouding), moet steunen op bevoegdheid die – in het geval van conventionele vertegenwoordiging door de principaal – aan de vertegenwoordiger werd verleend (eerste verhouding), opdat toerekening in de relatie tussen principaal en derdemedecontractant plaatsvindt (derde verhouding). De *macht* die de vertegenwoordiger heeft om, in zijn relatie met derden, de principaal uit rechtshandeling te verbinden zonder dat die op dat ogenblik bij de rechtshandeling tussenkomt, steunt op de *bevoegdheid* die hij daartoe uit een eerdere rechtshandeling van de principaal kreeg en vindt daarin tegelijk haar perken. Maar alleen al het bestaan van die drie afzonderlijke verhoudingen, brengt

¹¹⁴⁸ En via de NV ook de Comm. VA.

mee dat zij niet noodzakelijk exacte kopieën zijn. Het is bijna onvermijdelijk dat in een aantal gevallen de vraag wordt gesteld of de afwezigheid van bevoegdheid in de relatie tussen principaal en vertegenwoordiger, er noodzakelijk aan in de weg staat dat de overeenkomst die de vertegenwoordiger aanging, aan de principaal wordt toegerekend in zijn relatie met de derdemedecontractant. Vooral dan wanneer de vertegenwoordiger wel degelijk vertegenwoordigingsbevoegdheid had verkregen, en zich dus in het rechtsverkeer als diens vertegenwoordiger kon opwerpen, maar dat zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid zich misschien net niet tot deze overeenkomst uitstrekte, net gewijzigd of beëindigd was, enzovoort. Als het antwoord dan in sommige gevallen negatief luidt – en de principaal dus gebonden is ondanks ontbrekende bevoegdheid – dan is de *macht* van de vertegenwoordiger om de principaal via vertegenwoordiging “extern” te verbinden groter dan de *bevoegdheid* die hij daartoe “intern” van de principaal kreeg. Dit is het onderscheid tussen externe vertegenwoordigingsmacht en interne vertegenwoordigingsbevoegdheid, tussen het externe *kunnen* verbinden en het interne *mogen* verbinden.¹¹⁴⁹ Het is belangrijk voor een goed begrip van het vertegenwoordigingsrecht. Verder zal blijken dat het al in het klassieke lastgevingsrecht besloten lag.¹¹⁵⁰ Maar de prokuraregeling, zoals die sinds 1973 in een aantal rechtspersoonvormen werd ingevoerd, vormt er ongetwijfeld de meest prominente – en wettelijk ondersteunde – toepassing van.

302. Die prominentie leidt echter in het rechtspersonenrecht – en vooral dan het vennootschapsrecht – tot scheefgetrokken analyses aangaande de vraag die ons hier bezighoudt. Deels om didactische en deels om conceptuele redenen is in de vennootschapsliteratuur het onderscheid tussen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders in hun verhouding met de vennootschap en hun vertegenwoordigingsmacht in de verhouding met derden uitgegroeid tot een soort van *summa divisio* die de vraag of bestuurders lasthebbers zijn ten onrechte vertroebelt.

Daarbij wordt dan sterk benadrukt dat het met de wet van 6 maart 1973 ingevoerde systeem zou steunen op “*het fundamentele onderscheid tussen bestuursbevoegdheid en vertegenwoordigingsmacht*”.¹¹⁵¹ Dit zou aanleiding geven tot een “*wettelijke scheiding tussen organen van intern bestuur en externe vertegen-*

¹¹⁴⁹ Zie over dit onderscheid – en daarmee meteen een illustratie van het feit dat de terminologische grenzen zelfs bij de auteurs die dit onderscheid in de verf willen zetten niet steeds op dezelfde wijze worden getrokken – onder meer: J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 148-150 en 168; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 110-113; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 452-454 en 476-477. Zie recent ook de regeling in art. II-6:101 e.v. DCFR en de bespreking bij M.E. STORME, “Het recht inzake meerpartijenverhoudingen in het ontwerp-GRK vergeleken met het Belgische recht (vertegenwoordiging, derdenbeding, cessie, subrogatie, garantie, delegatie)”, *T.P.R.* 2009, 1045-1048. Vergelijk ook met: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 42-43 (en 22).

¹¹⁵⁰ Zie *infra* p. 300 e.v.

¹¹⁵¹ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 168.

woordiging”.¹¹⁵² De wet zou externe vertegenwoordigingsorganen creëren, losgekoppeld van het interne bestuur.¹¹⁵³ Externe vertegenwoordiging zou enkel nog op de wet steunen, en daardoor als het ware een “wettelijke opdracht” zijn¹¹⁵⁴, die van de interne bestuursopdracht radicaal is te scheiden. Dit alles zou met de idee dat het externe bestuursoptreden op lastgeving steunt, onverenigbaar zijn.¹¹⁵⁵

303. Hiermee wordt een vanuit conceptueel oogpunt al bij al beperkte nuance ten onrechte tot een fundamenteel schisma verheven. VAN GERVEN waarschuwde al:

“Het verstrengeld liggen van mogen en kunnen (...) duidt tevens op de juistheid van het inzicht dat, hoewel de vertegenwoordigingsmacht dient onderscheiden te worden van de grondverhouding bv. de lastgevingsovereenkomst (...) waaraan zij haar ontstaan dankt, zij er nooit mag van gescheiden worden. De in de grondverhouding te vinden vertegenwoordigingslegitimatie ligt immers nauw verstrengeld met de uit genoemde grondverhouding voortvloeiende vertegenwoordigingsmacht”.¹¹⁵⁶

Het in 1973 ingevoerde prokuraregime heeft dit niet fundamenteel veranderd. Ook “gewone” lastgeving is steeds een “*contrat à double entente*”¹¹⁵⁷ geweest, met een intern en een extern gelaat.¹¹⁵⁸ De wet heeft daar dan in een specifieke context op ingegrepen. Voor – sommige – rechtspersoonlijke bestuursmandaten, werd de band tussen het interne en het externe gelaat wat versoepeld.¹¹⁵⁹ Maar zeker niet radicaal doorgeknipt. Laat staan dat hierdoor afzonderlijke en uitsluitend wettelijk gecreëerde “externe vertegenwoordigingsorganen” ontstonden, die niet meer op een conventionele bevoegdheidsverlening zijn gesteund.

De wettelijke uitbreiding van de vertegenwoordigingsmacht van bestuurders, neemt als aanknopingspunt – en vereist – de conventioneel verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid. Het wettelijke ingrijpen viseert vervolgens de *conventionele beperkingen* op die vertegenwoordigingsbevoegdheid.¹¹⁶⁰ De wettelijke niet-teenwerpelijheid van die conventionele beperkingen¹¹⁶¹ wijzigt niets aan de

¹¹⁵² B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 643. Zie echter ook de nuance op p. 15.

¹¹⁵³ C. BERTSCH, “La gestion de l’entreprise et la représentation des SA, SPRL et SCRL” in M. COIPEL (ed.), *Droit des sociétés commerciales*, I, Waterloo, Kluwer, 2006, 612; F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht*, 326.

¹¹⁵⁴ F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht*, 326.

¹¹⁵⁵ G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, 106; S. MESSAÏ-BAHRI, “Le statut des dirigeants de société”, 239.

¹¹⁵⁶ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 113.

¹¹⁵⁷ P. WÉRY, *Le mandat*, 63.

¹¹⁵⁸ R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 792.

¹¹⁵⁹ Dat dit geen kwestie van aard maar van gradatie is, wordt verder geïllustreerd aan de hand van het feit dat ook in het meest klassieke lastgevingsrecht, vertegenwoordigingsmacht niet het exacte spiegelbeeld van vertegenwoordigingsbevoegdheid was: zie *infra* p. 300.

¹¹⁶⁰ Bij RONSE is dit nog duidelijk: J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 168. Deze auteur heeft het over uitsluitend bij de wet *beperkte* vertegenwoordigingsmacht, niet over uitsluitend bij de wet *verleende* vertegenwoordigingsmacht.

¹¹⁶¹ En dan nog niet in alle omstandigheden: zie verder in deze sectie.

vaststelling dat de basisbevoegdheid aan bestuurders contractueel werd verleend, en dat hun vertegenwoordigingsmacht in die bevoegdheid wortelt. De “externe” vertegenwoordigingsmacht is essentieel van de conventionele bevoegdheidsverlening afgeleid: het is daar een correctie op. In de overgrote meerderheid van gevallen van rechtspersoonlijk contracteren is – ook in prokuravennootschappen – gelukkig ook “interne” vertegenwoordigingsbevoegdheid aanwezig. Bestuurders die de macht hebben om de vennootschap te verbinden, zijn meestal ook bevoegd om dit te doen. Het is dan niet zeer verhelderend om het hele externe optreden conceptueel af te splitsen, op *exclusief wettelijke macht* te grondvesten, en voor te houden dat dit hierdoor geen conventionele grondslag meer kan hebben. Bestuurders hebben als gevolg van een bijzonder wettelijk ingrijpen op de bestuursovereenkomst wat meer vertegenwoordigingsmacht dan vertegenwoordigingsbevoegdheid. Dit is geen wettelijke *summa divisio* “tussen organen van intern bestuur en externe vertegenwoordiging”.¹¹⁶²

304. Ook het onderscheid tussen “bestuur” en “vertegenwoordiging” is, hoe nuttig soms in het vennootschapsrecht, voor de voorliggende vraag op fundamenteel niveau niet zeer relevant. Besturen – alle handelingen verrichten nodig of nuttig ter verwezenlijking van het doel van de vennootschap¹¹⁶³ – impliceert vertegenwoordigingsbevoegdheid. Net zoals bij elke lastgeving, ontnemen bestuurders aan hun opdracht niet enkel de macht, maar ook de bevoegdheid en zelfs de plicht om te vertegenwoordigen. Het bestuur moet ervoor zorgen dat het doel van de vennootschap wordt nagestreefd, wat essentieel het verrichten van rechtshandelingen meebrengt.¹¹⁶⁴ Besturen is vertegenwoordigen.¹¹⁶⁵ Het is werkelijk de kar voor het paard spannen indien men voorhoudt dat “*la difficulté provient de ce que, tres souvent, ces deux fonctions sont assumées par le même organe*”.¹¹⁶⁶

Bij RONSE lijkt de term “bestuursbevoegdheid” overigens vooral synoniem voor “vertegenwoordigingsbevoegdheid”. Als deze auteur benadrukt dat aan het systeem ten grondslag ligt dat de “bestuursbevoegdheid” statutair kan worden beperkt, maar dat dit de “vertegenwoordigingsmacht” niet kortwiekt¹¹⁶⁷, dan is dit veeleer synoniem voor het in het vorige randnummer besproken onderscheid

¹¹⁶² B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 643.

¹¹⁶³ De wettelijke omschrijving van de bestuursbevoegdheid: zie art. 522 § 1 W.Venn. (NV), art. 257 W.Venn. (BVBA).

¹¹⁶⁴ De doelomschrijving verwijst doorgaans al zelf naar activiteiten die enkel via rechtshandelingen worden verricht.

¹¹⁶⁵ Of zoals LAURENT het verwoordde: “*il est impossible d’administrer sans s’obliger*” (F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 351). Zie voor een interessante vroege illustratie: Brussel 8 mei 1862, *Pas.* 1862, II, 321. Dat naarmate de vennootschap groeit meer en meer ook op anderen beroep wordt gedaan om de beslissingen die het bestuur aangaande de te verrichten vertegenwoordigingshandelingen neemt, uit te voeren, verandert hier niets aan. De kern van de vertegenwoordigingsactiviteit blijft steeds bij het bestuur liggen, die ze ook steeds zelf kan uitoefenen.

¹¹⁶⁶ M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 193.

¹¹⁶⁷ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 168.

tussen “interne” vertegenwoordigingsbevoegdheid en “externe” vertegenwoordigingsmacht, dan voor een tweespalt tussen “besturen” en “vertegenwoordigen”. De statutaire clause die in een BVBA aan de algemene vergadering de bevoegdheid voorbehoudt om te beslissen over aangelegenheden die een bepaald bedrag te boven gaan, beperkt evengoed de “bestuursbevoegdheid” als de “vertegenwoordigingsbevoegdheid” van de zaakvoerder, alleen niet zijn vertegenwoordigingsmacht. De bestuurder van een NV is individueel net zomin bevoegd om te besturen als om te vertegenwoordigen. Hij kan – en moet – weliswaar individueel deelnemen aan de collegiale besluitvormingsprocedure die zijn opdracht modaliseert, maar dit maakt hem niet individueel “bestuursbevoegd”, in de betekenis van het nemen van bestuursbeslissingen.

Vandaag lijkt het onderscheid tussen bestuur en vertegenwoordiging vooral gebruikt om naar het verschil tussen “interne” besluitvorming en “extern” vertegenwoordigend optreden met derden te verwijzen.¹¹⁶⁸ Dit onderscheid hangt echter veel meer samen met de collegialiteit van een bestuursstruur – en ook met de omvang van de bestuurde organisatie – dan met het prokurairegime. Het is even weinig relevant voor de zaakvoerder van een BVBA of de persoon belast met het dagelijks bestuur van een NV (prokura), als het nuttig kan zijn – en contractueel kan worden vormgegeven – binnen een VOF met een college van zaakvoerders of voorheen¹¹⁶⁹ een VZW met een raad van bestuur (geen prokura).¹¹⁷⁰

305. Dit kan zelfs voor de handtekeningsclausule in de NV worden geïllustreerd.¹¹⁷¹ Hierdoor kunnen een of meer bestuurders¹¹⁷², die hun bestuursopdracht collegiaal moeten uitoefenen en als zodanig geen individuele bestuurshandelingen mogen stellen, de vennootschap niettemin jegens derden verbinden. Conceptueel is de handtekeningsclausule vooral een manier om de uitvoering van bestuursbeslissingen en het handelen met derden vlot te organiseren. Er stelt zich geen enkel probleem om dit als modaliteit van een conventioneel verleende bestuursopdracht te begrijpen. De vennootschap organiseert dit immers zelf. De “externe” vertegenwoordigingsmacht die in de handtekeningsclausule ligt besloten, wordt statutair verleend.¹¹⁷³ Ook het feit dat bestuurders op grond van de

¹¹⁶⁸ B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 643 e.v.

¹¹⁶⁹ Bedoeld wordt: vooraleer het prokurairegime met de wet van 2 mei 2002 in de VZW-wet werd ingeschreven.

¹¹⁷⁰ Zie ook het duidelijk kunstmatige karakter van het beweerde onderscheid op dit punt bij B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 619 enerzijds, en 643 e.v. anderzijds.

¹¹⁷¹ Zie art. 522, § 2 W.Venn. (raad van bestuur NV), art. 524bis lid 3 W.Venn. (directiecomité NV).

¹¹⁷² Voor de VZW vermeldt de wet uitdrukkelijk dat de handtekening ook aan niet-bestuurders kan worden verleend (art. 13, laatste lid VZW-wet).

¹¹⁷³ Het onderscheid tussen bevoegdheid en macht wordt hier subtiel. De vennootschap wil *ex ante* wel degelijk dat de rechtshandeling van de handtekeningdrager(s) haar wordt toegerekend, alleen wil ze er desgevallend de betrokkene(n) die niet gedekt waren, in aansprakelijkheid voor kunnen aanspreken. De vertegenwoordiger “kan” vertegenwoordigen ook al “mag” hij dit niet, maar de principaal heeft hem zelf dit “kunnen” verleend en stelt zich tevreden met de mogelijkheid de vertegenwoordiger aan te spreken wegens het miskennen van zijn contractuele verplichtingen.

handtekeningsclausule de vennootschap “extern” kunnen verbinden, zelfs als hun optreden niet op een voorafgaande “interne” collegiale beslissing steunt, heeft geen logisch noodzakelijk verband met het wettelijke prokurasysteem. Het is ook puur conventioneel perfect mogelijk bevoegdheid en macht te scheiden. Lastgeving kent sinds mensenheugenis conventionele technieken om de lasthebber vlot met derden te laten contracteren, zonder daarom elke interne controle op zijn handelen uit handen te geven. De volmacht hoeft geen conforme kopie van de onderliggende lastgevingsovereenkomst te zijn. POTHIER beschreef al de interne instructies die van de volmacht afweken en niet aan de medecontractant tegenwerpelijk zijn, maar bij miskenning wel tot aansprakelijkheid van de lastgever leiden.¹¹⁷⁴ Ook de *blanc-seign* is van alle tijden.¹¹⁷⁵ En in vennootschappen ontstond de praktijk van handtekeningsclausules oorspronkelijk statutair, om (vooral in vennootschappen met collegiale bestuursstructuren) vertegenwoordiging ten aanzien van derden te vergemakkelijken.¹¹⁷⁶ De handtekeningdrager verbindt er zich jegens de vennootschap weliswaar toe intern gedekt te zijn door anderen voor zijn externe optreden, maar zijn externe vertegenwoordigingsmacht ook als dit niet het geval was, verkrijgt hij evengoed contractueel. Het is pas waar statutaire *beperkingen* op de omvang van de handtekeningsclausule op de proppen komen, dat het wettelijke prokuraregime om de hoek komt kijken.

306. Het lijkt voor een goed begrip dan ook beter het prokuraregime de plaats te geven die uit de wetteksten voortvloeit. Het corrigeert de derdenwerking van de conventionele grenzen van een conventionele opdracht. Dit is op zich belangrijk genoeg. Het is niet nodig er een Copernicaanse omwenteling ten aanzien van

¹¹⁷⁴ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 24 (*Traité des obligations*, nr. 79).

¹¹⁷⁵ P. WÉRY, *Le mandat*, 136-137. Ondanks scherpe waarschuwingen in de rechtsleer, bleek de praktijk onuitroeibaar. Niet onbegrijpelijk. Naast het evidente nadeel van misbruik, heeft de *blanc-seign* het voordeel van vlot en flexibel contracteren. De lastgever stelt zich tevreden met andere controlemiddelen (ontslag, aansprakelijkheid).

¹¹⁷⁶ Aanvankelijk zag niemand hier veel graten in. Het is pas onder invloed van de orgaantheorie en de institutionele leer dat men moeilijkheden begon te zien met dit “statutair orgaan” dat niet in de wet was voorzien en van een (verboden) “algemene bevoegdheidsdelegatie” zou genieten (de klassieke bijdrage op dit punt is: P. VAN OMMESELAGHE en L. SIMONT, “La notion de l’organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d’administration des sociétés anonymes”, 74-103. Zie verder: J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 174-175; P. VAN OMMESELAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, 441; J. VAN RYN, *Principes*, I, 326-327). Dit laatste punt lijkt zelfs vanuit de klassieke beginselen merkwaardig, enerzijds omdat de statuten deze vertegenwoordigingsvorm uitdrukkelijk toestaan, anderzijds omdat hiermee de algemene bevoegdheid van het bestuur absoluut niet werd gekortwiekt (enkel vertegenwoordiging werd afgesplitst ten behoeve van vlot contracteren met derden). Met wat afstand bekeken, deed de wet van 6 maart 1973 op dit punt niet veel meer dan de praktijk legaliseren (met de prokuranuance dat inhoudelijke beperkingen op de handtekeningsclausule niet tegenwerpelijk werden gemaakt). Maar omdat de wet nu de (facultatieve) statutaire vertegenwoordigingsmodaliteit uitdrukkelijk erkent, zou nu plots sprake zijn van een nieuw “wettelijk orgaan” en was het probleem van de baan. Als redering, is dit bijzonder kunstmatig.

bestuur als lastgeving in te lezen. Dit vindt verder illustratie in het feit dat statutaire beperkingen ook na 1973 hun juridische relevantie in het geheel niet verloren zijn. Het *kunnen* is nog zeer vervlochten met het *mogen*.

B. Blijvende juridische relevantie van statutaire beperkingen voor goed begrip van extern bestuursoptreden

307. Bestuursoptreden dat statutaire beperkingen miskent, blijft vooreerst voor de rechtsorde duidelijk *onrechtmatig*. Het bestuur maakt zich schuldig aan machtsoverschrijding en begaat hiermee (minstens) een contractuele fout. De wet acht die bovendien zo ernstig dat er een verzwaarde aansprakelijkheid ten aanzien van de vennootschap én ten aanzien van derden aan wordt gekoppeld.¹¹⁷⁷ In vennootschapsvormen die de *ad nutum* afzetbaarheid niet kennen, levert het ook een reden tot ontslag op. De handeling is verder vernietigbaar.¹¹⁷⁸ Het conceptuele enthousiasme over exclusief en dwingend wettelijk gecreëerde vertegenwoordigingsorganen zou haast doen vergeten dat de rechtsorde bestuurders helemaal *niet het recht toekent* om contrastatutair extern te handelen. Alleen kan de sanctie hierop in sommige gevallen derden niet benadelen.

Het is toch merkwaardig in dit verband van exclusief door de wet aangeduide organen te gewagen, met een exclusief door de wet omschreven opdracht, en hierin een fundamentele tegenstelling met lastgeving te zoeken, indien bestuurders net wanneer hun optreden uitsluitend “wettelijk” wordt, en niet meer op conventioneel verleende bevoegdheid steunt¹¹⁷⁹, zich blootstellen aan de hele waaier van sancties die het positieve recht aan onbevoegd optreden (in hoofde van de persoon die zich hieraan schuldig maakt) verbindt. Niemand kan voorhouden dat het antistatutaire handelen “binnen de wettelijke organieke vertegenwoordigingsmacht” door de rechtsorde als rechtmatig wordt aangemerkt. Illustratief in dit verband, is dat tegen de *dreiging* van antistatutair optreden zonder twijfel in rechte kan worden opgekomen, om de voorgenomen rechtshandeling te verhinderen. Het is dan voor verweerder(s) geen nuttig argument dat derden tegen de onregelmatigheid van de rechtshandeling, eens gesteld, zouden zijn beschermd, integendeel. Eveneens illustratief is dat notarissen hun ambt zouden moeten weigeren als zij vaststellen dat bestuurders de statutaire beperkingen miskennen.¹¹⁸⁰

308. De blijvende grondslag van het *kunnen* in het conventionele *mogen* is bovendien onmisbaar om te duiden waarom statutaire bevoegdheidsgrenzen

¹¹⁷⁷ Zie voor de NV: art. 528 W.Venn. Ten aanzien van de vennootschap is *décharge* bovendien pas geldig als de contrastatutaire handeling “bepaaldelijk” is aangegeven in de oproeping (art. 554 W.Venn.).

¹¹⁷⁸ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 384.

¹¹⁷⁹ Met name omdat zij statutaire beperkingen miskennen.

¹¹⁸⁰ F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht*, I, 328.

zo snel hun gelding herwinnen als de derde er kennis van had of moest hebben.

Nu is dit al het gevolg van wetsinterpretatie. Voor doeloverschrijdende handelingen, voorziet de wet uitdrukkelijk dat de vennootschap niet verbonden is indien zij bewijst dat de derde daarvan op de hoogte was of er, gezien de omstandigheden, niet onkundig kon zijn.¹¹⁸¹ Voor statutaire beperkingen op de bestuursbevoegdheid is die uitzondering niet uitdrukkelijk voorzien. Hoewel het argument *a contrario* wenkt, heeft in de rechtsleer nooit veel twijfel bestaan over het feit dat de uitzondering van kwade trouw ook in dat geval geldt.¹¹⁸² De enige vraag is hoe groot de uitzondering is. Volstaat het dat de derde de overschrijding van de statutaire beperking kende of moest kennen en er toch aan deelnam?¹¹⁸³ Hiervoor pleit de analogie met de doeloverschrijding. Het is ook een toepassing van het gemeen recht. De medecontractant die kennis had of moest hebben van de bevoegdheidsoverschrijding en toch handelt, weet (of moest weten) dat de lastgever niet verbonden is (en speculeert mogelijk op bekrachtiging). Of is er meer nodig: bedrog, collusie, intentie om de vennootschap te benadelen?¹¹⁸⁴ Hiervoor pleit een afgezwakte versie van het argument *a contrario*: de uitzondering staat niet in de wet, dus mag ze niet te licht worden aangenomen. Maar dit is dubbel. Er is niets intrinsiek onhoudbaar aan het standpunt dat de wet een uitdrukkelijke afwijking op het gemeen recht én op de regeling voor doeloverschrijding wou voorzien, ook voor wat betreft de gevolgen van de *effectieve of vermoede kennis* van de bevoegdheidsoverschrijding *in concreto*. Maar als naar analogie van de doeloverschrijding impliciet de uitzondering van het gemeen recht in de wetsbepaling moet worden gelezen, dan lijkt het logisch dat dit dezelfde uitzondering is.¹¹⁸⁵ Het komt dan de

¹¹⁸¹ Zie voor de NV: art. 526 W.Venn. Bekendmaking van de statuten volstaat natuurlijk niet als bewijs. Zo niet was de ingreep die prokura in essentie is, meteen zonder voorwerp geworden.

¹¹⁸² C. BERTSCH, "La gestion de l'entreprise et la représentation des SA, SPRL et SCRL", 683; N. GEELHAND, "De externe vertegenwoordigingsmacht van de organen van de vennootschap (art. 54, lid 3 en 130, lid 3 Venn.W.). Een rechtsvergelijkende schets m.b.t. de goede en kwade trouw van de derde-medecontractant", *T.R.V.* 1994, 64-65; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 553-554 (die ten onrechte RONSE *contra* noemen); J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 150 en 171-172; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 376; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 651 e.v. In wezen is dit merkwaardig. Het tekstargument is immers sterk: de wettekst bepaalt zeer affirmatief dat beperkingen niet aan derden tegenwerpelijk zijn *ook al* werden ze bekendgemaakt, en van enige uitzondering is geen sprake.

¹¹⁸³ C. BERTSCH, "La gestion de l'entreprise et la représentation des SA, SPRL et SCRL", 683; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 654 (maar vergelijk met p. 653).

¹¹⁸⁴ M. COIPEL, "Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés", 225. De ingenomen standpunten op dit punt zijn vrij divers (en zijn diverser dan in dit bestek wordt weergegeven). Zie hiervoor de in deze en vorige voetnoten aangegeven vindplaatsen.

¹¹⁸⁵ Ook al is die uitzondering voor kritiek vatbaar. Vooral het *behoren te kennen* bovenop *effectieve kennis* maakt de grens met onverkorte toepassing van het publiciteitsregime dun (vergeleijk, wat wijzigingen in de identiteit van de bestuurders betreft, art. 76 W.Venn.). Maar de wetgever maakte deze keuze voor de doeloverschrijding uitdrukkelijk.

rechtsleer niet toe die uitzondering naar eigen goeddunken te boetseren.¹¹⁸⁶ Het enige dat vanuit de logica van het systeem volgt, is dat het niet gaat om kennis van statutaire teksten op zich, maar om kennis van het feit dat de voorgenomen handeling met de teksten in strijd is (zoals ook bij de doeloverschrijding). Dit is een (soms moeilijk te bewijzen) feitenkwestie.¹¹⁸⁷ In sommige gevallen zal de grens tussen kennis van de tekst en kennis van de overschrijding bijzonder klein zijn (als de overschrijding manifest is en/of de derde tot een bepaalde professionele groep behoort¹¹⁸⁸), in andere gevallen kunnen beide sterk uiteenlopen (als de overschrijding bijzonder subtiel is en/of de derde geen bijzondere professionele competenties heeft). Twijfel moet in het voordeel van de derde worden uitgelegd, omdat goede trouw gemeenrechtelijk wordt vermoed.

Wat die uitzondering voor derden die *kennen of behoren te kennen* aantoont, is opnieuw dat statutaire bevoegdheidsgrenzen hun relevantie behouden, zelfs voor de conceptualisering van het *louter externe* optreden van *prokuraorganen*. Statutaire grenzen kunnen ook na 1973 ten aanzien van cruciale derden worden geoperationaliseerd door hen er duidelijk kennis van te geven. Zodra de vrees bestaat dat bestuurders voor een bepaalde verrichting hun statutaire boekje te buiten zullen gaan, volstaat het de potentiële wederpartij(en) hiervan kennis te geven.¹¹⁸⁹ Met duurzame partners (banken, leveranciers, afnemers, adviseurs, enzovoort) is dit nog gemakkelijker, en kan de bevoegdheidsbeperking zelfs meer structureel in de relatie worden ingebed. Een kaderovereenkomst kan naar de statutaire beperkingen verwijzen. De wederpartij kan zich er uitdrukkelijk toe verbinden de statutaire beperkingen te respecteren, en geen medewerking te verlenen aan handelingen buiten bevoegdheid.¹¹⁹⁰ Dit relativeert zelfs de uitspraak

¹¹⁸⁶ Zo ook is het feit dat de uitzondering in Duitsland bestond, een argument om aan te nemen dat een uitzondering impliciet bedoeld was (J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 171), maar bij gebreke aan expliciete tekst niet dat het in alle toepassingsvoorwaarden een exacte kopie van de (op grond van interne Duitse rechtsregels) in Duitsland jurisprudentieel gegroeide uitzondering moet zijn.

¹¹⁸⁷ Die bovendien bijna inherent per transactie en per wederpartij geval per geval moet worden beslecht. Alleen al dit feit relativeert de idee van een absoluut en dwingend extern optredensbereik.

¹¹⁸⁸ F. BOUCKAERT lijkt zelfs van oordeel dat notarissen hoe dan ook op de hoogte moeten zijn van statutaire beperkingen (en hun ambt moeten weigeren als bestuurders de statuten miskennen): F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht*, 328.

¹¹⁸⁹ Een beetje verbeelding levert uiteenlopende casusposities op. In een extreem geval, is het denkbaar dat belanghebbenden (bijvoorbeeld minderheidsaandeelhouders) hun toevlucht zouden nemen tot advertenties in de media om “het publiek” ervan in kennis te stellen dat een door de raad van bestuur overwogen transactie een statutaire beperking miskent.

¹¹⁹⁰ Dit voorbeeld illustreert hier enkel de derdenwerking van statutaire beperkingen op de bevoegdheid van het bestuur. De materie van contractuele afspraken omtrent vertegenwoordiging omvat vooral interessante problemen waar met de medecontractant (bijvoorbeeld de huisbankier) afspraken zouden worden gemaakt die *afwijken* van de statutaire en wettelijke regeling (bijvoorbeeld de statuten bevatten een algemene tweehandtekeningsclausule, maar contractueel wordt bepaald dat enkel welbepaalde bestuurders samen mogen optreden; of er is een bestuurder belast met dagelijks bestuur, maar contractueel wordt bepaald dat zelfs binnen het dagelijks bestuur de handtekening van een tweede bestuurder nodig is). Hierop wordt niet

dat de vertegenwoordigingsmacht van prokuraorganen op *dwingende* wijze in de wet is geregeld. De prokurairegeling is ongetwijfeld van gebiedend of verbiedend recht, in de zin dat de derde op voorhand niet conventioneel afstand kan doen van de rechten die hij ontleent aan zijn *goede trouw*. Maar goede trouw is in deze materie wel degelijk contractueel moduleerbaar. Vennootschap en medecontractant kunnen op voorhand overeenkomen dat laatstgenoemde de statutaire beperkingen kent en zal eerbiedigen. Vertegenwoordigingsmacht wordt dan niet meer *uitsluitend* of *dwingend* op grond van de wet bepaald, maar mede op grond van met derden gesloten overeenkomsten. Van de wettelijke regeling kan, *zelfs wat betreft externe vertegenwoordigingsmacht* worden afgeweken in overeenkomsten met derden.

309. Prokura leidt ertoe dat statutaire beperkingen op een principiële bevoegdheidsverlening niet tegenwerpelijk zijn aan derden. Dit noodzaakt geen conceptuele *summa divisio* tussen uitsluitend wettelijk gecreëerde externe vertegenwoordiging(sorganen) en het contractueel geboetseerd intern bestuur(sorgaan). Vertegenwoordiging steunt op het feit dat bestuurders bij wederkerige rechtshandeling de opdracht kregen om de rechtspersoon te besturen en dus in dat verband de bevoegdheid kregen hem te vertegenwoordigen. Alleen corrigeert de wet bepaalde grenzen die partijen aan die opdracht zouden stellen, in het voordeel van (bepaalde) derden. De lasthebber heeft dankzij dit wettelijke ingrijpen wat meer vertegenwoordigingsmacht dan vertegenwoordigingsbevoegdheid. Dit is geen bezwaar om bestuur blijvend als lastgeving op te vatten. Integendeel. De vaststelling dat extrastatutair optreden door de rechtsorde blijvend als onrechtmatig blijft aangemerkt, en zelfs de externe vertegenwoordigingsmacht van bestuurders ten aanzien van derden die er kennis van hadden of moesten hebben, inperkt, illustreert hoe veel natuurlijker het verklaringsmodel dat op lastgeving steunt, de positieve stof verklaart en ordent.

Zeker nu uit een bondige historische analyse in het volgende punt zal blijken dat het onderscheid tussen het interne en het externe gelaat van de op grond van vertegenwoordiging via lastgeving tot stand gebrachte driepartijenrelatie helemaal niet zo vreemd was aan het klassieke lastgevingsrecht. Maar het bijzonder wettelijke publiciteitsregime voor vennootschappen, leidde tot versterkte – en deels problematische – derdenwerking van statutaire beperkingen. In dat licht bekeken, is prokura misschien eerder een correctie op het wettelijke publiciteitsregime, dan op het gemeen lastgevingsrecht. Dit wordt nu toegelicht.

dieper ingegaan. Zie: A. BENOÎT-MOURY en P. PELTZER, “Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés”, 99 e.v. Omgekeerd, rapporteert (en bekritiseert) F. LÖWENSTEYN dat algemene bankvoorwaarden in Nederland reeds voor de omzetting van de Eerste Vennootschapsrichtlijn vaak bepaalden dat (bepaalde) statutaire beperkingen aan de bank *niet* tegenwerpelijk waren, zelfs niet als ze gepubliceerd werden, tenzij ze aan de bank op een welbepaalde manier ter kennis waren gebracht (F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 203-204).

4.3.3. *Correctie embryonaal aanwezig in gemeen lastgevingsrecht, maar doorkruist door wettelijk publiciteitsregime in vennootschappen*

310. Wat vandaag als het onderscheid tussen bevoegdheid en macht zou worden betiteld, was helemaal niet zo vreemd aan het gemene lastgevingsrecht (*infra* A), zeker niet zoals dit op het soort ruime, openbare en duurzame mandaten die vennootschapsbestuur kenmerkt, werd toegepast (*infra* B). In dat licht bekeken, lijkt de invoering van het prokuraregime meer een correctie op de verhoogde derdenwerking die bevoegdheidsgrenzen dankzij het wettelijke publiciteitsregime in vennootschappen kregen, dan op een heel nieuw mechanisme in het vertegenwoordigingsrecht.

A. Lastgeving in het algemeen: toerekening aan de lastgever altijd al deels geabstraheerd van zijn relatie met de lasthebber

311. Het onderscheid tussen bevoegdheid en macht is helemaal niet vreemd aan het klassieke lastgevingsrecht. Het werd weliswaar niet in die termen omschreven. Maar er is in de relatie tussen de lastgever en de derdemededecontractant altijd al toerekening geweest die was geabstraheerd van de relatie tussen lastgevern en lasthebber. Pas later groeide de karikatuur dat het voor het klassieke lastgevingsrecht conceptueel onmogelijk was de externe relatie anders op te vatten dan als het spiegelbeeld van de interne relatie, en dit meteen meebracht dat alle verwikkelingen tussen lastgever en lasthebber ook derdenwerking hadden.

312. In de eerste plaats – een ietwat oneigenlijk voorbeeld – is een door partijen zelf georganiseerd onderscheid tussen hun interne verhouding en vertegenwoordiging ten aanzien van derden, van alle tijden.¹¹⁹¹ Vaak bestaat een *trade-off* tussen bescherming tegen misbruik door de lasthebber en flexibiliteit in het handelsverkeer. De lastgever kiest niet noodzakelijk enkel voor het eerste. Het is best denkbaar dat de volmacht die de lastgever aan de lasthebber afleverde, om discussie met derden te vermijden, ruimer is dan wat partijen intern afspraken. In dat geval telt voor de derde slechts de volmacht. Die niet-tegenwerpelijheid van intern gehouden afspraken, vinden we al bij POTHIER.¹¹⁹² Ook de (vroeger) fre-

¹¹⁹¹ Het onderscheid tussen bevoegdheid en macht wordt dan wel subtiel. Zie *supra* voetnoot 1173. Het wordt hier vooral om verwarring te vermijden terminologisch gehandhaafd.

¹¹⁹² R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 24 (*Traité des obligations*, nr. 79): “(…) il suffit que le contrat n'excède pas ce qui est contenu dans le pouvoir qu'il a fait apparoir à celui avec lequel il a contracté, et il ne servirait de rien de rapporter un autre pouvoir contenant des instructions secrètes qu'il n'aurait pas suivies. Ce pouvoir secret me donne bien une action en dommages et intérêts contre mon procureur, pour n'avoir pas suivi les instructions secrètes que je lui avais données; mais il ne peut me dégager envers celui avec qui il a contracté en mon nom, conformément au pouvoir apparent qu'il lui a représenté; autrement il n'y aurait aucune sûreté à contracter avec des absens”; en R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, III, 137 (*Traité du contrat de mandat*, nr. 137): “il suffit que le contrat, qu'il a fait avec lui, paraisse renfermé dans la procuration

quent gebruikte *blanc-seign* past in dit kader.¹¹⁹³ Men kan hierin een toepassing van het gemeenrechtelijke veinzingsleerstuk zien. Maar wellicht is dit niet eens nodig. De lastgever *wou* immers de bevoegdheid verlenen om ook buiten interne afspraken te vertegenwoordigen. Hij *wou* vermijden dat een gedetailleerde of complexe volmacht derden afschrikt en zo de economische effectiviteit van de lasthebber kortwiekt, en dus abstraheert hij de volmacht *zelf* tot op zekere hoogte van de interne relatie. De lastgever stelt zich tevreden met andere controlemechanismen: toezicht, aansprakelijkheid, ontslag. Het risico dat hij ten aanzien van derden verbintenissen moet honoreren die hij liever niet had opgenomen, neemt hij erbij.

313. Ten tweede wordt de bevoegdheidsverlening, zelfs als zij in een klassiek verbintenisrechtelijke analyse op de wil van de lastgever steunt, *onvermijdelijk* deels geobjectiveerd en geabstraheerd.¹¹⁹⁴ Toerekening van de rechtshandeling aan de lastgever laten steunen op zijn – eerder gegeven – toestemming, en dus zijn wil, betekent niet dat derden speelbal zijn van alle grillen van die wil.

Dit is al met toestemming in tweepartijenrelaties het geval. Een overeenkomst ontstaat op grond van *wilsovereenstemming*, de gemeenschappelijke wil van partijen.¹¹⁹⁵ Of wilsovereenstemming aanwezig is, is zelfs in een tweepartijenrelatie altijd deels een van de subjectieve wil van partijen geabstraheerd juridisch oordeel.¹¹⁹⁶ Niet alles wat een partij daartegen op grond van zijn individuele subjectieve wilsprocessen inbrengt, is rechtens relevant.¹¹⁹⁷ De verklaringen en gedragingen die de externalisering van zijn subjectieve wil bij de totstandkoming van de overeenkomst uitmaken, zijn voor het recht het primaire aanknopingspunt om uit te maken of, als zij met die van de wederpartij in verband worden gebracht, van wilsovereenstemming sprake was.¹¹⁹⁸ Dat hier een element van *objectivering* mee gepaard gaat, is zelfs binnen een klassiek begrepen verbintenissenrecht onvermijdelijk.¹¹⁹⁹

qu'il lui a fait apparoir, quoique ce mandataire, par des raisons inconnues à celui avec qui il a contracté, ait, en contractant, excédé les bornes de son pouvoir". POTHIER had hier natuurlijk niet enkel (en misschien zelfs niet in de eerste plaats) de hypothese voor ogen waar die discrepantie door partijen bewust was gecreëerd. Er zit ook een luik echte derdenbescherming aan. Zie hierover verder meer.

¹¹⁹³ P. WÉRY, *Le mandat*, 136-137.

¹¹⁹⁴ Vergelijk ook: P. VAN SCHILFGAARDE, *Toerekening van rechtshandelingen*, 102 e.v.

¹¹⁹⁵ Art. 1134 B.W. en art. 1156 B.W. Zie ook: W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 73 en 111.

¹¹⁹⁶ Als de subjectieve wil van één partij al nooit "echt" extern kenbaar is, dan is de *wilsovereenstemming*, de *gemeenschappelijke wil* van twee individuen duidelijk een abstractie. Zelfs zielsverwanten hebben geen gemeenschappelijke wil.

¹¹⁹⁷ Zijn "subjectieve" toestemming wordt beschermd via het gesloten wettelijke systeem van de wilsgebreken (art. 1109 e.v. B.W.). Het is daarbij natuurlijk geen toeval dat die hoofdzakelijk verwijzen naar meer "objectief" vaststelbare wilspathologieën.

¹¹⁹⁸ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 73, 96-97 en 111. *Contra* (deels): L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 43 en 273.

¹¹⁹⁹ De operationalisering van wilsleer en wilsautonomie in het verbintenissenrecht is nooit afhankelijk geweest van het waanbeeld dat verbintenissen een exacte kopie van geestesprocessen

A fortiori geldt dit voor de driepartijenrelatie die bij vertegenwoordigend optreden van de lasthebber centraal staat. Op het ogenblik dat de overeenkomst ontstaat, is er geen “materiële” wilsuiking van de vertegenwoordigde en rekent het recht de rechtshandeling toe op grond van eerder gegeven toestemming.¹²⁰⁰ De vraag of die destijds gegeven toestemming, samen met die van de medecontractant nu, voldoende *wilsovereenstemming* oplevert voor het ontstaan van de overeenkomst, moet per definitie rekening houden met het feit de overeenkomst zoals zij zich nu openbaart, niet in al haar concrete aspecten aan de lastgever gekend was. De lasthebber is geen *nuntius*.¹²⁰¹ Tegelijk leert de lastgever de rechtshandeling *in concreto* pas nadien kennen, wat de kans dat hij puur strategisch bezwaar maakt om in strijd met artikel 1134 B.W. onder het gegeven woord uit te komen, sterk doet toenemen. In dit soort driehoeksrelatie krijgt het element van objectivering inherent aan *elke* constructie van wilsovereenstemming, zelfs binnen de wilsleer, noodzakelijk extra ruimte.

Het klassieke lastgevingsrecht heeft hier altijd al rekening mee gehouden. Het heeft hiertoe een aantal gemeenrechtelijke technieken ter beschikking die toerekening – al steunt ze rechtsdogmatisch op toestemming van de lasthebber – ten aanzien van derden objectiveerde. Een grondige uiteenzetting van dit punt zou ons hier te ver voeren. Maar de belangrijkste zijn: het stilzwijgend of impliciet mandaat (lastgeving is een consensuele overeenkomst), de aanvulling van de overeenkomst met wat gebruikelijk is (art. 1135 en 1160 B.W.), de (desnoods stilzwijgende) bekrachtiging, het vrije bewijs van de bevoegdheidsomvang door de derde, de soevereine appreciatie door de feitenrechter, de interpretatie volgens de gemeenschappelijke bedoeling eerder dan de letterlijke tekst en bij blijvende twijfel uitiem tegen wie bedongen heeft (art. 1156 en 1162 B.W.).¹²⁰²

moeten zijn. Het klassieke privaatrecht gaat er weliswaar om (goede) rechtspolitieke redenen van uit dat het zinvol is bij het bepalen van inhoud en draagwijdte van verbintenissen nauw aansluiting te zoeken bij de wil van de bij de verbintenissen betrokken rechtssubjecten. Maar het houdt hierbij evengoed rekening met het risico van *ex post* opportunistisch gedrag van de partij die onder het gegeven woord uit wil en het niet moeilijk heeft zijn (eerdere) subjectieve geestesprocessen creatief te interpreteren. De *overeenkomst als wet* van de partijen, is de grondslag van het (klassieke) contractuele verbintenissenrecht (art. 1134 B.W.).

¹²⁰⁰ “De vertegenwoordiger vertegenwoordigt, het recht rekent toe”: P. VAN SCHILFGAARDE, *Toerekening van rechtshandelingen*, 27 (voetnoot 2). Zie ook: P.A. FORIERS en L. SIMONT, “Observations sur un revirement de jurisprudence: représentation et responsabilité aquilienne des organes et mandataires de société”, 421.

¹²⁰¹ P. WÉRY, *Le mandat*, 64-65.

¹²⁰² Voorbeelden zijn: R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, III, 121 en 141 (als iemand *vu et su* de zaken van een ander behartigt, moet die laatste worden geacht hiertoe mandaat te hebben gegeven); F. LAURENT, *Principes*, XX, 440 e.v. (voorbeelden van flexibiliteit die de notie “stilzwijgend mandaat” biedt); Cass. 11 april 1929, *Pas.* 1929, I, 154 (onduidelijkheid geldt tegen de lastgever). Over bewijs en interpretatie, zie: Cass. 18 september 1964, *Pas.* 1964, I, 62; B. TIL-LEMAN, *Lastgeving*, 97; P. WÉRY, *Le mandat*, 96-97 en 129-130. Ook het materiële feit dat iemand in het bezit is (art. 2279 B.W.) van (roerende) vermogensbestanddelen van een ander – zeker als die ander ze hem heeft toevertrouwd – en de rechtshandelingen op deze vermogens-

314. Tot slot was zelfs toerekening buiten bevoegdheid gekend. Objectivering van de eerder uitgedrukte wil, zoals net beschreven, blijft rechtsdogmatisch aanhaken bij de toestemming van de lastgever.¹²⁰³ De oefening blijft steunen op – weze het geobjectiveerde – wilsconstructie en bereikt haar limiet waar de lasthebber manifest zijn bevoegdheid overschrijdt. Maar zelfs dit stond in het klassieke lastgevingsrecht niet noodzakelijk toerekening in de weg. Er was altijd al een openlijk luik derdenbescherming aanwezig. Dit is niet eens zo uitzonderlijk, gelet op de structuur van de onderliggende rechtsverhoudingen. De derdemedcontractant is geen partij bij de lastgevingsovereenkomst, en wordt dit ook niet door met de lasthebber te handelen. Zijn toestemming wordt enkel voor de materiële – door de lasthebber gesloten – overeenkomst verleend. De wilsleer verplicht er niet toe hem alle afspraken uit de relatie lastgever-lasthebber te kunnen tegenwerpen, zelfs als hij hiervan geen kennis had of moest hebben. Wie handelt met iemand die beweert lasthebber van een ander te zijn, heeft ongetwijfeld de plicht om zich van die hoedanigheid te vergewissen.¹²⁰⁴ Maar er is geen enkele reden waarom hem hierdoor automatisch alle interne nuances uit een rechtsverhouding waaraan hij vreemd is, kunnen worden tegengeworpen indien hij hiervan geen kennis had of moest hebben.

Dit blijkt duidelijk uit de klassieke bronnen. In de eerste plaats is er het Burgerlijk Wetboek van 1804 zelf. Toerekening in de relatie tussen lastgever en derde is niet steeds de spiegel van bevoegdheid in de relatie tussen lasthebber en lastgever. Vooreerst al omdat, ongeacht het bestaan van vertegenwoordigingsbevoegdheid, en zelfs de contractuele verplichting van de lasthebber om vertegenwoordigend op te treden, er *geen* toerekening zal plaatsvinden indien jegens de derdemedcontractant niet kenbaar was gemaakt dat de persoon met wie hij heeft gehandeld als vertegenwoordiger (en niet voor zichzelf) optrad. Daarnaast omdat de vertegenwoordigingsmacht van de lasthebber ook na het verdwijnen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid voortduurt ten aanzien van derden die van de beëindiging geen kennis hadden of moesten hebben (art. 2005-2009 B.W.).¹²⁰⁵ In wezen is dit slechts een wettelijke toepassing van de opvattingen van POTHIER, voor wie de lastgever gebonden is als de lasthebber om redenen die niet uit de

bestanddelen betrekking hebben, speelt een aanzienlijke rol (vergelijk hierover: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 247).

¹²⁰³ Op de interpretatieve *tiebreaker* van art. 1162 B.W. na.

¹²⁰⁴ Wat niet betekent dat hij zich altijd een geschreven volmacht moet doen voorleggen: Cass. 18 september 1964, *Pas.* 1964, I, 62. Zie ook: A. DANIS-FANTÔME, *Apparence et contrat*, 411 e.v.

¹²⁰⁵ De herroeping (inclusief gedeeltelijke herroeping via nieuwe bevoegdheidsbeperkingen) is niet aan derden tegenwerpelijk indien ze er geen kennis van hadden (art. 2005 B.W.). Ook in andere gevallen van beëindiging moeten de onbevoegd aangegane verbintenissen worden nagekomen ten aanzien van derden te goeder trouw (art. 2009 B.W.). Te goeder trouw zijn derden die van de beëindiging van het mandaat geen kennis hadden of behoorden te hebben: H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 469; P. WÉRY, *Le mandat*, 313. Voor een vroege toepassing, zie: Brussel 24 mei 1859, *Pas.* 1861, II, 349.

volmacht blijken, zijn bevoegdheid overschreed.¹²⁰⁶ POTHIER wordt op dit punt instemmend geciteerd bij LAURENT.¹²⁰⁷

Ook de paragrafen die LAURENT – toch niet gekend voor op billijkheid gestoelde correcties op de letter van de wet – aan het optreden van de lasthebber “*dans la limite de ses pouvoirs*” wijdt, zijn bijzonder instructief. Er blijkt heel wat meer binnen die grenzen te worden begrepen – en dus via vertegenwoordiging toegerekend – dan de karikatuur die later is ontstaan, zou doen vermoeden. Dat de lasthebber zijn contractuele bevoegdheid overschrijdt, zelfs met bedrieglijk oogmerk, staat toerekening voor LAURENT niet noodzakelijk in de weg.¹²⁰⁸ Is dit niet choquerend, vraagt de auteur zich af: “*est-ce que le mandataire donne pouvoir de manquer à ses engagements et de pratiquer des manœuvres frauduleuses*”?¹²⁰⁹ Zijn antwoord luidt:

“L’objection ne tient pas compte de la situation des parties qui sont engagées dans le débat. Il y a des tiers en cause; (...) ils ont traité avec le mandataire par suite de la confiance que leur inspirait le mandant, c’est lui qui leur a dit qu’ils pouvaient contracter en sûreté avec l’homme de son choix; si le mandataire trahit cette confiance, les tiers n’en doivent pas supporter la conséquence, il n’y a pas une ombre de raison pour cela”.¹²¹⁰

Voorwaarde is wel dat derden te goeder trouw waren. Als zij wisten of moesten weten dat de lasthebber in werkelijkheid zonder bevoegdheid handelde, zijn zij niet langer beschermd.¹²¹¹ In de passages gewijd aan optreden *buiten* bevoegdheid treft men inderdaad de algemene regel van niet-verbondenheid scherp gefor-

¹²⁰⁶ Zie *supra* voetnoot 1192.

¹²⁰⁷ F. LAURENT, *Principes*, XXVIII, 58.

¹²⁰⁸ F. LAURENT, *Principes*, XXVIII, 55-56 en 58.

¹²⁰⁹ F. LAURENT, *Principes*, XXVIII, 55.

¹²¹⁰ F. LAURENT, *Principes*, XXVIII, 55-56 (en zie ook p. 58). Het is in deze passage weliswaar niet helemaal duidelijk welke hypothese LAURENT exact voor ogen heeft. Aanvankelijk lijkt het om de contractuele fout van de lasthebber in de uitvoering van een overeenkomst tussen lastgever en derde te gaan. Maar bij nader toezien lijkt het eerder om een contractuele fout van de lasthebber ten aanzien van de lastgever te gaan, waardoor de lasthebber ook de grenzen van zijn mandaat overschrijdt. Hierop wordt niet dieper ingegaan. De geciteerde passage is ook zonder exact antwoord op die vraag illustratief.

¹²¹¹ F. LAURENT, *Principes*, XXVIII, 58-59. LAURENT geeft een opvallend voorbeeld waaruit blijkt dat dit “behoren te weten” voor hem geen formaliteit is. De statuten van een verzekeringsmaatschappij waren in het polisdocument overgenomen. De polis bevatte bovendien een clausule waarmee verzekerden uitdrukkelijk verklaarden van de statuten kennis te hebben genomen. De maatschappij hield voor dat de verzekerden op grond daarvan (minstens) *moesten weten* dat de persoon met wie zij in het kader van een schadelgeval hadden gehandeld (de exacte feiten van de zaak zijn weliswaar niet helemaal duidelijk weergegeven), niet bevoegd was. Toch is voor LAURENT de onbevoegdheid niet noodzakelijk tegenwerpel (p. 60): “*Quel est l’assuré qui a la précaution de lire les statuts, souvent très embrouillés, des compagnies d’assurances?*”.

muleerd aan.¹²¹² Maar blijkbaar zijn op dat ogenblik al een aantal handelingen toegerekend (omdat de derde de exacte grenzen van de bevoegdheid niet kende of moest kennen) die vandaag eerder binnen vertegenwoordigingsmacht dan binnen vertegenwoordigingsbevoegdheid zouden worden genoemd.¹²¹³ Natuurlijk waren ideeën van buitencontractuele aansprakelijkheid vaak niet ver af. Niet enkel de aansprakelijkheid van de lastgever voor eigen fout op grond van artikel 1382 B.W., maar ook zijn foutloze 1384-aansprakelijkheid voor fouten van de lasthebber.¹²¹⁴ Maar de “sanctie” was wel degelijk toerekening van de rechtshandeling, en ook al kon dit als schadevergoeding in natura worden voorgesteld, de grens met vertegenwoordigingsmacht is natuurlijk dun. BAUDRY-LACANTINERIE en WAHL bijvoorbeeld, verbinden de regel dat “*par exception le mandant est tenu des actes excédant les pouvoirs du mandataire si les tiers ont pu et dû croire que ces actes rentraient dans les pouvoirs du mandataire*” met het feit dat de lastgever een fout beging door derden hiervan niet afdoende op de hoogte te brengen.¹²¹⁵ Maar in de daaropvolgende voorbeelden blijkt duidelijk hoe fictief die fout vaak is.¹²¹⁶ In werkelijkheid lijken heel wat van die mechanismen (minstens) voorafspiegelingen te zijn van het later gegroeide onderscheid tussen bevoegdheid en macht.

315. Met de conceptualisering van het schijnmandaat, werden alle hierboven besproken hypothesen nadien een beetje op één hoopje gegoooid.¹²¹⁷ Het is hier

¹²¹² F. LAURENT, *Principes*, XXVIII, 65 e.v. Zie bij voorbeeld ook, in de *Pandectes Belges*, “Mandat (contrat de)”, deel 61 (1898) vanaf p. 1075 (nr. 2811 e.v.).

¹²¹³ Dit verklaart ook waarom bij LAURENT het deel over buiten bevoegdheid gestelde handelingen bijna volledig gaat over bekrachtiging van handelingen waarvan *ab initio* voor iedereen duidelijk was dat ze buiten de bevoegdheid vielen. In tijden van mobiele telefonie en e-mail verliest men makkelijk het praktisch belang uit het oog van een regeling voor handelingen die door lasthebber en derde-medecontractant *bewust* buiten de beperkingen van het mandaat gesteld werden. Even met de lastgever overleggen was vaak geen optie. Vandaar de naar huidige normen wat eigenaardige geformuleerde regel van art. 1997 B.W. Wie handelt er nu bewust met een lasthebber buiten diens mandaat? Wellicht de medecontractant die de zaak niet aan zijn neus wil laten voorbijgaan in afwachting van nieuwe instructies. Hij speculeert dan op bekrachtiging nadien maar heeft als die uitblijft (en behoudens andersluidend beding) geen verhaal, ook niet op de lasthebber. Doordat het vandaag veel makkelijker is om snel uitdrukkelijk bijkomend mandaat vragen, komt de categorie van buiten bevoegdheid gestelde handelingen bijna automatisch in de zone van contractspathologieën terecht. Dit was niet steeds het geval.

¹²¹⁴ F. LAURENT, *Principes*, XXVIII, 55-56 en 58. Men mag ook niet vergeten dat het B.W. de lasthebber er in wezen toe verplicht aan derden voldoende kennis van zijn volmacht te geven (art. 1997 B.W.).

¹²¹⁵ G. BAUDRY-LACANTINERIE en A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3e uitgave, Parijs, Siréy, 1907, XXIV, 414-415.

¹²¹⁶ Zo, opnieuw het (aan POTHIER ontleende) voorbeeld van de lasthebber die met één volmacht twee keer hetzelfde bedrag ontleent bij twee verschillende partijen. Zo ook indien de functie van de lasthebber naar zijn aard bepaalde bevoegdheden meebrengt. Zie ook in deze zin: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 226-227.

¹²¹⁷ Treffend geïllustreerd bij: M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, XI, 857-589 en, in navolging daarvan, H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 443-445. Onder het titeltje “*mandat apparent*” komen alle hierboven behandelde nuances postvatten, die in de oudere

niet de plaats om de vele vragen die dit oproept, te behandelen. Wel lijkt duidelijk dat de werkelijkheid hierdoor nadien wat simplistisch werd voorgesteld. Niets zo nuttig als tegenstelling om een nieuw concept te promoten. Vandaar misschien de opvatting dat het “moderne” schijnmandaat een noodzakelijke correctie was op het “klassieke” lastgevingsrecht, omdat dit geen onderscheid tussen de externe en de interne relatie maakte, en daardoor alle perikelen uit de relatie lasthebber-lastgever aan derden tegenwerpelijk zouden zijn geweest.

Die scherpe dichotomie steunt echter meer op een conceptuele oefening dan op historische realiteit. Het klassieke lastgevingsrecht heeft toerekening in de relatie lastgever-derdemedcontractant altijd tot op zekere hoogte geabstraheerd van de relatie lasthebber-lastgever. Dit inzicht krijgt nog extra kleur in het geval van vennootschapsbestuur, zoals nu wordt toegelicht.

- B. Vennootschapsbestuur: toerekening buiten interne bevoegdheidsgrenzen oorspronkelijk nog sterker aanwezig, maar beïnvloed door wettelijk publiciteitsregime

316. Dit besluit over lastgeving in het algemeen, is belangrijk voor een goed begrip van de rol van beperkingen aan de bestuursbevoegdheid in vennootschappen. Hier is in de klassieke bronnen nog duidelijker dat grenzen die derden niet kenden of moesten kennen, niet noodzakelijk toerekening via vertegenwoordiging in de weg stonden. Lastgeving kan een breed palet aan opdrachten omvatten, van *ad hoc* lastgeving voor één zeer welomschreven rechtshandeling¹²¹⁸, tot langdurige en zeer ruime mandaten (art. 1987-1988 B.W.). In het eerste geval zullen derden meestal niet handelen zonder voorlegging van een geschreven volmacht, zodat duidelijk in die volmacht opgenomen bevoegdheidsgrenzen automatisch blijken. Het zal moeilijk zijn voor te houden de medecontractant die grenzen niet kende of behoorde te kennen. In het laatste geval krijgt de lastgevingsrelatie vaak een zeker openbaar en duurzaam karakter. Ze groeit uit tot een functie. Dit beïnvloedt de manier waarop het kenbaarheidsvereiste bij derden wordt ingevuld. Net in dit soort gevallen, neemt de objectivering van de grenzen van het mandaat in de klassieke bronnen de hoogste vlucht.

317. Op meest fundamenteel niveau gaat dit terug op de traditie van de *préposition*. Zoals eerder toegelicht, was dit een rechtsfiguur met veel meer inhoud dan wat er in de letterlijke tekst van het Burgerlijk Wetboek van overbleef (art. 1384, lid 3 B.W.). Bij POTHIER leidde ze, zelfs waar de *préposé* in eigen naam optrad, tot accessoire verbondenheid van de *commetant* voor rechtshandelingen die betrek-

werken meer verspreid werden behandeld. Wel wordt tegelijk de gemeenschappelijke noemer in de *fout van de lastgever* gezocht, wat een beetje kort door de bocht was en nadien tot kritiek (en verdere evolutie) aanleiding gaf.

¹²¹⁸ En de duidelijk in de volmacht opgenomen bevoegdheidsgrenzen dus onmiddellijk blijken aan de derde die normaal in dit soort gevallen niet zal handelen zonder volmacht te vragen.

king hebben “aux affaires auxquelles il l’a préposé”.¹²¹⁹ De grondslag hiervoor blijft voor POTHIER de wilsleer: de aansteller wordt geacht op voorhand zijn toestemming te hebben gegeven voor alle contracten die de aangestelde met betrekking tot de zaken waarover hij was aangesteld zou aangaan. De link met het stilzwijgende mandaat, en de manier waarop dit in de 19e eeuw werd gebruikt om geobjectiveerde toerekening tot stand te brengen, is duidelijk.¹²²⁰ Zeker in handelszaken leidde dit tot een objectivering van de grenzen van het mandaat. Wiens lastgeving uitgroeide tot een *functie* (“bediening”) – wat op grond van artikel 1987 B.W. perfect mogelijk was – werd geacht voor de zaken waarover hij was aangesteld (desnoods stilzwijgend) mandaat te hebben. Het openlijke en duurzame karakter hielp om te bepalen wat derden over de grenzen van het mandaat wisten of moesten weten. Beperkingen – vooral dan als zij ongebruikelijk zijn – moesten dan actief onder de aandacht van derden worden gebracht, eer zij hen tegenwerpelijk zijn. Het volstond niet ze tussen partijen af te spreken.

318. Dit wordt treffend geïllustreerd aan de hand van het bestuursmandaat in handelsvennootschappen.¹²²¹ POTHIER start de analyse met het klassieke uitgangspunt dat, om de vennootschap te verbinden, diegene die heeft gecontracteerd “ait le pouvoir d’obliger (...)”.¹²²² Maar hij vervolgt:

Pour que l’un des associés ait ce pouvoir, il faut, ou que ses associés lui aient donné expressément ou tacitement le pouvoir d’administrer les affaires de la société, ou que celui, qui a contracté avec lui, ait eu sujet de croire qu’il avait ce pouvoir.

Wanneer is dit nu het geval? Vooreerst als de vennoot in kwestie al eerder openlijk en duurzaam voor de vennootschap optrad op het ogenblik dat hij de betwiste overeenkomst sloot. De overeenkomst verbindt dan de vennootschap *zelfs indien de vennoot formeel van het bestuur uitgesloten was door een statutaire clause*. Dit is volgens POTHIER het gemakkelijke geval: doordat de vennoot in kwestie “vu et su” optrad, is er stilzwijgend mandaat.¹²²³ Een tweede hypothese noemt hij moeilijker: de vennoot in kwestie had *nog niet* de gewoonte openlijk voor de vennootschap op te treden *én* was door een uitdrukkelijke statutaire clause van het

¹²¹⁹ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 141 e.v. (*Traité des obligations*, nr. 448 e.v.). Als de *préposé* in naam van de *commettant* optreedt, verbindt hij enkel die laatste (p. 142, nr. 449).

¹²²⁰ Zie voor een voorbeeld: F. LAURENT, *Principes*, XXVII, 442-443 (met, uit een Frans cassatie-arrest dat toepassing maakt van het stilzwijgend mandaat, uitdrukkelijk de woorden “*mandataire ou institrix*”).

¹²²¹ Het verband tussen het bestuursmandaat en *préposition* (of institorschap) werd eerder meer uitgebreid belicht. Zie *supra* p. 200 e.v.

¹²²² R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, II, 425 (*Traité du contrat de société*, nr. 98). Alle verwijzingen en citaten die volgen komen uit hetzelfde randnummer.

¹²²³ Zie ook: R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, III, 120 (*Traité du contrat de mandat*, nr. 29): “*car toutes les fois que je fais, au vu et au su de quelqu’un, quelqu’une de ses affaires, il est censé, par cela seul, intervenir entre nous un contrat de mandat, par lequel il me charge de cette affaire*”. Zie ook p. 141 (nr. 99 *in fine*).

bestuur uitgesloten. Men zou tegen de derde kunnen inroepen, zegt POTHIER, dat hij zich had moeten informeren over de bevoegdheid van de vennoot met wie hij handelde, aangezien die voorheen niet “*vu et su*” voor de vennootschap optrad. Maar zelfs dit argument overtuigt POTHIER niet. Uit artikel 7 van titel IV van de Code Savary (huidig art. 204 W.Venn.)¹²²⁴, leidt POTHIER af dat “*chacun des associés doit être présumé avoir ce pouvoir, tant que le contraire n’est pas connu*”. Hij besluit:

La raison est, qu’étant d’usage dans les sociétés de commerce, que les associés se donnent réciproquement le pouvoir de contracter et de faire les affaires de la société les uns pour les autres, celui qui a contracté avec l’un des associés, a eu un juste sujet de croire que cet associé avait ce pouvoir, lorsque la clause du contrat de société, qui lui ôte ce pouvoir, ne lui était pas connue, ni dans le public.¹²²⁵

Om POTHIER’s woorden correct te interpreteren, is het cruciaal om weten dat hij schreef in een tijd waar publicatie van vennootschapsaktes niet gebruikelijk was.¹²²⁶ Vandaar dat het in deze passage niet eens om exotische of verwarrende beperkingen op een principiële bestuursbevoegdheid gaat. Zelfs de makkelijk te lezen clausule die bepaalde vennoten van het bestuur uitsloot, was niet noodzakelijk aan derden tegenwerpelijk tenzij de vennootschap zekere initiatieven nam om dit feit aan het publiek kenbaar te maken (en tenzij de derde ze effectief kende).

319. Dit verband met publiciteit vindt uitgebreid ondersteuning bij TROP-LONG.¹²²⁷ Ook TROP-LONG vertrekt van de vaststelling dat wie voor de vennootschap optreedt, hiertoe “*le pouvoir*” moet hebben gekregen.¹²²⁸ Maar de *baseline* is wel dat het vennootschapscontract voor elke vennoot mandaat meebrengt om te besturen en de vennootschap aangaande dit bestuur ten aanzien van derden te verbinden.¹²²⁹ In burgerlijke vennootschappen beperkt deze vertegenwoordi-

¹²²⁴ Zie *supra* p. 215 e.v.

¹²²⁵ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, II, 426. De misschien wel meest krachtige (en deels overtrokken) verwoording van het onderliggende principe kwam uit de mond van BOUTTEVILLE, tijdens de voorbereiding van de *Code civil* (met betrekking tot een ander, maar verwant punt): “*le tiers qui contracte avec les associés [est] toujours censé ignorer leurs conventions particulières*”. J. LOCRIÉ, *Législation civile*, VII, 251 (nr. 18 van het Rapport BOUTTEVILLE voor het Tribunaat).

¹²²⁶ De Code Savary van 1673 had weliswaar een schuchtere aanzet tot publiciteit gegeven, maar was op dit punt in onbruik gevallen, zoals POTHIER zelf aangeeft.

¹²²⁷ R. TROP-LONG’s *Du contrat de société* uit 1843 wordt hier gebruikt als referentie voor het vennootschapsrecht van vóór de golf van afzonderlijke vennootschapswetten in de tweede helft van de 19e eeuw. België was toen onderworpen aan dezelfde bepalingen van het Wetboek van koophandel (1807) als Frankrijk. Zie: R. TROP-LONG, *Du contrat de société*, (voor de hier behandelde vraag vooral) 291-292 (nrs. 807-812).

¹²²⁸ R. TROP-LONG, *Du contrat de société*, 289 (nr. 805).

¹²²⁹ Toenmalig art. 1859, 1° B.W. (art. 36, 1° W.Venn.). Deze suppletieve en gewoonterechtelijk gegroeide regel mag gerust één van de eerste fundamentele regels van vennootschapsrecht worden genoemd (en was een toepassing van lastgevingsbeginselen). Dit werd eerder uitvoerig

gingsbevoegdheid zich bij gebreke aan uitdrukkelijke bepaling misschien tot daden van beheer *stricto sensu*.¹²³⁰ In handelsvennootschappen, daarentegen, strekt dit mandaat zich uit tot “*toutes les fins légitimes de leur société*”, tot, “*toutes les obligations quelconques qui rentrent dans le but social*”.¹²³¹ Deze bevoegdheid, herhaalt TROP LONG, “*résulte suffisamment, au regard des tiers, du fait même de l’association en nom collectif. Les tiers, qui ont contracté avec l’associé sous la foi de cette signature, doivent être tranquilles; la sûreté du commerce l’exige impérieusement*”.¹²³² TROP LONG voegt hier vervolgens uitdrukkelijk aan toe dat in handelsvennootschappen een bevoegdheidsoverschrijding van het stilzwijgende mandaat in de relatie tussen vennoten, niet noodzakelijk toerekening in de weg staat “*dans les rapports de la société collective avec les tiers*”.¹²³³ Maar een uitdrukkelijke statutaire clausule, kan dit mandaat aan (een of meer) vennoten onttrekken en, hoewel dit een “*clause extraordinaire*”¹²³⁴ is, werkt zij door naar derden. Wat blijkt echter? Derden ondergaan deze doorwerking niet zozeer als gevolg van de traditionele lastgevingsregels, maar wel “*au moyen du système de publicité adopté par la loi moderne*”.¹²³⁵ Vóór de ontwikkeling van dit publiciteitsstelsel lagen de zaken immers anders:

On tenait (...) comme non avenues pour les tiers les réserves extraordinaires, qui modifiaient l’étendu du mandat réciproque que l’association collective attribue de plein droit à chaque associé pour obliger la société: ces réserves étaient considérées comme un règle des associés entre eux, et non comme une loi fait pour les tiers auxquels on l’avait laissé ingérer.¹²³⁶

toegelicht (*supra* p. 203 e.v.). “*Pour restreindre ou effacer ce pouvoir, une convention expresse est nécessaire (...). Ces idées sont vulgaires dans la pratique et dans la doctrine*”, schrijft TROP LONG: R. TROP LONG, *Du contrat de société*, 291 (nr. 807).

¹²³⁰ Wat echter ook inhoudt: kopen, verkopen, betalen, verhuren, enzovoort (R. TROP LONG, *Du contrat de société*, 261, nr. 714). Zie ook *supra* voetnoot 1143.

¹²³¹ R. TROP LONG, *Du contrat de société*, p.291 (nr. 809). Zie ook: P. NAMUR, *Le code de commerce belge révisé*, II, 77 (“*en général, le gérant représente la société dans ses rapports avec les tiers et peut faire tous les actes nécessaires pour atteindre le but social, car c’est précisément en cela que consiste l’administration dont il est chargé*”).

¹²³² R. TROP LONG, *Du contrat de société*, p.291 (nr. 809).

¹²³³ “[Ce] serait un entrave pour le crédit; elle empêcherait les tiers de traiter avec la société, par la crainte d’actions en révocation et en nullité (...) Il faudrait douter sans cesse, dans des affaires qui ne prospèrent que par leur confiance”: R. TROP LONG, *Du contrat de société*, 291 (nr. 810).

¹²³⁴ R. TROP LONG, *Du contrat de société*, p.292 (nr. 812).

¹²³⁵ R. TROP LONG, *Du contrat de société*, p.292 (nr. 812).

¹²³⁶ R. TROP LONG illustreert dit met een zaak uit 1635, over een vennootschapsakte waarin uitdrukkelijk werd bepaald dat de zaakvoerder (een zekere Captan) niet boven een bepaald bedrag mocht ontfangen. De andere vennoot werd niettemin veroordeeld voor het hogere bedrag dat met bevoegdheidsoverschrijding werd ontfangen. R. TROP LONG: “*Quant à la clause prohibitive, ce n’est, ajoutait-on, qu’une mesure pour tenir Captan en bride; mais elle ne peut nuire aux créanciers, auxquels elle est inconnue (...). Cette décision est excellente*” (p. 292, nr. 812). LAURENT behandelt een ander, maar verwant punt volgens dezelfde principes. Zie F. LAURENT, *Principes*, XXVI, 323-325. Op grond van art. 1859 B.W. behield elke vennoot, bij gebreke aan uitdrukkelijke bestuursregeling, het recht om zich *voorafgaandelijk* te verzetten tegen eender welke individuele bestuursdaad, in het bijzonder rechtshandelingen met derden.

320. Er was dus een duidelijk verband tussen niet-toerekening op grond van onbevoegdheid van een bestuurder en kennis of kenbaarheid van die onbevoegdheid bij derden. Het bijzonder wettelijke publiciteitsregime, kwam die kenbaarheid echter beïnvloeden. Dit besef is nog sterk aanwezig bij de eerste Belgische commentatoren van de Vennootschappenwet van 1873.¹²³⁷ Die invloed werkt niet steeds in het voordeel van derden, aangezien zij zonder bijzonder wettelijk publiciteitsregime niet noodzakelijk elk hoekje en kantje van de statutaire vertegenwoordigingsregeling kenden of *moesten* kennen. Dit inzicht ging later wat verloren. De *negatieve* sanctie die de wet oorspronkelijk vooral aan publiciteit verbond (de niet-tegenwerpelijke van *niet* gepubliceerde gegevens), kreeg voor vertegenwoordiging geleidelijk een even sterk *positief* luik (de tegenwerpelijke van *wel* gepubliceerde gegevens).¹²³⁸ Het parallelisme met publiciteit van overdracht van onroerende zakelijke rechten is immers zeer aanlokkelijk: bekendmaking creëert een wettelijk en dus onweerlegbaar vermoeden van kennis.¹²³⁹ Voor wie de redenering naar vennootschappen doortrekt, wordt het argument uit onwe-

De vennoot die, niettegenstaande het veto, toch handelt, overschrijdt zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid: "(...) *il a agi sans droit. Cela n'est pas douteux dans les rapports des associés entre eux*". Maar de handeling is niettemin geldig ten aanzien van de derde die het verzet niet kende of moest kennen: "*Pour que le tiers soit lié par l'opposition, il faut qu'il la connaisse; s'il l'ignore, ils se trouve en face d'un associé qui a le droit d'agir à son égard; donc l'acte doit être valable quant à lui*". Zie ook, voor hetzelfde resultaat: R. TROPLONG, *Du contrat de société*, 265-266 (nr. 728).

¹²³⁷ A. DE VOS, *Commentaire*, I, 150 ("*Telle était l'opinion des anciens auteurs. Nous n'ignorons pas que la doctrine française tend à faire prévaloir le principe de la liberté des conventions même au regard des tiers, depuis que la loi de 1867 a reconnu plus d'importance au régime de la publicité*"; J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, I, 383 en 401 ("*C'est la conséquence de la publicité prescrite par l'article 7 de la loi*"; P. NAMUR, *Le code de commerce belge révisé*, II, 69 en 76. In België werden vóór de Vennootschappenwet van 1873 enkel de aktes van naamloze vennootschappen in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd. De (uittreksels uit) aktes van andere vennootschappen werden enkel neergelegd op de griffie.

¹²³⁸ Zie art. 11 en 12 *in fine* Vennootschappenwet 1873 voor de oorspronkelijke wettekst. Illustreert dat dit onderscheid niet illusoir is, met betrekking tot de vraag of de bestuurder die buiten bevoegdheid handelde zichzelf persoonlijk verbond: A. DE VOS, *Commentaire*, II, 187 ("*les administrateurs qui ont donné aux tiers avec lesquels ils ont traité une connaissance suffisante de leurs pouvoirs ne sont pas responsables, mais cette connaissance ne peut résulter uniquement de la publicité donnée aux statuts*"). Illustratief voor de evolutie op dit vlak, lijkt een vergelijking tussen de tweede en de derde uitgave (bewerkt door BENOÎT-MOURY en GRÉGOIRE) van het klassieke werk van RESTEAU over de NV. In de tweede uitgave wordt de opvatting van DE VOS nog onderschreven, in de derde verdwijnt deze passage. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 2e uitgave, II, 99-100 en C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 3e uitgave, II, 132.

¹²³⁹ Zeer duidelijk uitgewerkt bij: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 381-383. VAN GERVEN werkt dit principe enkel expliciet uit voor onroerende goederen, maar had eerder (p. 380) vennootschapsaktes in deze categorie van bekendmakingsvoorschriften (namelijk zij die met tegenwerpelijke zijn verbonden) ingedeeld. Hij besluit terecht dat de bekendmaking de rechtshandeling een *hogere* graad van tegenwerpelijke verleent dan op grond van het gemeenrecht kon worden verkregen, namelijk "*ongeacht – hierin ligt het verschil met het gemeenrecht – de bekendheid van de derde met de betrokken rechtshandeling; deze bekendheid wordt immers bij wet verondersteld*" (p. 383). Dit besluit is zo transposeerbaar op de statutaire vertegenwoordigingsregeling.

tendheid waarover de derde gemeenrechtelijk beschikte, onmogelijk.¹²⁴⁰ Zelfs een argument op grond van het (intussen sterk ontwikkelde) schijnmandaat wordt moeilijk, aangezien publiciteit door de wet is voorgeschreven en openbare toegankelijkheid is gegarandeerd.¹²⁴¹ Dit argument tegen derden die niet de moeite namen effectief de publieke registers te consulteren, werd er bovendien met opeenvolgende wijzigingen van de vennootschappelijke publiciteitsregels niet zwakker op.¹²⁴²

Het is dan in wezen niet meer dan normaal dat op zulk systeem kritiek komt. Zeker tot voor recente vooruitgang in informatie- en communicatietechnologie was kennis als gevolg van wettelijke bekendmaking vaak bijzonder formeel en theoretisch. Dit opent mogelijkheden om derden via allerlei ongebruikelijke beperkingen te verschalken, op een wijze die zeker voor openbare en duurzame mandaten gemeenrechtelijk niet mogelijk was geweest. Het regime is niet *incompatibel* met hoe een wettelijke toepassing van lastgevingsbeginselen er kan uitzien. Het geeft een welbepaalde – zeer strikte – wettelijke invulling aan het “behoren te weten” bij derden. Alleen is dan duidelijk dat wettelijke publiciteit de gemeenrechtelijke derdenwerking van lastgeving op het stuk van bevoegdheidsbeperkingen *aanscherpt*.¹²⁴³ Als prokura vervolgens de scherpste kantjes opnieuw afvijlt, is dit geen reden om de conceptuele revolutie tegen lastgeving uit te roepen. Bevoegdheidsbeperkingen blijven mogelijk én zijn aan derden tegenwerpelijk indien zij de overtreding ervan kenden of moesten kennen, maar de wettelijk

¹²⁴⁰ Zie onder meer: J.-M. MARX, *De la responsabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes*, Brussel, Larcier, 1932, 129; J. RONSE en K. VAN HULLE, “Overzicht van rechtspraak (1968-1977): Vennootschappen”, *T.P.R.* 1978, 746. Zie ook verdere verwijzingen bij: B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 701, voetnoot 724. TILLEMANN lijkt deze opvatting *de lege lata* te delen, maar heeft er tussen de lijnen (beleidsmatige) bedenkingen bij. Andere auteurs zijn kritischer: zie S. RUTTEN, “Commentaar bij art. 76 W.Venn.”, 10 en de verwijzingen daar. Hiervan te onderscheiden, is de vraag of gepubliceerde gegevens als wettelijk vermoeden spelen in heel andere rechtsdomeinen waarin kennis ervan toevallig relevant kan zijn (terecht ontkennend beantwoord in: Cass. 5 mei 1976, *Pas.* 1976, I, 957).

¹²⁴¹ B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 724. Zie voor een kritische bespreking: A. DANIS-FANTÔME, *Apparence et contrat*, 402 e.v.

¹²⁴² Oorspronkelijk bleek de statutaire bevoegdheidsregeling immers (meestal) niet uit dezelfde publicatie als de bestuursbenoeming (behalve waar het bestuur nog lag bij de in de oprichtingsakte met naam aangeduide vennoten/ bestuurders). Men kon dus in zekere zin nog de klassieke leer van POTHIER toepassen, en zeggen dat derden op de publicatie van de benoeming mochten afgaan (“*le pouvoir qu’il a fait apparoir*”) waarin de statutaire beperkingen niet staan aangegeven (*supra* voetnoot 1192). Opeenvolgende wijzigingen van de vennootschapenwet (in het bijzonder na de Eerste Vennootschapsrichtlijn) hebben de publiciteitsregels dichtgetimmerd, met als (voorlopig) eindstadium het nieuwe art. 74, 2°, laatste lid W.Venn. waardoor voor *alle* vennootschappen (met rechtspersoonlijkheid) in de publicatie van de benoeming ook de *bevoegdheidsomvang* moet worden aangegeven. Door de codificatiesystematiek is deze bepaling nu algemeen, en moet de principiële tegenwerpelijkheid ervan (art. 76 W.Venn.) er voor prokuravenvennootschappen op grond van verdere wetsartikelen als *lex specialis* worden uitgelezen.

¹²⁴³ Dit besef lijkt grotendeels verloren te zijn gegaan in de huidige visie dat publiciteit tot doel heeft derden te beschermen. Maar wettelijke bekendmaking organiseert kenbaarheid objectiever, wat ook de vennootschap heel wat voordelen biedt. Zie ook *supra* voetnoot 1088.

georganiseerde publiciteit alleen volstaat niet als bewijs. In zekere zin brengt ons dit opnieuw *dichter* bij een toepassing van het gemene lastgevingsrecht in vennootschappen, zoals dit uit de klassieke bronnen naar boven komt. Vanuit die optiek bekeken lijkt de prokuraregeling meer op een bijzondere correctie op het wettelijke publiciteitsregime, zoals dit geleidelijk werd geïntepreteerd, dan op het gemeen lastgevingsrecht.

4.3.4. Besluit

321. Het in 1973 in het Belgische recht ingevoerde prokuraregime levert weinig problemen op om bestuurders blijvend als lasthebbers van de rechtspersoon te kwalificeren. Als gevolg van een bijzonder wettelijk ingrijpen worden bepaalde clausules uit de contractuele relatie in bepaalde rechtspersoonsvormen en ten voordele van bepaalde derden voor niet geschreven gehouden. Dit is geen conceptuele doodsteek voor bestuur als lastgeving. Het levert bovendien weinig ammunitie voor het alternatief dat de orgaantheorie is. Enerzijds omdat de orgaantheorie als algemene regel statutaire bevoegdheidsgrenzen evengoed respecteert. Anderzijds omdat de prokuraregeling pas lang na receptie van de orgaantheorie, en als uitzondering wat betreft de rechtspersonen en de organen waarop zij van toepassing is, wettelijk werd ingeschreven. Prokura past dus absoluut niet binnen de kernaanspraken van de orgaantheorie als inherent noodzakelijk en uniform rechtspersoonlijk mechanisme *sui generis*. Uit nader onderzoek bleek bovendien dat prokura inhoudelijk helemaal niet de revolutie tegen lastgeving uitroept. Het systeem wordt best begrepen als nuance op het onderliggende lastgevingsregime. Bestuurders ontleen hun externe rol in de eerste plaats aan hun contractuele vertegenwoordigingsbevoegdheid. Maar sommige contractuele afspraken zijn niet tegenwerpelijk aan sommige derden enkel en alleen op grond van hun publicatie. Die nuance tussen toerekening in de relatie met derden, en de contractuele verbintenissen tussen lasthebber en lastgever, ligt evengoed besloten in het klassieke lastgevingsrecht. Zeker zoals het oorspronkelijk werd toegepast op ruime, openbare en duurzame mandaten, bijvoorbeeld bij vennootschapsbestuur. Het wettelijke publiciteitsregime leidde echter tot sterk versterkte derdenwerking van interne bevoegdheidsafspraken. Prokura kan dan best als een correctie op de scherpste kantjes van dit wettelijke publiciteitsregime worden begrepen.

BESLUIT VAN DEEL 3

322. Rechtshandelingen zijn het voornaamste juridische instrument waarmee het doel van de rechtspersoon in het maatschappelijke verkeer wordt nagestreefd. Een juridisch mechanisme dat toerekening van rechtshandelingen door mensen verricht, aan het immateriële rechtssubject dat de rechtspersoon is, mogelijk maakt, is dan ook onontbeerlijk. Bestuurders hebben de opdracht het doel van de rechtspersoon te realiseren. Hun rechtsverhouding met de rechtspersoon moet dan ook een juridische grondslag bieden die zo een toerekeningsmechanisme activeert en omkadert. In dit deel werd aangetoond dat vertegenwoordiging op grond van lastgeving tot vandaag het beste model blijft om dit te begrijpen.

In Hoofdstuk 1 bleek dat kwalificatie als vertegenwoordiging van het juridische mechanisme voor toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersoon naar aanleiding van bestuursoptreden, vandaag buiten kijf staat.¹²⁴⁴ Noch kleurrijke beeldspraak over incarnatie, noch de vermeend radicaal eigen aard van de rechtspersoon, bewijzen dat de orgaantheorie hieraan iets toevoegt. Hiermee is in een verklaringsmodel dat eenvoud waardeert¹²⁴⁵, meteen een eerste belangrijk punt gescoord voor lastgeving.

Hoofdstuk 2 bevestigde lastgeving als positiefrechtelijk meest voor de hand liggende juridische grondslag voor activering van het vertegenwoordigingsmechanisme in rechtspersoonlijk verband.¹²⁴⁶ De verhouding tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders is positiefrechtelijk zeer compatibel met de lastgevingsovereenkomst.¹²⁴⁷ Historisch is lastgeving de juridische motor voor de ontwikkeling van het externe leven van vennootschappen en zo zelfs van het rechtspersoonlijkheidsbegrip zelf.¹²⁴⁸ Die analyse werd niet omgegooid door artikel 13 van de Vennootschappenwet van 1873 of door artikel 61 § 1 van het Wetboek van Vennootschappen.¹²⁴⁹ Zij geven geen wettelijke grondslag aan de orgaantheorie als alternatieve constructie.

In Hoofdstuk 3 wordt het perspectief dan omgekeerd.¹²⁵⁰ Gebruik van een algemene rechtsfiguur in een specifiek toepassingskader zal altijd wel aanleiding

¹²⁴⁴ Zie *supra* p. 175 e.v.

¹²⁴⁵ Met name het principe van Ockham's scheermes of ook de *lex parsimoniae*. Zie *supra* voetnoot 288.

¹²⁴⁶ Zie *supra* p. 187 e.v.

¹²⁴⁷ Zie *supra* p. 189 e.v.

¹²⁴⁸ Zie *supra* p. 194 e.v.

¹²⁴⁹ Zie *supra* p. 227 e.v.

¹²⁵⁰ Zie *supra* p. 241 e.v.

geven tot bepaalde eigenheden. Maar is dit *in casu* aanleiding om vertegenwoordiging via lastgeving als traditionele, eenvoudige en positiefrechtelijk goed ingeburgerde grondslag te verwerpen? Hiertoe werd ingegaan op vier potentiële probleemgebieden die als wetenschappelijk meest uitdagend werden aanvoeld. De aanwezigheid van prestaties die geen vertegenwoordigingshandelingen zijn, bleek niet van aard om het bestaan van een vertegenwoordigingsopdracht te ontzenuwen.¹²⁵¹ De belangrijke rol die de wet aangaande bestuur in rechtspersoonlijk verband speelt, was geen bezwaar voor de conventionele grondslag van de bestuursopdracht.¹²⁵² Het bijzonder wettelijke regime van openbaarmaking en derdenwerking van de bestuurshoedanigheid (begin en einde van de bestuursopdracht) was op fundamenteel niveau niet incompatibel met lastgeving, en bleek bovendien veel beter ingebed in het gemeen lastgevingsrecht dan vaak wordt aangenomen.¹²⁵³ En hetzelfde gold voor het bijzondere prokuraregime aangaande bevoegdheidsgrenzen dat in sommige rechtspersoonsvormen van toepassing is.¹²⁵⁴ Deze vier bezwaren wogen als fundamentele uitdaging aan het adres van lastgeving te licht.

323. Als juridische constructie moest de orgaantheorie bewijzen waarom de positieve rechtsstof die het rechtspersoonlijke optreden via bestuursorganen beheerst, beter begrepen, verklaard en toegepast kan worden met behulp van organieke incarnatie *sui generis* dan met het klassieke model van ons privaatrecht dat hiervoor op vertegenwoordiging via lastgeving steunt. Het besluit van dit Deel 3 luidt dat zij hier wat betreft toerekening van rechtshandelingen niet in slaagt.

¹²⁵¹ Zie *supra* p. 242 e.v.

¹²⁵² Zie *supra* p. 247 e.v.

¹²⁵³ Zie *supra* p. 262 e.v.

¹²⁵⁴ Zie *supra* p. 281 e.v.

DEEL 4

**ONRECHTMATIGE DADEN:
BESTUUR ALS AANSTELLING**

324. Het tweede grote domein waarin de orgaantheorie aanspraak maakt op een rechtsdogmatische hoofdrol, is dat van de “toerekening” van onrechtmatige daden aan de rechtspersoon.¹²⁵⁵ Organieke incarnatie moet ertoe leiden dat – volgens een juridisch mechanisme dat conceptueel identiek is aan dat voor toerekening van rechtshandelingen – de onrechtmatige daad van het orgaan te gelden heeft als de eigen onrechtmatige daad van de rechtspersoon. Meer nog dan toerekening van rechtshandelingen is dit actueel het koninginnenstuk van de orgaantheorie.

Deze aanspraak wordt hier onderzocht. Daarbij is te herinneren aan het feit dat de orgaantheorie als *juridische constructie* wordt getoetst. De vraag is of organieke incarnatie een succesvolle manier is om de rechtsfenomen die we in het domein van buitencontractuele aansprakelijkheid in rechtspersoonlijk verband observeren, te begrijpen en te verklaren.¹²⁵⁶ Dit rechtvaardigt de werkwijze die in dit onderzoek wordt gehanteerd, en die erin bestaat de orgaantheorie te vergelijken met de meer “eenvoudige” verklaring die de toepassing van het gemeen privaatrecht is, waarop zij beweert een verbetering te zijn.

325. De werkwijze kan hier echter niet helemaal dezelfde zijn als in het vorige deel. Voor onrechtmatige daden valt immers niet te ontkomen aan het feit dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie, daarin gevolgd door zo goed als de hele naoorlogse Belgische rechtsleer, de orgaantheorie een cruciale rol *beweert* toe te bedelen, ten nadele van in het bijzonder de gemeenrechtelijke aanstellersaansprakelijkheid van artikel 1384, lid 3 B.W.¹²⁵⁷ Voor rechtswetenschappelijke toetsing van een juridische constructie evenwel, kan dit *op zich* nooit doorslaggevend zijn. Als het theoretisch zelfs denkbaar is dat de wetgever zich vergist aangaande de constructie die hij hanteert¹²⁵⁸, dan ongetwijfeld ook de rechter. En inzichten uit de rechtsleer blijven hoe dan ook steeds falsifieerbaar. Het is best mogelijk dat rechtspraak en rechtsleer orgaantheorie noemen, wat in werkelijkheid beter via andere mechanismen wordt verklaard en begrepen. Het loutere feit *dat* er niettemin het etiket orgaantheorie op wordt gekleefd – zelfs tot op niveau van het Hof van Cassatie – is dan op zich niet van aard die vaststelling te wijzigen.

326. In wat volgt wordt eerst de exacte rol van de orgaantheorie in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht voor rechtspersonen scherpgesteld (*infra* Hoofdstuk 1). Dit leidt tot de vaststelling dat zij vandaag in wezen enkel op *fout*-aansprakelijkheid naar aanleiding van *bestuurs*optreden betrekking heeft. Vervolgens wordt dit domein aan nadere analyse onderworpen (*infra* Hoofdstuk 2). Daarbij wordt vastgesteld dat de orgaantheorie als constructie zelfs hier, en

¹²⁵⁵ Zie *supra* p. 53 e.v.

¹²⁵⁶ Zie *supra* p. 61 e.v.

¹²⁵⁷ Zie *infra* p. 358 e.v.

¹²⁵⁸ Zie hierover het standpunt van SCHOLTEN *supra* voetnoot 927.

ondanks de ogenschijnlijke steun van het Hof van Cassatie, verrassend slecht standhoudt tegen het gemeenrechtelijke alternatief dat artikel 1384, lid 3 B.W. is. Er rest dan ook geen andere keuze dan de orgaantheorie te verwerpen. Verwerping van de orgaantheorie, zelfs voor foutief bestuursgedrag, laat in Hoofdstuk 3 toe twee interessante vragen in een nieuw “neoklassiek” perspectief te zien. Voor eerst blijkt eigen foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon ingevolge onderliggende evoluties in ons begrip van artikel 1382-1383 B.W. intussen misschien ook *zonder* orgaantheorie mogelijk. Vervolgens kan het regime voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders, zowel intern als extern, op theoretisch niveau minder karikaturaal worden voorgesteld. In Hoofdstuk 4 tot slot, wordt uitgebreid aandacht besteed aan een recente en theoretisch bijzonder interessante poging tot herconceptualisering van het buitencontractuele aansprakelijkheidsregime in rechtspersoonlijk verband: toerekening via verkeersopvattingen. Hoewel die nieuwe leer hier wordt verworpen, biedt ze vanuit theoretisch oogpunt een uitgelezen forum om een aantal bevindingen uit dit proefschrift scherp te stellen.

HOOFDSTUK 1

REIKWIJDTE VAN DE ORGAANTHEORIE IN HET RECHTSPERSOONLIJKE BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT: ENKEL FOUTIEF BESTUURSHANDELEN

1. INLEIDING

327. De gewoonte om bij buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen onmiddellijk de orgaantheorie aan te snijden¹²⁵⁹, wekt *prima facie* de indruk dat dit het prisma is waardoor het hele buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht voor rechtspersonen wordt benaderd. Dit is misschien niet verrassend. De orgaantheorie construeert een juridisch mechanisme van rechtspersoonlijk handelen – zelfhandelen via organieke incarnatie – dat uniform is in de diverse domeinen waarin dit handelen tot uiting komt.¹²⁶⁰ Het leidt tot een (ogenschijnlijk) naadloze overgang van verbintenissen uit overeenkomst naar verbintenissen uit onrechtmatige daad. Het handelen van organen wordt vereenzelvigd met het handelen van de rechtspersoon, niet enkel voor rechtmatige vertegenwoordigingshandelingen, maar ook voor onrechtmatige “daden”. Zo ontstaat als vanzelf de indruk dat de orgaantheorie relevant is voor het volledige leerstuk van de onrechtmatige daad in rechtspersoonlijk verband (art. 1382-1386*bis* B.W.).

328. Dit is grotendeels schijn. De werkelijke rol van de orgaantheorie is vandaag veel beperkter. In het domein van de objectieve aansprakelijkheid speelt zij geen noemenswaardige rol (*infra* 2). Haar positiefrechtelijke invloed is beperkt tot de foutaansprakelijkheid. Maar dan nog gaat het enkel om foutief gedrag van (bestuurs)organen (*infra* 3). Orgaantheorie wordt daarom best niet als *pars pro toto* gebruikt voor buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen meer algemeen (*infra* 4)

¹²⁵⁹ Zie bijvoorbeeld: L. CORNELIS, *Beginselen*, 429 e.v.; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 140; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 373.

¹²⁶⁰ Zie *supra* p. 45 e.v.

2. OBJECTIEVE AANSPRAKELIJKHEID: GEEN ROL VOOR DE ORGAANTHEORIE

2.1. GEEN FOUT NODIG VOOR OBJECTIEVE AANSPRAKELIJKHEID

329. Het gemeenrechtelijke leerstuk der onrechtmatige daad beslaat in ons recht de artikelen 1382-1386*bis* B.W. Naast foutaansprakelijkheid (art. 1382-1383 B.W.), gaat het om aansprakelijkheidsvermoedens (art. 1384, lid 2 en 4 B.W.) en objectieve aansprakelijkheid (art. 1384, lid 1 en 3, art. 1385 en art. 1386 B.W.). Aangezien de aansprakelijkheidsvermoedens (voor ouders, onderwijzers en ambachtslieden) minder relevantie vertonen voor rechtspersonen, blijven zij hier verder buiten beschouwing. Maar het onderscheid tussen foutaansprakelijkheid en objectieve aansprakelijkheid is voor rechtspersonen cruciaal.

Het leidt weinig twijfel dat de orgaantheorie in de oorspronkelijke theorievorming relevant werd geacht voor het volledige buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (art. 1382-1386*bis*), omdat dit traditioneel *in zijn geheel* sterk met de fout van de aansprakelijke was verbonden.¹²⁶¹ Bij MICHOUDE klinkt deze gedachte duidelijk door: “*l'idée d'une responsabilité¹²⁶² mise à charge d'une personne sans volonté nous paraît philosophiquement difficile à justifier*”¹²⁶³, niet enkel voor de foutaansprakelijkheid van artikel 1382-1383 B.W., maar voor de buitencontractuele aansprakelijkheid in het algemeen.¹²⁶⁴ De rechtspersoon kan in die opvatting evenmin aansprakelijk zijn voor aangestelden (art. 1384, lid 3 B.W.), gebrekkige zaken (art. 1384, lid 1 B.W.), dieren (art. 1385 B.W.) of gebouwen (art. 1386 B.W.) zonder organen die zijn wil incarneren. Niet noodzakelijk om *in concreto* te kunnen vaststellen dat de toepassingsvoorwaarden van de betrokken aansprakelijkheidsregels zijn verenigd. Wel om op quasi-metafysische manier “subjectief schuldig” te kunnen zijn.¹²⁶⁵ Nochtans slaat bij MICHOUDE de twijfel al toe. Hij erkent dat objectievere vormen van aansprakelijkheid de omweg via de subjectieve fout

¹²⁶¹ De historische evolutie hiervan werd recent nog zeer grondig uiteengezet door: O. DES-CAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, Parijs, L.G.D.J., 2005, 562 p.

¹²⁶² Dus niet: “*d'une faute*”.

¹²⁶³ L. MICHOUDE, *La théorie de la personnalité morale*, II, 231.

¹²⁶⁴ L. MICHOUDE, *La théorie de la personnalité morale*, II, 226, 231, 233, 235, 237-238, 243 en 253-254.

¹²⁶⁵ Illustratief in dit verband is vooral de analyse bij MICHOUDE van de aanstellersaansprakelijkheid op p. 235-238. Hoewel MICHOUDE vaststelt dat de aansteller aansprakelijk kan zijn ook al heeft hij geen enkele fout begaan (p. 236 en voetnoot 3), concludeert hij toch dat art. 1384, lid 3 B.W. (zonder hulp van de orgaantheorie) op de rechtspersoon niet kan worden toegepast. Let op: dit gaat niet over de vraag of organen aangestelden kunnen zijn (zie hierover *infra* p. 418 e.v.), maar over de vraag of de rechtspersoon überhaupt op basis van art. 1384, lid 3 B.W. voor aangestelden aansprakelijk kan zijn zonder organen die de rol van “schuldige” spelen.

van organen overbodig kunnen maken, en beseft dat de evolutie op dit vlak in zijn tijd al volop bezig was.¹²⁶⁶

330. Het moderne aansprakelijkheidsrecht heeft weinig problemen met de idee van objectieve aansprakelijkheid.¹²⁶⁷ De filosofische discussie over de grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht blijft ongetwijfeld woeden.¹²⁶⁸ Maar positief-rechtelijk voelt men niet langer de nood als het ware “achter” de concrete toepassingsvoorwaarden van de aansprakelijkheidsregel te gaan zoeken naar eventuele fossiele resten van de eigen fout.¹²⁶⁹ Aansprakelijkheid is het gevolg van het feit dat de toepassingsvoorwaarden van een aansprakelijkheidsregel in hoofde van een rechtssubject zijn verenigd. Die toepassingsvoorwaarden kunnen verwijzen naar andere rechtsfeiten dan het eigen foutieve gedrag van het aangesproken rechtssubject. In dat geval spreken we van *objectieve aansprakelijkheid*.¹²⁷⁰ Dit is het geval met de aansprakelijkheid voor aangestelden (art. 1384, lid 3 B.W.), gebrekkige zaken (art. 1384, lid 1 B.W.), dieren (art. 1385 B.W.) en gebouwen (art. 1386 B.W.).¹²⁷¹ Het gaat telkens om objectieve aansprakelijkheidsregels die in hoofde van de aangesprokene aanknopen bij een hem eigen *hoedanigheid*, niet bij een eigen gedrag dat de schade zou hebben veroorzaakt.¹²⁷² Bij het antwoord op de vraag of die hoedanigheid bij een rechtspersoon aanwezig is, is de orgaantheorie een overbodige (*infra* 2.2) en bovendien gevaarlijke (*infra* 2.3) omweg.

2.2. ORGAANTHEORIE: EEN OVERBODIGE OMWEG

331. De orgaantheorie is een overbodige omweg omdat de rechtspersoon de voor toepassing van de objectieve aansprakelijkheidsregel vereiste hoedanigheid (als rechtsfeit) evengoed als de natuurlijke persoon “rechtstreeks” kan hebben. Ook zonder orgaantheorie kan de rechtspersoon aansteller (art. 1384, lid 3 B.W.),

¹²⁶⁶ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, II, 226-227 en 254.

¹²⁶⁷ H. BOCKEN, “Van fout naar risico. Een overzicht van de objectieve aansprakelijkheidsregelingen naar Belgisch recht”, *T.P.R.* 1984, 408.

¹²⁶⁸ Zie onder meer: D. OWEN (ed.), *Philosophical foundations of tort law*, Oxford, Clarendon, 1995, 510p.

¹²⁶⁹ Zie bijvoorbeeld terecht over aanstellersaansprakelijkheid: L. CORNELIS, *Beginselen*, 386-387.

¹²⁷⁰ L. CORNELIS, *Beginselen*, 357.

¹²⁷¹ Naast deze gemeenrechtelijke gronden van objectieve aansprakelijkheid, bestaan er natuurlijk nog een heel aantal in bijzondere wetten. Zie: H. BOCKEN, “Van fout naar risico. Een overzicht van de objectieve aansprakelijkheidsregelingen naar Belgisch recht”, 340 e.v.

¹²⁷² L. CORNELIS, *Beginselen*, 357. De term “hoedanigheid” wordt hier geen specifiek technische betekenis toegedicht. Centraal staat steeds het rechtsfeit dat de regel tot (één van) zijn toepassingsvoorwaarde(n) neemt (aansteller, eigenaar, bewaarder, enzovoort) en dat de band uitdrukt tussen het aangesproken rechtssubject en het potentieel schadeverwekkende element waarvoor hij instaat. Zie ook: (H. BOCKEN, “Van fout naar risico. Een overzicht van de objectieve aansprakelijkheidsregelingen naar Belgisch recht”, 373-374). Meestal kan dit worden omschreven als een hoedanigheid.

bewaarder van een zaak (art. 1384, lid 1 B.W.), eigenaar of meester van een dier (art. 1385 B.W.) of eigenaar van een gebouw zijn (art. 1386 B.W.). Bij het antwoord op de vraag of die hoedanigheid in hoofde van een rechtspersoon aanwezig is, speelt de orgaantheorie geen rol.¹²⁷³

Natuurlijk zal bij de beoordeling van de vereiste hoedanigheid vaak menselijk gedrag in rekening worden gebracht. Dit kan bijvoorbeeld nodig zijn om te bepalen of sprake was van bewaring, aanstelling, eigendomsverwerving, enzovoort. Maar dit is niet noodzakelijk gedrag van organen. De hoedanigheid kan evengoed via mensen zonder organieke status worden verworven. En helemaal onnodig is dat dit menselijke gedrag via incarnatie “als eigen” geldt. Het is immers niet *dit gedrag* dat op zijn (on)rechtmatigheid wordt getoetst. Het is slechts één van de feitelijke elementen die moeten helpen bepalen of de rechtspersoon de vereiste hoedanigheid heeft. Organieke incarnatie is – misschien – nodig om de rechtspersoon een eigen foutief gedrag toe te rekenen dat hij zonder incarnatie niet zelf kan begaan, maar niet om de rechtspersoon een eigen hoedanigheid “toe te rekenen” die hij ook zonder incarnatie zelf kan hebben. De orgaantheorie is hier in het beste geval een overbodige omweg.

2.3. ORGAANTHEORIE: EEN GEVAARLIJKE OMWEG

332. De orgaantheorie is bovendien een gevaarlijke omweg. Een rechtssysteem dat objectieve aansprakelijkheid erkent, heeft aan een poging de orgaantheorie in dit domein te operationaliseren enkel te verliezen. Elke regel van objectieve aansprakelijkheid is anders. Of beter: het in hoofde van de aangesprokene vast te stellen rechtsfeit (hoedanigheid) is elke keer anders (eigenaar, bewaarder, aansteller, meester, enzovoort).¹²⁷⁴ Dit vereist onvermijdelijk een nauwkeurige analyse van de toepassingsvoorwaarden van elke objectieve aansprakelijkheidsgrond afzonderlijk. De poging om dit steeds via het uniforme mechanisme van organieke incarnatie te kanaliseren, kan enkel tot teleurstelling en verwarring leiden.

333. In de meeste gevallen is de poging vrij onschuldig, en het probleem in hoofdzaak terminologisch. De orgaantheorie wordt normaal ingeleid met verwijzing naar de *fout* van het orgaan, die als fout van de rechtspersoon heeft te gelden en derhalve zijn aansprakelijkheid op grond van artikel 1382-1383 B.W. mee-

¹²⁷³ Niet omdat het optreden van organen geen feitelijk element kan zijn in de beoordeling van de betrokken hoedanigheid (bijvoorbeeld als de zaakvoerder een aangestelde aanwerft of een gebrekkige zaak gebruikt). Wel omdat organieke *incarnatie* van de rechtspersoon via het orgaan niet nodig is om tot het relevante rechtsfeit te besluiten.

¹²⁷⁴ Dit verschilt fundamenteel van de foutaansprakelijkheid, waar hetzelfde rechtsfeit (foutief gedrag van de aangesprokene) altijd *noodzakelijk* én altijd *voldoende* is. Dan is veel duidelijker dat een mechanisme dat steeds de eigen fout toerekent, een (potentiële) meerwaarde biedt.

brengt.¹²⁷⁵ Maar daarnaast leest men ook dat de *onrechtmatige daad* van het orgaan rechtstreeks aan de rechtspersoon wordt toegerekend, of als de zijne heeft te gelden.¹²⁷⁶ Uit de context blijkt dan meestal dat het toch vooral om artikel 1382-1383 B.W. gaat. Tegelijk wordt immers vaak, in dezelfde passage, die aansprakelijkheid uitdrukkelijk *niet* rechtstreeks genoemd, maar wel een rechtstreeks *op grond van artikel 1382-1383 B.W.*¹²⁷⁷ Dit zou weinig zinvol zijn moest het werkelijk de bedoeling zijn met de vervanging van het begrip “fout” door “onrechtmatige daad”, uitbreiding van de orgaantheorie tot de artikelen 1384-1386 B.W. te bepleiten. Zelfs voor verstokte aanhangers van de orgaantheorie heeft het weinig zin de rechtspersoon aansprakelijk te noemen op grond van artikel 1382-1383 B.W. voor, bijvoorbeeld, schade door dieren als vervat in artikel 1385 B.W., ook niet als een orgaan het feitelijke meesterschap had. Als de *fout van het orgaan* wel eens vervangen wordt door de *onrechtmatige daad van het orgaan* is dit meestal eerder een onbewuste terminologische *démarche* dan een bewuste stellingname. Het voorbeeld moet hier enkel illustreren hoe snel de extrapolatie van de orgaantheorie buiten de foutaansprakelijkheid tot verwarring aanleiding geeft.

334. Maar soms wordt de orgaantheorie in de rechtsleer wél uitdrukkelijk en bewust uitgebreid tot de objectieve aansprakelijkheidsgronden van artikelen 1384-1386 B.W.¹²⁷⁸ Maar dan blijkt hoe gevaarlijk glad die overbodige omweg erbij ligt. Het volstaat immers niet langer dat organen, zoals bij MICHOUX, in de verre achtergrond aanwezig zijn met als enige functie op bijzonder abstracte wijze “schuldig” te zijn. De objectieve aard van de aansprakelijkheid werd intussen erkend. Om hier een *comeback* te maken, moet de orgaantheorie haar aanspraken herformuleren op het niveau van de voor de objectieve aansprakelijkheid vereiste *hoedanigheid*. Het volstaat dan niet dat – zoals in het vorige punt toegelicht – het gedrag van een orgaan relevant kan zijn als feitelijk element, naast andere, bij de beoordeling van die hoedanigheid. Men moet er van uitgaan dat de rechtspers-

¹²⁷⁵ C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 26; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 724; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 758-759; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 373.

¹²⁷⁶ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 119 (met parallel ook verwijzingen naar de fout); J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 424 e.v.; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1840; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 140 en 187; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 149.

¹²⁷⁷ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 119; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 150 (mits correctie van de typfout); J. VAN RYN, *Principes*, I, 259.

¹²⁷⁸ H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 499; L. CORNELIS, *Beginselen*, 453-454; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 777; V. VERVLIT, *Buitencontractuele aansprakelijkheid bij professionele risico’s*, 358. Op art. 1386bis wordt hier niet dieper ingegaan. Hoe wel speculeren over een krankzinnige, geestesgestoorde of zwakzinnige raad van bestuur ongetwijfeld een hoge amusementswaarde heeft, is het probleem vanuit aansprakelijkheids-oogpunt eerder theoretisch. Zie nochtans: L. CORNELIS, *Beginselen*, 447.

soon enkel via organen de hoedanigheid kan verwerven. “Rechtstreekse” objectieve aansprakelijkheid die via de orgaantheorie loopt, betekent noodzakelijk dat de vereiste hoedanigheid (het in hoofde van de rechtspersoon vast te stellen rechtsfeit) *bij het orgaan* wordt onderzocht. Dit is inderdaad de weg die de auteurs die de orgaantheorie in dit domein operationaliseren, kiezen. Bij BOCKEN en bij CORNELIS klinkt dit als volgt:

“Zijn de toepassingsvoorwaarden van b.v. artikel 1384 lid 1, 1384, lid 3, of 1385 in hoofde van het orgaan verenigd, dan zijn zij het ook in hoofde van de rechtspersoon”.¹²⁷⁹

Maar nu wordt het slipgevaar wel heel acuut.

Ten eerste omdat strategisch gebruik van de afkorting “b.v.”¹²⁸⁰ niet kan verdoezelen dat net artikel 1386 B.W. van het lijstje verdween. De aansprakelijkheid van artikel 1386 B.W. zal voor een rechtspersoon nooit coherent worden ingevuld via de eis dat de toepassingsvoorwaarden van de onrechtmatige daad in hoofde van het orgaan moeten zijn verenigd. De aansprakelijkheid rust op de eigenaar, in die hoedanigheid.¹²⁸¹ De eis dat de hoedanigheid via het orgaan wordt vastgesteld, is zinloos. De vaststelling dat de orgaantheorie hier niets te zoeken heeft, maakt al duidelijk dat zij nooit de haar zo kenmerkende categorieke claims *kan* maken in het domein van de objectieve aansprakelijkheid

Ten tweede omdat met betrekking tot artikel 1384, lid 1 en lid 3 B.W., de zaak bij nader toezien niet veel beter ligt. De hoedanigheid van aansteller of bewaarder verwerft enkel wie daarbij *voor eigen rekening* optrad.¹²⁸² Hoe kunnen de toepassingsvoorwaarden van die aansprakelijkheidsregels dan ooit verenigd zijn “in hoofde van” het orgaan, dat daarbij bovendien moet optreden binnen zijn bevoegdheidskring?¹²⁸³ Binnen bevoegdheid treedt het orgaan noodzakelijk minstens voor rekening, en vaak ook in naam van de rechtspersoon op. Moest het werkelijk vereist zijn dat het orgaan de toepassingsvoorwaarden van deze onrechtmatige daden in eigen hoofde verenigt, eer de rechtspersoon op diezelfde rechtsgronden aansprakelijk is alsof hij de onrechtmatige daad zelf beging, dan wordt de aansprakelijkheid van de rechtspersoon onmogelijk. CORNELIS verwoordt het ook nog zo:

¹²⁷⁹ L. CORNELIS, *Beginselen*, 454; H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 499 (de bewoordingen zijn quasi-identiek, enkel de afkorting “b.v.” figureert enkel bij BOCKEN). Vergelijk ook de formulering bij: L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, II, 253-254.

¹²⁸⁰ Enkel in de bijdrage van BOCKEN.

¹²⁸¹ Wat CORNELIS ook opmerkt: L. CORNELIS, *Beginselen*, 454.

¹²⁸² Cass. 22 januari 2007, *Pas.* 2007, I, 122; Cass. 24 januari 1991, *Pas.* 1991, I, 500; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1724; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 391 en 399.

¹²⁸³ De orgaantheorie speelt immers enkel als het orgaan binnen zijn bevoegdheidskring bleef. Zie over deze voorwaarde *infra* p. 363 e.v.

“Vermits het orgaan, in de uitvoering van zijn opdracht, de rechtspersoon is, heeft de rechtspersoon de hoedanigheid die het orgaan bezit”.¹²⁸⁴

Het orgaan moet dus eerst de voor de toepassing van de objectieve aansprakelijkheidsregel vereiste hoedanigheid hebben eer de rechtspersoon die hoedanigheid “zelf” kan hebben en dus aansprakelijk kan zijn. Maar die hoedanigheid vereist dat de betrokkene voor eigen rekening optrad. De objectieve aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor aangestelden en gebrekkige zaken verdwijnt hier volledig van de radar. Zelfs het (uitzonderlijke) geval waarin het orgaan wél zelf aansprakelijk is omdat hij wél voor eigen rekening optrad, brengt geen soelaas. Net dan immers, treedt het orgaan bij uitstek niet langer op als *orgaan* van de rechtspersoon *binnen zijn bevoegdheidskring*.¹²⁸⁵ Waar iemand werkelijk voor eigen rekening rijdt – en dus buiten zijn functie treedt, of die misbruikt – is hij *de lege lata* misschien nog aangestelde, maar geen orgaan meer. De bocht via de orgaantheorie doet de trein ontsporen. Binnen de functie raken de toepassingsvoorwaarden van artikel 1384, lid 1 of 3 B.W. niet verenigd, omdat het orgaan *niet* voor eigen rekening handelt, en zodra het orgaan wél voor eigen rekening handelt, raken de toepassingsvoorwaarden van de orgaantheorie niet verenigd, omdat het buiten zijn functie treedt.¹²⁸⁶

¹²⁸⁴ L. CORNELIS, *Beginselen*, 454.

¹²⁸⁵ Om het onderscheid tussen de band met de functie tussen aangestelden en organen te verduidelijken, wordt net vaak verwezen naar gevallen waarin de betrokkene zijn functie afwendt voor eigen doeleinden: zie L. CORNELIS, *Beginselen*, 380-81 en 435. Indien die gevallen *de lege lata* onder de aanstellersaansprakelijkheid voldoende *verband* kunnen houden *met de bediening*, falen zij onder het striktere criterium van de orgaantheorie dat de onrechtmatige daad *binnen de organieke functie* moet vallen. Zie *infra* p. 349 e.v., p. 363 e.v. en de kritiek op dit onderscheid p. 381 e.v.

¹²⁸⁶ Wat art. 1385 B.W. betreft, ligt de zaak mogelijk anders. Vroeger werd doorgaans aangenomen dat de eigenaar zijn aansprakelijkheid niet kon afschuiven op mensen die voor zijn rekening werkten, ook al hadden zij feitelijk meesterschap, analoog aan de oplossing voor aangestelden en gebrekkige zaken. Sinds het cassatiearrest van 5 november 1981 (manège-arrest) kan hieraan worden getwijfeld (Cass. 5 november 1981, *Pas.* 1982, I, 316, concl. F. DUMON; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 406; L. CORNELIS, *Beginselen*, 606, maar vergelijk ook p. 613 onderaan). In de huidige stand van het vraagstuk is wellicht puur theoretisch niet uit te sluiten dat het orgaan (maar evengoed mensen zonder organieke status) dat voor rekening van de rechtspersoon optreedt en zich hierbij van een dier bedient dat eigendom is van de rechtspersoon, toch zelf het feitelijke meesterschap over het dier heeft en dus bij uitsluiting van de rechtspersoon, persoonlijk aansprakelijk is. De orgaantheorie, zoals geformuleerd door BOC-KEN en CORNELIS, leidt hier dan *wel* tot toerekening aan de rechtspersoon. Het ietwat bizarre conceptuele resultaat is dat de eigenaar/rechtspersoon eerst naar het orgaan als feitelijk meester moet wijzen om aan “rechtstreekse” 1385-aansprakelijkheid te ontsnappen, om zich vervolgens toch 1385-aansprakelijkheid te zien toerekenen voor de *onrechtmatige daad* van het orgaan die feitelijk meester van het dier is. Die aansprakelijkheid moet dan als klap op de vuurpijl “rechtstreeks”, want steunend op de orgaantheorie, worden genoemd. Het resultaat is dan identiek aan dat voor aangestelden: de *onrechtmatige daad* van de aangestelde (en niet enkel zijn fout) leidt immers ook tot aanstellersaansprakelijkheid (*infra* p. 345). Het is ietwat ironisch dat de orgaantheorie hier maar een aan art. 1384, lid 3 B.W. functioneel equivalent resultaat bereikt als indirect gevolg van het feit dat een “individualistische” (niet-organisatie-

335. Indien dus aangaande objectieve aansprakelijkheid in de praktijk inderdaad “*is vast te stellen dat Hoven en Rechtbanken die wetsbepalingen zonder probleem op rechtspersonen toepassen*”¹²⁸⁷, dan is dit een duidelijke aanwijzing dat de in die wetsbepalingen genoemde hoedanigheid *rechtstreeks* bij de rechtspersoon wordt nagegaan eerder dan met een omweg via de orgaantheorie.

Hieraan kan overigens een tweede vaststelling worden gekoppeld. Er is in de rechtspraak geen spoor aan te treffen van eigen externe aansprakelijkheid van het orgaan telkens de rechtspersoon een objectieve aansprakelijkheid oploopt. Dit zou nochtans het spiegelbeeld moeten zijn van de door BOCKEN en CORNELIS vertolkte zienswijze. De rechtstreekse aansprakelijkheid van de rechtspersoon op grond van de orgaantheorie sluit immers naar Belgisch positief recht die van het orgaan niet uit. Het orgaan blijft zelf persoonlijk aansprakelijk voor de aan de rechtspersoon als eigen toegerekende onrechtmatige daad.¹²⁸⁸ Als de rechtspersoon maar objectief aansprakelijk is omdat de toepassingsvoorwaarden in hoofde van een orgaan verenigd zijn, dan zou het orgaan meteen ook zelf aansprakelijk zijn. Elke aansprakelijkheid van een rechtspersoon voor gebrekkige zaken, aange-stelden, dieren of zelfs gebouwen, geeft dan noodzakelijk ook een vordering tegen een orgaan. Het positieve recht is duidelijk en terecht niet in die zin gevestigd.

2.4. BESLUIT: GEEN FOUT, GEEN ORGAANTHEORIE

336. De orgaantheorie is dus in het domein van het hedendaagse Belgische *objectieve* aansprakelijkheidsrecht een overbodige en gevaarlijke omweg. Overbodig omdat organieke incarnatie niet nodig is om de toepassingsvoorwaarden van de verschillende aansprakelijkheidsregels in hoofde van de rechtspersoon na te gaan. Gevaarlijk omdat organieke incarnatie bij die oefening enkel verwarring sticht. Ook zonder orgaantheorie is de rechtspersoon “rechtstreeks” aansprakelijk uit onrechtmatige daad, indien die geen foutbeoordeling van eigen gedrag noodzaakt, maar voortvloeit uit een hoedanigheid die de rechtspersoon eigen is. Dit is een belangrijke *kwalitatieve* beperking van het bereik van de orgaantheorie. Orgaantheorie en buitencontractuele aansprakelijkheid voor rechtspersonen zijn geen synoniemen. De eventuele bijdrage van de orgaantheorie moet worden gezocht waar het eigen gedrag van de aangesprokene wél op zijn rechtmatigheid wordt beoordeeld: bij de foutaansprakelijkheid. Maar dan blijkt meteen dat de orgaantheorie een belangrijke tweede – ditmaal *kwantitatieve* – beperking kent.

gerichte) interpretatie van het manège-arrest de eigenaar toelaat 1385-aansprakelijkheid ten aanzien van derden af te schuiven op natuurlijke personen binnen zijn organisatie die voor zijn rekening werken. Zo niet was hetzelfde probleem ingetreden als hier voor art. 1384, lid 1 en lid 3 B.W. wordt beschreven.

¹²⁸⁷ L. CORNELIS, *Beginselen*, 454.

¹²⁸⁸ Dit is een fundamenteel kenmerk van de orgaantheorie zoals die in België (vermeend) wordt toegepast. Zie hierover *infra* p. 368 en meer uitgebreid p. 387 e.v.

3. FOUTAANSPRAKELIJKHEID: ENKEL BIJ FOUTIEF GEDRAG VAN (BESTUURS)ORGANEN

3.1. RECHTSTREEKSE AANSPRAKELIJKHEID OP GROND VAN ARTIKEL 1382-1383 B.W.

337. De meerwaarde van de orgaantheorie (althans *prima facie*) is in het domein van de foutaansprakelijkheid op grond van artikel 1382-1383 B.W. te zoeken. Haar positiefrechtelijke receptie voor rechtspersonen van privaatrecht, ligt vervat in twee principiële arresten van vlak na W.O. II. Daarin sprak het Hof van Cassatie zich uit als volgt:

Attendu que les administrateurs d'une société anonyme ne sont pas, en cette qualité, les préposés de celle-ci; qu'ils en sont les organes et qu'en conséquence, la responsabilité qu'elle encourt, en raison de leurs actes dommageables envers les tiers, est une responsabilité directe, découlant des articles 1382 et 1383 du Code civil et non pas une responsabilité indirecte résultant d'un lien de subordination prévu par l'article 1384 du même code (...).¹²⁸⁹

En:

Attendu que les administrateurs d'une société commerciale ne sont pas, comme tels, les préposés de celle-ci, mais ses organes. Que, par conséquent, la société ne répond pas des actes de ses administrateurs portant préjudice à des tiers en raison d'un lien de subordination, ainsi qu'il est prévu par l'article 1384 du Code civil, mais qu'elle est directement responsable de ces faits conformément aux articles 1382 et 1383 du dit Code.¹²⁹⁰

De tweedeling tussen organen en aangestelden klonk eerder ook al door in artikel 14 VZW-wet:

“de vereniging is aansprakelijk voor de fouten die kunnen worden toegerekend aan haar aangestelden of aan de organen waardoor zij handelt”.¹²⁹¹

Uitdrukkelijke toepassingen in de cassatierechtspraak specifiek voor rechtspersonen van privaatrecht zijn niet dik gezaaid, maar in 2005 kreeg het Hof toch de kans het principe onrechtstreeks opnieuw te bevestigen:

¹²⁸⁹ Cass. 15 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 25.

¹²⁹⁰ Cass. 7 september 1950, *Pas.* 1950, I, 846.

¹²⁹¹ Het artikel luidde oorspronkelijk: “De vereniging is aansprakelijk voor de misgrepen, die kunnen toegeschreven worden, hetzij aan hare aangestelden, hetzij aan de organen, waardoor haar wil wordt uitgevoerd”. Zie: R.O. DALCQ, *Traité*, I, 471 (nr. 1423); L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, IV, 180 (voetnoot 4); J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 762 (“hiermee werd de orgaantheorie als toerekeningsmethode in 1921 wellicht voor het eerst (en het laatst) door de wetgever gehanteerd”).

“Attendu que, pour le surplus, si la faute commise par l’organe d’une société (...) engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n’exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l’organe (...)”.¹²⁹²

De orgaantheorie laat dus toe de rechtspersoon aan te spreken voor foutief menselijk gedrag, en wel “rechtstreeks” op grond van artikel 1382-1383 B.W. Maar meteen blijkt een tweede, subtielere beperking van de rol van de orgaantheorie in de buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen. Het foutieve gedrag moet van een orgaan afkomstig zijn.

3.2. GEEN ORGAAN, GEEN ORGAANTHEORIE

338. De rechtspersoon is enkel op grond van artikel 1382-1383 B.W. aansprakelijk uit eigen fout voor gedrag van organen. Voor rechtspersoonlijk personeel zonder organieke status, biedt de orgaantheorie geen soelaas. Maar de overgrote meerderheid van mensen die voor de rechtspersoon werken en geen organieke status hebben, zijn wel aangestelden. Foutief gedrag van aangestelden leidt ook tot buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon, alleen niet via de orgaantheorie maar “gewoon” via artikel 1384, lid 3 B.W.

Als “kwantitatieve” beperking van de rol van de orgaantheorie kan dit tellen. Deze vaststelling ligt natuurlijk al vervat in wat werd gezegd over objectieve aansprakelijkheid, maar verdient het om hier vanuit een andere invalshoek te worden geëxpliciteerd. Het mechanisme waarlangs de rechtspersoon als aansteller aansprakelijkheid oploopt voor schade veroorzaakt door aangestelden, verschilt in niets van dat bij de natuurlijke persoon.¹²⁹³ De orgaantheorie komt pas om de hoek kijken wanneer een gedraging van *een orgaan* op foutiviteit moet worden getoetst. Enkel als foutief gedrag via een orgaan loopt, is de rechtspersoon uit eigen fout aansprakelijk op grond van artikel 1382-1383 B.W. Werd de fout door een aangestelde begaan, dan volstaat artikel 1384, lid 3 B.W., orgaantheorie of geen orgaantheorie.

4. BESLUIT VAN HOOFDSTUK 1

339. Het belang van de orgaantheorie kalft snel af zodra de analyse niet vanuit een dogmatisch discours over rechtspersoonlijk zelfhandelen start, maar gewoon de vraag stelt of derden die schade leden als gevolg van de in rechtspersoonlijk

¹²⁹² Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1354, concl. J.F. LECLERCQ, *J.T.* 2006, 435, *R.P.S.* 2005, 183, noot Y. DE CORDT, *T.B.H.* 2006, 418, noot A. COIBION, *R.G.A.R.* 2006, nr. 14106, noot C. DALCQ, *DAOR* 2005, 340, noot G. GATHEM, *R.A.G.B.* 2005, 1549, noot I. BLOCKX en E. JANSSENS.

¹²⁹³ Zie reeds: O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, 533.

verband ontplooiëde activiteit, deze op het vermogen van de rechtspersoon kunnen verhalen. Die vraag wordt beter benaderd, niet vanuit een theoretische constructie over rechtspersoonlijkheid, maar vanuit de rechtsregels die aan het leerstuk der onrechtmatige daad ten grondslag liggen. Dan blijkt snel dat de orgaantheorie vandaag de dag maar een deel van het positiefrechtelijke antwoord kan claimen. De rol van de orgaantheorie in het domein van de buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen, is hiermee een eerste maal genuanceerd.

Die nuance kan zowel kwalitatief als kwantitatief worden omschreven. Vanuit kwalitatief oogpunt komt de orgaantheorie pas om de hoek kijken als de foutaansprakelijkheid in het geding is (art. 1382-1383 B.W.). Over objectieve aansprakelijkheid heeft zij niets te zeggen. Kwantitatief bekeken, is de rechtspersoonlijke activiteit, zeker in grote ondernemingen, veel meer dan het gedrag van mensen met organieke status. Zaken en menselijk gedrag (en de combinatie van beide) zijn ongetwijfeld de twee primaire oorzaken van schade aan derden. Werd de schade door een aan de rechtspersoon toebehorende zaak veroorzaakt, dan geeft alleen al het gemeen aansprakelijkheidsrecht drie kanalen om de rechtspersoon “rechtstreeks” aan te spreken (gebrekkige zaken, dieren, instorting van gebouwen). Maar zelfs als de schade door voor de rechtspersoon opererende mensen werd veroorzaakt, dan is een eigen 1382-fout van de rechtspersoon in de grote meerderheid van de gevallen niet nodig. De fouten die aangestelden begaan, leiden ook zonder hulp van eigen fout, en dus van de orgaantheorie, tot buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon. Zelfs voor schade als gevolg van foutief menselijk gedrag, bespeelt de orgaantheorie maar een deel van het speelveld. Hoe groter de organisatie van de rechtspersoon in kwestie, hoe beperkter dit speelveld.

340. De *exacte* aanspraak van de orgaantheorie in het domein van de buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen (van privaatrecht) luidt dus als volgt. Foutief gedrag van bestuursorganen kan niet via artikel 1384, lid 3 B.W. tot aansprakelijkheid van de rechtspersoon leiden omdat bestuurders geen aangestelden zijn. Dankzij organieke incarnatie echter, kan de rechtspersoon hiervoor wél voor *eigen fout* op grond van artikel 1382-1383 B.W. worden aangesproken.

Dit is de stelling die het voorwerp uitmaakt van het onderzoek in het volgende deel. Hieruit zal blijken dat, zelfs aldus beperkt, het verhaal van de orgaantheorie geen stand houdt.

HOOFDSTUK 2

FOUTIEF BESTUURSHANDELEN: GEEN ORGAANTHEORIE MAAR AANSTELLING

1. INLEIDING

341. De kernaanspraak van de orgaantheorie die zijn weg vond naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie, luidt dus dat de fout van een bestuursorgaan waardoor schade aan derden wordt veroorzaakt, de rechtspersoon niet als aansteller tot vergoeding verplicht, maar als eigen fout van de rechtspersoon geldt en dus zijn aansprakelijkheid op grond van artikel 1382-1383 B.W. meebrengt. Positiefrechtelijk is dit vandaag het belangrijkste activabestanddeel in het handelsfonds van de orgaantheorie. Het leidt weinig twijfel dat rechtspraak en rechtsleer er vandaag in grote meerderheid van uitgaan dat *minstens in dit domein* de orgaantheorie wordt toegepast.¹²⁹⁴ Minstens inzake foutief bestuursgedrag lijkt de orgaantheorie als constructie toch onontbeerlijk om het positiefrechtelijke regime te beschrijven, te verklaren en op doelmatige wijze vorm te geven?

In dit hoofdstuk blijkt dat zelfs dit koninginnenstuk verrassend zwak staat. Hiertoe wordt eerst toegelicht dat het klassieke privaatrecht met artikel 1384, lid 3 B.W. een instrument kent dat *prima facie* bijzonder vlot tot buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor foutief door bestuurders veroorzaakte schade zou kunnen leiden (*infra* 2). Vervolgens wordt bondig het huidige regime geschetst, zoals het vandaag standaard op grond van de orgaantheorie wordt voorgesteld (*infra* 3). Al snel blijkt dan dat wat voor orgaantheorie door gaat, meer op een slechte imitatie van aanstellersaansprakelijkheid lijkt (*infra* 4). Een zijstap naar twee aanverwante rechtsdomeinen waarin de orgaantheorie wél een verschil beweert (of beweerde) te maken, leert bovendien dat die interventie niet zeer succesvol was (*infra* 5). Het falen van de orgaantheorie als juridische constructie om buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor foutief bestuursgedrag te onderbouwen, te beschrijven, te verklaren en doelmatig te laten functioneren, komt hierdoor zeer scherp aan het licht. De vraag wordt dan prangend of het gemeenrechtelijke alternatief waarnaar de oplossingen onder

¹²⁹⁴ Zie *infra* p. 358 e.v.

de oppervlakte blijkbaar steeds opnieuw teruggrijpen – artikel 1384, lid 3 B.W. – vandaag *de lege lata* werkelijk zo moeilijk ligt. Nader onderzoek toont aan dat dit helemaal niet het geval is (*infra* 6). Het besluit luidt dan ook dat de orgaantheorie als juridische constructie het onderspit delft tegen bestuur als aanstelling (*infra* 7).

2. BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID VOOR FOUTIEF BESTUURSHANDELEN: *PRIMA FACIE* COMPATIBILITEIT VAN HET AANSTELLERSREGIME VAN ARTIKEL 1384, LID 3 B.W.

2.1. INLEIDING

342. De vraag waarop de rechtsorde een antwoord moet zoeken, is of en hoe buitencontractuele schade die door het bestuur aan derden wordt veroorzaakt, op de rechtspersoon kan worden verhaald. De rechtspersoon heeft rechtssubjectiviteit, wat een goed begin is. Rechtspersoonlijkheid levert een rechtssubjectief brandpunt waaraan het recht rechten en verbintenissen kan aanknopen. Op dit niveau van abstractie, is er niets bijzonders aan de buitencontractuele schadevergoedingsverbintenis. Zo hier een rechtsgrond voor is, is er vanuit het rechtspersoonlijkheidsbegrip geen conceptueel bezwaar – integendeel – tegen aanknoping van buitencontractuele schadevergoedingsverbintenissen aan het rechtssubject dat de rechtspersoon is. Evengoed beschikt de rechtspersoon dankzij zijn rechtssubjectiviteit over een duidelijk afgelijnd vermogen, waarop de met de schadevergoedingsverbintenis overeenstemmende aanspraak kan worden verhaald.

De vraag luidt wel op *welke rechtsgrond* de aanknoping van de buitencontractuele vergoedingsverbintenis *in concreto* kan worden gesteund. Aangezien de rechtspersoon vanuit materieel-fysiek oogpunt geen eigen gedrag ontplooit, lijkt de *eigen foutieve daad* van artikel 1382-1383 B.W. op het eerste gezicht wat moeilijk te liggen.¹²⁹⁵ Maar bestuurders zijn rechtssubjecten die voor een ander rechtssubject (de rechtspersoon) optreden, zodat het *prima facie* logisch lijkt aan een mechanisme voor aansprakelijkheid uit andermans daad te denken. Dan komt meteen artikel 1384, lid 3 B.W. in het vizier. Uit wat voorafging mag alvast blijken dat deze piste wel eens veelbelovend kan zijn. De aanstellingsverhouding is immers een autonoom en vrij te bewijzen rechtsfeit dat geen principiële problemen kent om aansprakelijkheid te grondvesten voor buitencontractuele schade veroorzaakt door lasthebbers bij de uitvoering van een vertegenwoordigingsopdracht die in essentie op het verrichten van rechtshandelingen betrekking

¹²⁹⁵ Zie hierover wel meer uitgebreid *infra* p. 449 e.v.

heeft.¹²⁹⁶ De vaststelling dat bestuurders lasthebbers zijn die de rechtspersoon vertegenwoordigen, is *als zodanig* niet het onoverkomelijke probleem dat er vooral onder invloed van de orgaantheorie soms van werd gemaakt.

343. Dit wordt nu op grond van een eerste lezing van artikel 1384, lid 3 B.W. aannemelijk gemaakt.¹²⁹⁷ Hiertoe wordt eerst toegelicht dat bestuurders als aangestelden beschouwen, historisch veel dieper geworteld is dan wat hiervan vandaag onder invloed van de orgaantheorie doorgaans in de herinnering overblijft (*infra* 2.2). Vervolgens blijkt uit een bondige schets van het positiefrechtelijke regime van artikel 1384, lid 3 B.W. dat het een *prima facie* coherent systeem biedt om de rechtspersoon voor foutief door bestuurders veroorzaakte schade buitencontractueel aan te spreken (*infra* 2.3).

2.2. BESTUURDERS ALS AANGESTELDEN: HISTORISCH DIEPGEWORTELD

344. Buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen via aanstelling, heeft een rijke traditie in ons recht, die tot diep in de twintigste eeuw stand hield.

Hiervoor werd al verhaald hoe voorlopers van de in artikel 1384, lid 3 B.W. vervatte aanstellersaansprakelijkheid (*actio institoria ut exercitoria*) een belangrijke rol speelden bij de evolutie van vertegenwoordiging in het algemeen, en de toerekening van rechten en verbintenissen aan de vennootschap (en later de rechtspersoon) in het bijzonder, ook voor rechtshandelingen.¹²⁹⁸ Met het Burgerlijk wetboek, werd de aanstellingsfiguur weliswaar beperkt tot het domein van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Maar van een bijkomende beperking tot de ondergeschiktheidsverhouding *stricto sensu* was oorspronkelijk zeker geen sprake.¹²⁹⁹ De wettekst zelf bevat een tweeledigheid tussen het begrippenpaar meester – dienstbode (“*maître – domestique*”) en aansteller – aangestelde (“*commettant – préposé*”). Bij POTHIER beantwoordt deze tweeledigheid duidelijk aan een inhoudelijke realiteit. “*Commettans*” is hij die een ander aanstelt om zijn zaken te voeren, bijvoorbeeld de handelaar die iemand aanstelt om een handelsvestiging uit te baten of de scheepseigenaar die een kapitein aanstelt over zijn vaartuig.¹³⁰⁰ Eerder

¹²⁹⁶ Zie *supra* p. 127 e.v.

¹²⁹⁷ De vraag wordt vervolgens, nadat het falen van de orgaantheorie werd toegelicht, inhoudelijk meer diepgaand aangesneden *infra* p. 418 e.v.

¹²⁹⁸ Zie *supra* p. 200 e.v. (en ook p. 77 e.v. en p. 128 e.v.).

¹²⁹⁹ Dit besef is nadien naar de achtergrond verdwenen, maar nooit volledig verloren gegaan: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 263; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 453; G. VAN HECKE, “La responsabilité des sociétés pour faits de leurs administrateurs et droit belge”, 1010-1011. Zie ook (voor bestuurders): J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 761-762.

¹³⁰⁰ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 141-143 (*Traité des obligations*, nr. 448 en nr. 451).

werd al toegelicht dat deze aanstellingsverhouding bij POTHIER zelfs nog een actief luik heeft, dat hij zelfs eerst behandelt: de aangestelde verbindt de aansteller accessoir voor de rechtshandelingen die betrekking hebben op de zaken waarop de aanstelling slaat.¹³⁰¹ En zijn er meerdere aanstellers, dan zijn zij solidair gehouden.¹³⁰² Deze vorm van accessoire verbondenheid strekt zich uit tot onrechtmatige daden:

“Quiconque a commis quelque’un à quelques fonctions, est responsable des délits et quasi-délits que son préposé a commis dans l’exercice des fonctions auxquelles il est préposé”.¹³⁰³

Duidelijk hiervan onderscheiden, bespreekt POTHIER vervolgens de aansprakelijkheid van vaders en meesters voor hun kinderen, echtgenotes en dienstboden.¹³⁰⁴ De samentrekking tussen meesters en vaders is op zich al veelzeggend, en de stiefmoederlijke behandeling van deze aansprakelijkheidsgrond in vergelijking met de ruimere (commerciële) aanstellingsverhouding, is manifest. Buitencontractueel lijkt er voor dienstboden weliswaar qua aansprakelijkheidsresultaat weinig verschil met het algemene aanstellersregime. In tegenstelling tot de vader, is de meester aansprakelijk, zelfs als hij de daad niet kon beletten, indien deze daad binnen de functie viel. Maar in tegenstelling tot aanstellers *lato sensu*, zijn de meesters en vaders niet contractueel gehouden tot de overeenkomsten van hun kinderen of dienstboden *tenzij zij hen tevens aangesteld hadden tot het bestuur van hun (meestal huishoudelijke) zaken*.¹³⁰⁵ Er bestaat dus geen twijfel over dat de tweeledigheid die zijn weg vond naar artikel 1384, lid 3 B.W., bij POTHIER stond voor een manifest inhoudelijk verschil tussen de *ondergeschikte* dienstbode van een meester en de aangestelde *lato sensu* die wordt ingeschakeld om de (commerciële) zaken van een ander te behartigen.¹³⁰⁶ Wat die laatste categorie betreft, is het dan niet zo verwonderlijk dat vennootschapsbestuurders er vrij probleemloos onder konden worden gevat. In handelsvennootschappen, zo verklaart POTHIER, geldt dat de vennoten met bestuursopdracht – uitdrukkelijk of stilzwijgend verleend – “*sont censés être les instituteurs et préposés les uns des autres pour les*

¹³⁰¹ Zie *supra* p. 128.

¹³⁰² R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 143 (nr. 451).

¹³⁰³ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 143 (nr. 453).

¹³⁰⁴ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 143-144 (nr. 454-456): afzonderlijke hoofding “*Des pères de famille et des maîtres*”. Men kan zelfs denken dat hier een fout sloop in de nummering van de titeltjes. De indeling van deze hoofding onder de titel “*Des commettans*” klopt niet helemaal, zoals blijkt uit de aanhef van deze laatste titel zelf (vijfde hoofding over vaders en meesters niet aanwezig in de opsomming van de vier over aanstelling te behandelen punten), alsook uit de aanhef van de hoofding over vaders en meesters zelf (“*une autre espèce d’obligation accessoire, est celle des pères de famille etc.*”).

¹³⁰⁵ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 144 (nr. 456).

¹³⁰⁶ Zie ook: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 20-21 (en 25).

affaires de la société”.¹³⁰⁷ Ook de uitdrukkelijk met het bestuur belastte derde (niet-vennoot) is een “*préposé*” die de “*commettans*” verbindt volgens de eerder voor de aanstellingsverhouding uiteengezette principes.¹³⁰⁸ Het werk van POTHIER – toch de in de 19e eeuw veruit meest geciteerde auteur bij de interpretatie van het Burgerlijk Wetboek – biedt dus duidelijk meer dan genoeg aanknopingspunten om de vennootschap op basis van artikel 1384, lid 3 B.W. buitencontractueel aan te spreken voor schadeverwekkend bestuursoptreden.

345. Deze opvatting blijft in ons land doorheen de 19e eeuw sterk aanwezig. Nergens is dit duidelijker dan bij de meest prominente 19e-eeuwse Belgische rechtsgeleerde, François LAURENT. Aangestelde is voor LAURENT éénieder die door een ander in een bediening (“*une fonction*”) werd ingeschakeld, onafgezien van de verdere kwalificatie van de rechtsverhouding die tussen hen bestaat.¹³⁰⁹ De bediende is slechts een *species* van het *genus* aanstelling.¹³¹⁰ Artikel 1384, lid 3 B.W. vindt evengoed toepassing op de buitencontractuele fouten van, bijvoorbeeld, de lasthebber.¹³¹¹ LAURENT betwist met klem de oprukkende idee dat gezag, leiding of toezicht nodig is om van aanstelling te spreken.¹³¹² Doorslaggevend is dat iemand door de aansteller gekozen werd om in een bediening van en voor de aansteller te opereren. LAURENT past artikel 1384, lid 3 B.W. dan ook uitdrukkelijk toe op de zaakvoerder van een vennootschap.¹³¹³ Dit standpunt vindt men in die tijdsperiode ook terug in de eerste commentaren op de Vennootschappenwet van 18 mei 1873.¹³¹⁴

346. De Belgische lagere rechtspraak was in de tijd van LAURENT en de jaren die daarop volgden, eerlijk gezegd al meer verdeeld. De strekking die aanstelling tot

¹³⁰⁷ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, II, 425 (*Traité du contrat de société*, nr. 96). Vergelijk ook: R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 25 (*Traité des obligations*, nr. 83).

¹³⁰⁸ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, II, 426 (nr. 99). POTHIER verwijst hier uitdrukkelijk naar het zonet toegelichte deel uit de *Traité des obligations*, waaronder dus de buitencontractuele aansprakelijkheid van de aansteller.

¹³⁰⁹ “Il n’y a pas à distinguer la nature de la convention qui intervient entre le commettant et le préposé. Ce peut être un louage de services: il en est ainsi du maître et du domestique. Ce peut être un mandat. Peu importe, la loi ne distingue pas et il n’y avait pas lieu de distinguer; celui qui confie un service quelconque à une personne est responsable des faits dommageables de cette personne”: F. LAURENT, *Principes*, XX, 607-608.

¹³¹⁰ Ironisch in het licht van het feit dat aanstelling nadien tot ondergeschiktheid werd beperkt, is LAURENT’s uitspraak op dit punt: in de dagelijkse praktijk zal niemand de aangestelde en de (huis)bediende verwarren, maar de wet plaatst beide op dezelfde lijn wat buitencontractuele aansprakelijkheid betreft (F. LAURENT, *Principes*, XX, 607).

¹³¹¹ F. LAURENT, *Principes*, XXVIII, 55.

¹³¹² F. LAURENT, *Principes*, XX, 615-616 (“*l’invention de la jurisprudence*”) en 623 (“*étrangère à la loi*”).

¹³¹³ F. LAURENT, *Principes*, XX, 611-612. Het voorbeeld is veelzeggend, omdat in het geval van de commanditaire vennootschap dat LAURENT opvoert, de overige vennoten zich principieel zelfs niet met het bestuur van de zaakvoerder mogen inlaten (huidig art. 207 W.Venn.). Pikant detail is wel dat LAURENT hier een arrest van het Franse Hof van Cassatie bekritiseert dat enkel naar art. 1382 B.W. had verwezen.

¹³¹⁴ A. DE VOS, *Commentaire*, I, 151.

ondergeschiktheid *stricto sensu* wilde beperkte, maakte duidelijk school.¹³¹⁵ Maar daarnaast bleef de klassieke traditie zeer levendig.¹³¹⁶ Specifiek wat betreft de toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. op rechtspersoonlijke bestuurders, zijn tot aan de vooravond van W.O. II uitspraken in beide richtingen aan te treffen.¹³¹⁷ En ook in de rechtsleer bleef de aanstellingsbenadering in die periode zijn uitdrukkelijke pleitbezorgers behouden.¹³¹⁸ Vooral de Leuvense hoogleraar en hoofdredacteur van de *Revue Pratique des Sociétés* Jean CORBIAU liet zich niet onbetuigd.¹³¹⁹ Onder zijn invloed was dit gedurende jaren het redactionele standpunt van de *Revue Pra-*

¹³¹⁵ *Pandectes Belges*, “Responsabilité civile des maitres et commettants”, deel 88 (1907), p. 988 e.v. (vergelijk bijvoorbeeld, vaak tegenstrijdig, de nrs. 28, 32, 33, 35, 44, 49, 57, 59, 60 64, 68, 72, 81, 93bis en 93ter).

¹³¹⁶ Luik 16 januari 1890, *Pas.* 1890, II, 180; Brussel 8 februari 1899, *Pas.* 1899, II, 227; Kh. Antwerpen 16 december 1887, *J.T.* 1888, 107; Kh. Antwerpen 16 mei 1889, *Pas.*, III, 72; Kh. Brussel 9 juli 1897, *Pand Pér.* 1898, 133; Rb. Brussel 8 mei 1901, *Pas.* 1902, III, 76; Kh. Brussel 24 maart 1903, *Pand. Pér.* 1903, 558; Rb. Brussel, 10 februari 1904, *J.T.* 1904, 871; Kh. Gent 22 juli 1922, *R.P.S.* 1923, 134 en noot.

¹³¹⁷ *Pro:* Brussel 14 januari 1897, *R.P.S.* 1897, 329; Brussel 7 januari 1933, *Jur. Comm. B.* 1933, 117; Kh. Gent 22 juli 1922, *R.P.S.* 1923, 134 en noot. De gevallen waarin de aanstellersaansprakelijkheid werd aangenomen voor de (in die tijd vaak statutaire) directeur, zijn hier ook relevant: Luik 16 januari 1890, *Pas.* 1890, II, 180; Luik, 17 februari 1903, *R.P.S.* 1903, 193; Rb. Brussel 8 mei 1901, *Pas.* 1902, III, 76; *Contra:* Brussel 5 mei 1897, *R.P.S.* 1897, 272; Luik 23 oktober 1912, *R.P.S.* 1913, 17; Kh. Brussel 16 januari 1900, *R.P.S.* 1900, 43, noot (deze beslissing is ook te interpreteren als een geval van optreden buiten de functie; de rechtbank verklaart niet uitdrukkelijk dat art. 1384, lid 3 B.W. nooit toepassing kan vinden bij onrechtmatige daden); Rb. Brussel 24 juni 1936, *Pas.* 1937, III, 61, *R.P.S.* 1937, 1968 en noot. Vergelijk ook, minder expliciet maar eerder *pro*, Brussel 25 februari 1904, *Pand. Pér.* 1904, 843 (“Attendu qu’une société anonyme ne peut commettre de fautes, abstraction faite des personnes physiques qui la représentent à titre de mandataires ou de préposés”).

¹³¹⁸ Voor rechtspersonen van privaatrecht: J. CORBIAU, “De la responsabilité civile des sociétés commerciales du chef des délits et quasi-délits de leurs administrateurs”, *La Belgique Judiciaire* 1940, nr. 1, p. 1-17 (niet te verwarren met de Jean CORBIAU, meest prominent pleitbezorger en daarom afzonderlijk geciteerd in volgende voetnoot, die in 1922 overleed). Voor rechtspersonen van publiek recht (en, zo lijkt uit de argumentatie af te leiden, *a fortiori* ook voor rechtspersonen van privaatrecht): C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, 136-137, 156 e.v., 196 (over aanstelling in het algemeen: “un rapport entre deux personnes dont l’un travaille pour le compte et pour le profit de l’autre”, vgl. ook p. 210) en 256-261. Bescheidener van opzet: P. ORIANNE, noot bij Brussel 22 oktober 1948, *J.T.* 1949, 279-280. De invloed van de Franse *traités* is daarbij wellicht nooit ver weg. Zie in die periode nog uitdrukkelijk *pro* art. 1384, lid 3 B.W.: L. LACOUR en J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 3e uitgave, IV dln., Parijs, Dalloz, 1925, I, 242; P. PIC, *Des sociétés commerciales*, 2e uitgave, III dln., Parijs, Rousseau, 1925, I, 254; en zelfs: J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Parijs, Sirey, 1952, 332.

¹³¹⁹ J. CORBIAU, “De la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes”, *R.P.S.* 1903, 195-202; J. CORBIAU, “De la responsabilité des sociétés anonymes, eu égard aux cessions de leurs actions faites sur la foi de leurs faux bilans”, *R.P.S.*, 1909, 273-279. Een aantal van de (voor dezelfde stelling pleitende) anonieme redactionele annotaties in die periode zijn wellicht ook van zijn hand of door hem geïnspireerd: Noot bij Kh. Brussel 16 januari 1900, *R.P.S.* 1900, 43; Noot bij Rb. Doornik 13 mei 1903, *R.P.S.* 1904, 319; Noot bij Cass. 26 april 1909, *R.P.S.* 1909, 326; Noot bij Luik 23 oktober 1912, *R.P.S.* 1913, 17; Noot bij Brussel 18 maart 1913, *R.P.S.* 1914, 95; Noot bij Cass. fr. 8 april 1930, *R.P.S.* 1930, 158. Zie ook: Th., noot bij Luik 18 november 1910, *R.P.S.* 1911, 259; C.D., noot bij Kh. Gent 22 juli 1922, *R.P.S.* 1923, 134. CORBIAU werd voor dit standpunt ook genoemd bij: L. FRÉDÉRICQ, *Beginselen*, II, 408.

tique des Sociétés.¹³²⁰ Pas met het principiële arrest van 15 januari 1946 koos het Hof van Cassatie voor rechtspersonen van privaatrecht uitdrukkelijk de andere kant.¹³²¹

347. De positiefrechtelijke steun voor artikel 1384, lid 3 B.W. in de periode voor W.O. II komt zelfs – zij het deels ongewild – uit bijzonder onverdachte hoek: Raymond SALEILLES.¹³²² Het loont de moeite iets dieper in te gaan op de voor de voorliggende vraag meest relevante passages uit zijn *De la personnalité juridique* uit 1922.¹³²³ SALEILLES beseft maar al te goed dat het probleem van buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen voor de Duitse auteurs die de orgaantheorie in al zijn glorie ontwikkelden, een stuk acuter was dan onder de gelding van de *Code civil*. Het Duitse recht hield sterk vast aan de persoonlijke fout bij de aansteller, en daarmee verbonden zijn recht om aan aansprakelijkheid te ontsnappen door het tegenbewijs te leveren dat hij, ondanks de fout van zijn aangestelde, zelf zorgvuldig had gehandeld.¹³²⁴ Dit maakte toepassing op rechtspersonen zeer moeilijk. Maar in Frankrijk, zo zag SALEILLES in, lagen de zaken anders:

“Heureusement, le droit français offrait une autre ressource, celle de l’article 1384 du Code civil (...) les conditions de cette responsabilité purement indirecte sont de nature essentiellement objectives”.¹³²⁵

In dit systeem is er geen enkel bezwaar om de rechtspersoon als aansteller buitencontractueel aansprakelijk te houden voor het optreden van aangestelden. Maar gaat dit ook op voor zaakvoerders en bestuurders, handelend in die hoedanigheid?¹³²⁶ Voor SALEILLES niet. Het zijn organen die de organieke wil van de rechtspersoon zelf tot uitdrukking brengen.¹³²⁷ Hij geeft echter volmondig toe dat de Franse rechtspraak en rechtsleer dit in zijn tijd anders zien:

“Elles appliquent sur ce point encore les conceptions de l’article 1384, elles assimilent les gérants et administrateurs à de simples préposés”.¹³²⁸

¹³²⁰ Zie vorige voetnoot. Zie ook: J. CORBAU, “De la responsabilité civile des sociétés commerciales du chef des délits et quasi-délits de leurs administrateurs”, 6. Het *R.P.S.* veranderde eind jaren 1930 van mening. Dit is natuurlijk toegelaten. Maar de manier waarop het eerdere standpunt vervolgens wordt doodgezwegen doet vanuit wetenschappelijk oogpunt de wenkbrauwen fronsen. Vergelijk de redactionele noot onder Rb. Brussel 24 juni 1936, *R.P.S.* 1937, 170 met de redactionele noot onder Cass. fr. 8 april 1930, *R.P.S.* 1930, 159.

¹³²¹ Cass. 15 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 25.

¹³²² Zoals eerder toegelicht was R. SALEILLES een belangrijk pleitbezorger van de vroege orgaantheorie in Frankrijk: zie *supra* p. 30.

¹³²³ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 322-339.

¹³²⁴ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 334 e.v.

¹³²⁵ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 323.

¹³²⁶ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 324.

¹³²⁷ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 325.

¹³²⁸ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 326. Zie ook p. 328: “c’est le principe de l’article 1384 que l’on invoque presque d’une façon générale. C’est donc cette construction juridique que nous pouvons considérer comme étant celle de la jurisprudence française”.

Vanuit theoretisch oogpunt is, volgens SALEILLES, niets minder juist. Het degradeert bestuurders ten aanzien van de rechtspersoon tot derden, vreemden op hetzelfde niveau als het personeel in dienst.¹³²⁹ De idee alleen al is voor SALEILLES niet te harden:

Ce sont des employés supérieurs, mais des employés tout de même (...) ni plus ni moins que la plus basse domesticité: serviteurs de degré éminentement surélevé, mais serviteurs en soi (...) des employés au service de cet établissement.¹³³⁰

Dit sociale argument klinkt vandaag zeer gedateerd. Wat overblijft van de *inhoudelijke* kritiek, is eerder mager. SALEILLES' voornaamste probleem blijkt gelegen in het feit dat het 1384-systeem niet strookt met de klassieke opvatting dat zelfs de aanstellersaansprakelijkheid op een foutvermoeden steunt. Als de rechtspersoon volgens SAVIGNY een fictieve entiteit is die de bewustzijnstoestand ontbeert om een fout te begaan – en dit is tenslotte de opvatting die SALEILLES boven alles wil bestrijden – kan hij ook geen in rechte vermoedde fout begaan. De steun in artikel 1384, lid 3 B.W. is een “*trompe-l'oeil*”.¹³³¹ Voor iemand als SALEILLES is dit argument merkwaardig omdat hij zelf een risico-interpretatie van artikel 1384, lid 3 B.W. niet ongenegen is, en ronduit het objectieve karakter van de daarin vervatte aansprakelijkheid erkent. Zijn voornaamste doelstelling in deze passage lijkt er dan ook in gelegen een discrepantie bloot te leggen tussen de de fictieleer enerzijds, en de in zijn tijd filosofisch-theoretisch nog met schuld in verband gebrachte aanstellersaansprakelijkheid van de fictieve entiteit anderzijds.¹³³² *In fine* moet SALEILLES besluiten dat dankzij deze “dubbele doctrinale vergissing”, de resultaten er best mogen zijn:

“[A]vouons que les infractions à la logique sont la première condition de toute bonne méthode d'interprétation juridique. (...) [R]econnaissons loyalement qu'aujourd'hui, avec la jurisprudence actuelle, et malgré la thèse de la personne fictive, *il n'y a pas de difficulté sérieuse en matière de responsabilité collective des personnes morales* (...). On applique purement et simplement l'article 1384 du Code civil”.¹³³³

348. Door een moderne bril leest deze hele passage als ongewilde reclame voor de aanstellingsbenadering. Niet alleen wordt ruiterlijk toegeven wat nadien onder het geweld van de orgaantheorie wat in de vergeethoek raakte: dat het klassieke

¹³²⁹ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 327.

¹³³⁰ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 327. De echo hiervan weerklinkt bij COULOMBEL: “Comment mettre logiquement sur le même plan le Président Directeur général de la société et un garçon de bureau”: P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 317.

¹³³¹ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 329 (en ook 323-324 en 330). Zie ook: B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Parijs, Rodstein, 1947, 251.

¹³³² Ook bij: L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, II, 238.

¹³³³ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 333-334 (onderstreping toegevoegd).

privaatrecht met artikel 1384, lid 3 B.W. in het arsenaal, helemaal niet zo veel moeite had met de buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen. Het nauwelijks verholten neusophalen voor de behandeling van bestuurders zoals het andere rechtspersoonlijke personeel, pleit evenmin voor SALEILLES. Vandaag mag de functionele analyse zwaarder doorwegen dan sociaal snobisme. Bestuurders als “simpele dienaars” van het rechtspersoonlijke belang, klinkt het moderne oor nog zo slecht niet toe.¹³³⁴ Maar boven alles blijkt uit de besproken passages duidelijk de puur conceptueel-theoretische aard van SALEILLES’ tegenwerping. Misschien heeft SAVIGNY een probleem¹³³⁵, maar de *Code civil* duidelijk niet, en de daarop gesteunde positiefrechtelijke oplossingen evenmin. Wie niet *per se* vanuit quasi-metafysisch oogpunt de rechtspersoon aansprakelijkheidsonbekwaam wil verklaren, kan met de objectieve aansprakelijkheid van artikel 1384, lid 3 B.W. best uit de voeten. Het overtuigt vandaag niet als SALEILLES een positiefrechtelijk stabiele en beleidsmatig functionele aansprakelijkheidsoplossing overboord gooit enkel en alleen om de geprefereerde theoretische constructie over rechtspersoonlijkheid (realiteitsleer) te doen zegevieren op de concurrentie (fictieleer). Zeker nu het debat over de “aard van de rechtspersoon” niet meer zo brandend actueel is, en de objectieve aard van de toepassingsvoorwaarden van de aanstellersaansprakelijkheid, en hun toepasselijkheid op rechtspersonen, niet langer voor existentiële twijfel zorgt.¹³³⁶

349. Voorts is vanuit historisch oogpunt te benadrukken dat, nog los van de discussie over de vraag of artikel 1384, lid 3 B.W. een afdoende rechtsgrond bood, er in de rechtspraak van die periode nooit een ernstige tendens is geweest om de rechtspersoon principieel *onverantwoordelijk* te verklaren. In heel wat gevallen waarin de rechtsgrond voor buitencontractuele aansprakelijkheid niet uitdrukkelijk wordt uitgesproken, is duidelijk dat de rechtspersoon er hoe dan ook niet aan ontsnapt.¹³³⁷ Dit is een veelgemaakte vaststelling in die periode, die later wat in de vergeethoek raakte. Zo er al een theoretisch probleem zou zijn met de toerekening van een buitencontractuele vergoedingsverbintenis aan rechtspersonen, heeft de rechtspraktijk zich hier nooit veel van aangetrokken.¹³³⁸ PLANIOL en

¹³³⁴ Zie: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 115.

¹³³⁵ En dan nog: zie *supra* voetnoot 108 over de omzichtigheid die nodig is bij de transpositie van SAVIGNY’s standpunt op het aansprakelijkheidsregime van de *Code civil*.

¹³³⁶ Zie *supra* p. 320 e.v. en *infra* p. 341 e.v.

¹³³⁷ Tot op niveau van het Hof van Cassatie: Cass. 30 maart 1911, *Pas.* 1911, I, 193. In de anonieme noot (wellicht van CORBIAU) bij dit arrest, zag de auteur hierin wat de grondslag voor de aansprakelijkheid betreft, een bevestiging van de toen nog door het R.P.S. verdedigde 1384-stelling. Een latere noot, getekend Th. Th. (Noot bij Luik 18 november 1910, *R.P.S.* 1911, 259), hoewel die de 1384-piste aanhoudt (als “*conforme au vrais principes du droit*”), verraadt meer twijfel over de vraag of dit arrest van het Hof van Cassatie hiervoor veel steun biedt. Terecht. Het arrest doet over de vraag naar de grondslag niet echt uitspraak.

¹³³⁸ M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI, 695; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 333-334 en 338; I. VAN CREVELD, *Aansprakelijkheid van de rechts-*

RIPERT, nochtans in het algemeen niet vijandig ten opzichte van de orgaantheorie¹³³⁹, stelden al vast dat wat buitencontractuele aansprakelijkheid betreft, het vermeend theoretisch cruciale onderscheid tussen organen en aangestelden “*n’a pas été imaginée en vue de solutions pratiques dans le domaine de responsabilité civile, mais par un développement de la théorie d’après laquelle les personnes morales ont une existence réelle (...)*”.¹³⁴⁰

350. Dat rechtspersonen zonder hulp van de orgaantheorie niet buitencontractueel aansprakelijk konden worden gesteld voor onrechtmatig bestuursoptreden, is dus een ahistorische en al bij al vrij recente opvatting. Ze lijkt minstens deels ingegeven door het verlangen de orgaantheorie rechtsdogmatisch in de verf te zetten. Het inzicht dat het aanstellingsbegrip oorspronkelijk zeer ruim was, en best plaats liet voor rechtspersoonlijke bestuurders is nooit volledig verloren gegaan¹³⁴¹, maar is wel sterk op de achtergrond geraakt. Vandaag wordt de niet-toepasselijkheid van artikel 1384, lid 3 B.W. bijna als axioma beschouwd. Enig historisch perspectief doet onmiddellijk beseffen hoe relatief dit resultaat is.

Dit is een belangrijk startpunt voor de analyse die volgt. De atrofie van aanstellersaansprakelijkheid is in belangrijke mate een rechtsdogmatische keuze geweest. Die keuze werd deels mogelijk gemaakt doordat met de orgaantheorie een in die tijd modern en modieus alternatief voorhanden leek. Dit wordt goed geïllustreerd in het werk van Louis FREDERICQ. In 1931 was de 1384-piste nog een volwaardige vermelding waard. FREDERICQ schrijft hierover:

“Die theorie is verleidelijk, omdat zij aan de billijkheid voldoet (...) Hoe rechtvaardig de voorgestelde oplossing ook weze, zij schijnt juridisch onverdedigbaar. Art. 1384 wijkt af van het gemeen recht en de opsomming ervan is beperkend. Nu, de beheerders zijn lasthebbers van den rechtspersoon en niet zijn aangestelden of ondergeschikten”.¹³⁴²

Dit laatste bezwaar werd al ontkracht.¹³⁴³ Wat overblijft is de keuze om een zelf als billijk en rechtvaardig bestempelde oplossing niet aan te grijpen via een dubieuze en ahistorische toepassing van een algemene interpretatieregel. Dit is des te merkwaardig, omdat FREDERICQ in deze vroegste editie de orgaantheorie nog niet heeft geadopteerd en dus één van de weinige auteurs is die openlijk met de aansprakelijkheidsimmuniteit van de rechtspersoon heeft geflirt.¹³⁴⁴ Beleidsma-

persoon voor onrechtmatige daden volgens privaatrecht, 8 e.v. Zie ook: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 113.

¹³³⁹ Zie *supra* p. 35.

¹³⁴⁰ M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI, 696.

¹³⁴¹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 761-762; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 263; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 453; G. VAN HECKE, “La responsabilité des sociétés pour faits de leurs administrateurs en droit belge”, 1010-1011.

¹³⁴² L. FRÉDÉRICQ, *Beginselen*, II, 409 (maar vergelijk ook met p. 237).

¹³⁴³ Zie *supra* p. 127 e.v.

¹³⁴⁴ L. FRÉDÉRICQ, *Beginselen*, II, 408.

tig is dit standpunt niet zeer stabiel, en inderdaad, in latere werken werd FREDERICQ gered door de orgaantheorie.¹³⁴⁵

Dit is niet langer het domein van de juridische noodzaak, maar van de rechtsdogmatische keuze. Die keuze blijft dus ook vandaag nog toetsbaar. Rechtswetenschappelijk blijft de mogelijkheid open dat ze moet worden herzien, mede in functie van de juridische gegevens die sindsdien aan het licht kwamen.¹³⁴⁶ Zeker nu uit een eerste lezing van het positiefrechtelijke regime van artikel 1384, lid 3 B.W. zal blijken dat het ook inhoudelijk goed op het probleem toegesneden lijkt.

2.3. BESTUURDERS ALS AANGESTELDEN: *PRIMA FACIE* STERK COMPATIBEL

351. Artikel 1384, lid 3 B.W. bepaalt dat aanstellers aansprakelijk zijn voor de schade die aangestelden veroorzaken in “de bediening waartoe zij werden gebezigd”. Deze wetsbepaling lijkt *prima facie* zinvol toepasbaar op onrechtmatig bestuursoptreden dat schade aan derden veroorzaakt. Dit blijkt uit het objectieve karakter van de aansprakelijkheidsregel (*infra* 2.3.1), zijn toepassingsvoorwaarden (*infra* 2.3.2) en zijn rechtsgevolgen (*infra* 2.3.3).

2.3.1. Algemeen: objectieve aansprakelijkheid

352. De fundamentele structuur van artikel 1384, lid 3 B.W. maakt de regel uitermate geschikt voor toepassing op organisaties met rechtspersoonlijkheid. Het meest in het oog springende kenmerk van het Frans-Belgische regime van aanstellersaansprakelijkheid, is de onmogelijkheid voor de aansteller om zich aan zijn aansprakelijkheid te onttrekken met het argument dat hij zelf zorgvuldig heeft gehandeld. Vanuit het standpunt van de aansteller is de aansprakelijkheid *objectief*: zij hangt niet af van zijn eigen foutief gedrag.¹³⁴⁷ Dit gaf, in een rechtstraditie die aansprakelijkheid en persoonlijke fout sterk verbond, onvermijdelijk aanleiding tot verhitte discussies over de *grondslag* van de aanstellersaansprakelijkheid.¹³⁴⁸ Lange tijd werd uitgegaan van een vermoeden van fout, dat dan wel-

¹³⁴⁵ L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, IV, 148 en 180-182 en V, 622. Zie ook: L. FRÉDÉRICQ, *Handboek*, I, 671.

¹³⁴⁶ Zie *infra* p. 370 e.v.

¹³⁴⁷ L. CORNELIS, *Beginselen*, 359 en 384-387. Dit wordt terecht afgeleid uit het laatste lid van art. 1384 B.W. In tegenstelling tot de andere aansprakelijke personen in dit wetsartikel (ouders, onderwijzers, ambachtslieden), houdt de aansprakelijkheid van de aansteller niet op als hij bewijst dat hij “de daad niet kon beletten”.

¹³⁴⁸ Het is niet de bedoeling deze discussie hier gedetailleerd weer te geven. Zie voor een inleidend overzicht: H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1010-1011 en 1025-1026; G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 976-977. De discussie werd aangewakkerd door het feit dat de voorbereidingen van het Burgerlijk Wetboek hierover duidelijk conflicterende (en soms zelfs ronduit verkeerde) uitspraken bevatten. Vergelijk, telkens in J. LOCRIÉ, *Législation civile*,

is waar *juris et de jure* gold.¹³⁴⁹ Welke dan precies de fout was, werd nooit volledig uitgeklaard. Een fout in het toezicht op de aangestelde, wordt snel ongeloofwaardig als de concrete wijze waarop toezicht werd uitgeoefend er niet toe doet.¹³⁵⁰ De dominante idee in België was lange tijd dat de aansteller een fout had gemaakt in de keuze van de aangestelde.¹³⁵¹ Dit werkt enkel voor wie bereid is te aanvaarden dat *het loutere feit* dat de aangestelde foutief schade heeft veroorzaakt, *automatisch* betekent dat de aansteller hem verkeerd heeft gekozen. De gekunsteldheid van deze zienswijze is duidelijk en deed steeds vaker toegegeven dat een geval van *objectieve aansprakelijkheid* of *risicoaansprakelijkheid* voorlag.¹³⁵² Vermeldenswaardig is wel nog dat soms ook wel eens werd getracht de dichotomie tussen fout en risico te doorbreken (of te ontkennen). De substitutieleer van MAZEAUD en MAZEAUD is in dit kader een niet oninteressant voorbeeld.¹³⁵³ Zij zoekt een verklaring in de idee dat de aangestelde slechts een instrument van de eigen activiteit van de aansteller is. Alles verloopt alsof de aansteller zelf had gehandeld. Voor derden is de handeling van de aangestelde de handeling van de aansteller.¹³⁵⁴ De aansprakelijkheid blijft op fout gebaseerd, maar dan op de fout van de aangestelde, die in deze met de aansteller wordt *vereenzelvigd*. Dit klinkt natuurlijk niet onbekend in de oren.

353. Heel deze discussie wordt hier niet heropend. Het objectieve karakter van de aanstellersaansprakelijkheid wordt tegenwoordig niet meer ontkend. De discussie over de grondslag hiervoor – of zelfs de nood om één grondslag te onder-

VI: Verslag TARRIBLE, 287-288 (nr. 21); Verslag BERTRAND DE GREUILLE, 281 (nr. 14); Verslag TREILHARD, 276, nr. 11.

¹³⁴⁹ H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1024-1027.

¹³⁵⁰ Nog versterkt doordat TARRIBLE, die de fout in het toezicht tijdens de voorbereidingsfase van het B.W. lijkt te verdedigen, zich op die plaats duidelijk vergist over de draagwijdte van de rechtstregel (hij denkt dat het tegenbewijs ook voor de aansteller mogelijk is). In België lijkt LAURENT grotendeels geslaagd te zijn in zijn aanval op de fout in het toezicht, die na hem zelden nog als enigszinsmakende grondslag werd verdedigd: zie F. LAURENT, *Principes*, XX, 606 e.v.

¹³⁵¹ Met als voornaamste pleitbezorger: F. LAURENT, *Principes*, XX, 606 e.v. Hiervoor is steun bij R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, I, 33 (*Traité des obligations*, nr. 121). Zie ook Cass. 2 juli 1900, *Pas.* 1900, I, 311.

¹³⁵² Zie de rake vaststelling van H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1025, voetnoot 9 (die ultiem weliswaar niet kiest en besluit tot “*un énigme*”). De keuze voor het risico vinden we wel al duidelijk bij René DEKKERS: R. DEKKERS, *Précis*, II, 150. Zie verder in de hedendaagse bronnen: H. BOCKEN, “Van fout naar risico. Een overzicht van de objectieve aansprakelijkheidsregelingen naar Belgisch recht”, 397; L. CORNELIS, *Beginselen*, 361-363 en 384-387; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1868; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 390 Zie ook in Frankrijk: G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 977. Het risico in kwestie kan dan op zijn beurt op verschillende wijze worden ingevuld (risico van de activiteit, risico van insolventie van de aangestelde, risico van dispersie van verantwoordelijkheid...).

¹³⁵³ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 654-656.

¹³⁵⁴ We lezen bij deze auteurs zelfs: “*Le préposé n'est pas autre chose que le bras du commettant*” (H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 654).

kennen – is hiermee wat naar de achtergrond verschoven. Wellicht zonder het goed te beseffen¹³⁵⁵, heeft de wetgever van 1804 ons hiermee een uitermate *moderne* wetsbepaling geschonken. Het Duitse rechtssysteem, en de landen die daardoor zijn beïnvloed, worstelen zeer nadrukkelijk met het ondubbelzinnige behoud van een foutvereiste in de aanstellersaansprakelijkheid, en de daaraan gekoppelde mogelijkheid tot tegenbewijs.¹³⁵⁶ Een voor de voorliggende vraag cruciaal gevolg van deze stand van zaken, is dat in ons recht het belangrijkste obstakel voor een zinvolle toepassing van aanstellersaansprakelijkheid op rechtspersoonlijk bestuursoptreden, wegvalt.¹³⁵⁷ Van aanstellerszijde is immers niet meer vereist dan dat de aanstellingsrelatie tot stand werd gebracht.¹³⁵⁸ In rechtspersoonlijk verband kan dit perfect via de toerekening aan de rechtspersoon van een overeenkomst als de zijne, bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst of *in casu* de bestuursovereenkomst.¹³⁵⁹ Een concreet gedrag is verder, zolang de aanstellingsverhouding duurt, van de kant van de aansteller niet meer vereist om tot aansprakelijkheid te besluiten en evenmin dienend om aansprakelijkheid te ontlopen.¹³⁶⁰ Men hoeft niet op zoek naar eigen fout of eigen schuld van de rechtspersoon, met alle existentiële complicaties die hier historisch mee gepaard gingen.

De aansteller als objectief toerekeningspunt voor foutief door zijn aangestelden in verband met hun functie veroorzaakte schade: het lijkt wel op maat van de rechtspersoon gesneden.¹³⁶¹ De klacht dat ons (aansprakelijkheids)recht op maat

¹³⁵⁵ O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, 466-467.

¹³⁵⁶ C. VON BAR en U. DROBNIG, *The interaction of contract law and tort and property law in Europe*, 142; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 1123-1126 (“a major source of embarrassment”); K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *Introduction to comparative law*, 3e uitgave, Oxford, Clarendon Press, 1998, 299. Zie ook: H. SLIM, “Recherche sur la responsabilité du fait d’autrui en droit comparé”, *Resp. civile et assurances* 2000, nr. buiten reeks, 57 (Frankrijk).

¹³⁵⁷ Iets wat, in één van zijn meer pragmatische momenten, MICHOUUD ook al besepte: L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 247. Zie, veel uitgebreider, R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 322-339. Zie ook: C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, 225 (toegepast op de Staat).

¹³⁵⁸ En zelfs dit is te nuanceren: zie *supra* voetnoot 548.

¹³⁵⁹ Perfect geïllustreerd in Cass. 26 april 1909, R.P.S. 1909, 325 en noot (het arrest ging over arbeidsovereenkomst, de noot breidt het principe uit de de bestuursovereenkomst): “*Attendu que le jugement attaqué en déduit à bon droit que les obligations dérivant du louage d’ouvrage conclu par l’administrateur passent à la société anonyme; que celle ci doit seule être considérée comme le commettant visé par l’article 1384 du Code civil (...)*”.

¹³⁶⁰ Het is dan *de lege lata* wel vereist dat uit de overeenkomst ondergeschiktheid volgt. Dat die ondergeschiktheid *de lege lata* van formeel-juridische aard kan zijn, en niet materieel-feitelijk moet worden ingevuld, werd eerder aangetoond (*supra* p. 133 e.v.). Verder wordt bepleit dat de bestuursopdracht in een moderne visie op het aanstellingsbegrip past (*infra* p. 418 e.v.).

¹³⁶¹ De invloedrijke Engelse rechtshistoricus MAITLAND, nochtans een verspreider van GIERKE’s ideeën, merkte al op dat dankzij de zeer ruime Angelsaksische aanstellersaansprakelijkheid (op dit punt vergelijkbaar met art. 1384, lid 3 B.W.), het Engelse recht weinig problemen kende om de rechtspersoon buitencontractueel aansprakelijk te houden: “*such is our happy state*”. Maar in Duitsland, waar de aansprakelijkheid op fout gebaseerd blijft en het tegenbewijs wél mogelijk is, geldt dat “*those (...) who have been striving for the ‘organic idea’ have not been fighting for a mere phrase*”. F.W. MAITLAND (ed.), *Political Theories of the Middle Ages by Otto*

van de mens is gedacht, en dus niet goed met rechtspersonen omkan¹³⁶², ziet dit alvast op dit punt over het hoofd.

2.3.2. Toepassingsvoorwaarden voor aanstellersaansprakelijkheid

354. Ook de toepassingsvoorwaarden van artikel 1384, lid 3 B.W. lijken *prima facie* goed verenigbaar met een adequaat systeem van buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon ten aanzien van derden voor foutief door zijn bestuurders veroorzaakte schade. De drie *de lege lata* genoemde en voor de voorliggende vraag meest relevante toepassingsvoorwaarden luiden dat een *aangestelde* (*infra* A) een *onrechtmatige daad* beging (*infra* B) in de *bediening* waartoe hij werd gebezigd (*infra* C).¹³⁶³ Daarnaast is natuurlijk vereist dat hierdoor schade werd veroorzaakt (schade en causaal verband). Maar dit geeft geen aanleiding tot bijzonderheden die hier van belang zijn.

A. Een aangestelde

355. Over de aanstellingsverhouding, is de wettekst uiterst summier. Hij vereist niet meer dan dat een rechtssubject een ander heeft “aangesteld” (“*commettre un préposé*”).¹³⁶⁴ De enige verdere indicatie, is te vinden in het vereiste dat de schade door de aangestelde moet zijn veroorzaakt “in de bediening waartoe hij werd gebezigd”. Deze ongelukkige Nederlandse vertaling heeft baat bij een samenlezing met de Franse tekst: “*dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*”.¹³⁶⁵ Een persoon moet dus zijn aangesteld in een functie waarin hij voor de aansteller werkt. De aansteller “gebruikt” hem om die functie te vervullen. Voorts kan men trachten in de aanhef (het eerste lid) van artikel 1384 B.W. nog wat meer duiding te lezen. Hieruit blijkt meer algemeen dat het de bedoeling van de wetgever was aansprakelijkheid tot stand te brengen voor “personen voor wie men moet instaan”. Het gebruik van het eerste lid van artikel 1384 B.W. is weliswaar een

Gierke, xxxix. *A contrario*, kan dan worden geopperd dat in het Frans-Belgische systeem, de voorstanders van de orgaantheorie wel voor “*a mere phrase*” vechten. Zie ook: P.W. DUFF, *Personality in Roman private law*, New York, Kelley Publishers, 1971 (herdruk van: Londen, Cambridge University Press, 1938), 212 (“*our readiness to hold corporations liable for torts would shock Savigny, but seems to follow logically from our law, itself anomalous, of master and servant*”); J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 761.

¹³⁶² J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 755.

¹³⁶³ L. CORNELIS, *Beginselen*, 363; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1012 (*juncto* p. 1011, nr. 984bis en p. 986); W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 390-394; G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 979.

¹³⁶⁴ Men is het erover eens dat de relatie tussen “meesters” en “dienstboden”, die ook met naam in art. 1384, lid 3 B.W. wordt genoemd, slechts een *species* is van het *genus* dat de aanstellingsverhouding is. Zie *supra* voetnoot 527.

¹³⁶⁵ De “oorspronkelijke” Nederlandse vertaling is op dit punt zeker niet slechter: “*in functiën waer toe zy de zelve aangesteld hebben*” (zie: D. HEIRBAUT en G. BAETEMAN, *Cumulative editie van het Burgerlijk Wetboek*, 1249; zie ook *supra* voetnoot 788).

heikele oefening, omdat ons Hof van Cassatie zich heeft uitgesproken tegen het standpunt dat hierin een autonome aansprakelijkheidsgrond voor *personen voor wie men moet instaan*, ligt vervat.¹³⁶⁶ In principe “moet” men dus slechts instaan voor de personen opgenoemd in de volgende leden van artikel 1384 B.W. Maar minstens kan deze passage, die per slot van rekening wettekst is, niet ontkend worden als uitdrukking van de gedachtengang van de wetgever. Zij mag dus de interpretatie van de aanstellingsverhouding, waaromtrent de wettekst verder uiterst spaarzaam is, mee kleuren.

Minstens *prima facie* is er geen beletsel om rechtspersoonlijke bestuurders onder deze wettekst te vatten. Zij worden door de rechtspersoon bij overeenkomst aangesteld¹³⁶⁷ in een functie binnen de rechtspersoonlijke organisatie. In die functie treden zij op voor rekening van de rechtspersoon. Veel meer nog dan bij sommige aangestelden van natuurlijke personen, *bedient* de rechtspersoon zich werkelijk van hen. Zijn activiteit krijgt maar vorm via hun optreden. Het lijken dan ook bij uitstek personen voor wie de rechtspersoon *moet instaan*.

In werkelijkheid is, van alle elementen van artikel 1384 lid 3 B.W., de aanstellingsverhouding de grootste uitdaging (geworden) voor de toepassing op rechtspersoonlijk bestuursoptreden. Dit heeft natuurlijk veel te maken met de geleidelijke verenging van aanstelling tot de verhouding die door *ondergeschiktheid* van de ene aan de andere wordt gekenmerkt. Ondergeschiktheid wordt dan weer verbonden met de mogelijkheid om *gezag* uit te oefenen over de ander. Ondergeschiktheid van bestuurders aan de rechtspersoon die zij besturen, vergt wat verbeeldingskracht. Tegelijk werd met de opkomst van de orgaantheorie wellicht minder de nood gevoeld om die aan de dag te leggen. Maar als hierna blijkt dat de orgaantheorie een stuk minder sterk staat dan algemeen wordt aangenomen¹³⁶⁸, dringt een hernieuwd onderzoek naar de vraag of deze toepassingsvoorwaarde werkelijk zo een probleem oplevert, zich op.¹³⁶⁹

B. Een onrechtmatige daad van de aangestelde

356. Doorgaans wordt voorgehouden dat de aansteller pas kan worden aangesproken als het schadeverwekkende gedrag van een aangestelde *foutief* was.¹³⁷⁰ Praktisch is dit nuttig om uit te drukken dat de aansteller niet objectief aanspra-

¹³⁶⁶ Cass. 19 juni 1997, *Pas.* 1997, I, 700, concl. PIRET. In Frankrijk was dit traditioneel ook zo, maar heeft het Hof van Cassatie zijn rechtspraak gewijzigd: Cass. Fr. 29 maart 1991, *Rec. Dall.* 1991, 324, noot C. LARROUMET (zaak Blieck).

¹³⁶⁷ Met andere woorden: de rechtshandeling waarbij een bestuurder wordt aangesteld, wordt de rechtspersoon toegerekend als de zijne. De rechten en verbintenissen die de rechtspersoon uit de overeenkomst put, ontstaan rechtstreeks in zijn hoofd.

¹³⁶⁸ Zie *infra* p. 370 e.v.

¹³⁶⁹ Zie *infra* p. 418 e.v.

¹³⁷⁰ P. LECLERCQ, Concl. bij Cass. 21 december 1933, *Pas.* 1934, I, 11-118; L. CORNELIS, *Beginnselen*, 372; H. DE PAGE, *Traité*, II 1964, 986; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 392.

kelijk is voor om het even welk schadeverwekkend gedrag van de aangestelde binnen de bediening. Een (verkeerde) interpretatie van de risicoleer als grondslag voor de aangestelden aansprakelijkheid, zou hiertoe kunnen leiden. Elke schade die de aangestelde veroorzaakt maakt dan deel uit van het risico dat de aansteller moet dragen.¹³⁷¹ Dit is niet het geval. De aansteller is niet aansprakelijk voor elke door de aangestelde veroorzaakte schade, enkel voor *onrechtmatig* veroorzaakte schade. Vandaar de traditionele precisering dat een *fout* van de aangestelde is vereist.

357. Maar in wezen is de *fout* van de aangestelde slechts het *plerumque fit*. Meestal zal de daad die de schade heeft berokkend ook wel een eigen fout in hoofde van de aangestelde opleveren. En dan nog speelt hier wellicht in de gepubliceerde rechtspraak een selectie-effect: misschien geven vooral zwaardere fouten aanleiding tot procedures.¹³⁷² Maar het is voor toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. niet nodig dat eerst volledig autonoom in hoofde van de aangestelde persoonlijk het juridische besluit wordt getrokken dat een eigen fout in de zin van artikel 1382-1383 B.W. aanwezig is. Dit is minstens conceptueel een afzonderlijke vraag, die pas in al zijn aspecten aan bod komt als ook de aangestelde zelf door het slachtoffer persoonlijk wordt aangeproken. Het Hof van Cassatie lijkt overigens de gewoonte te hebben aangenomen desgevallend eerder naar de *onrechtmatige daad* van de aangestelde te verwijzen.¹³⁷³ Op deze nuance wordt verder ingegaan als de rol van artikel 1384, lid 3 B.W. in het ruimere kader van een opnieuw meer op het (neo)klassieke gemeen recht geënte aansprakelijkheidsregime voor rechtspersonen wordt verduidelijkt.¹³⁷⁴ In deze fase volstaan twee – relatief – oncontroverse voorbeelden.

358. Vooreerst moet de aansteller ook instaan voor in de bediening veroorzaakte schade waarvoor de aangestelde aansprakelijk is op grond van een *foutver-*

¹³⁷¹ Sommige auteurs leiden dan ook uit dit foutvereiste in hoofde van de aangestelde af, dat de risicoleer als grondslag voor aanstellersaansprakelijkheid te kort schiet: L. CORNELIS, *Begin-selen*, 386. Dit hoeft niet noodzakelijk zo te zijn als het risico in kwestie niet de activiteit zelf is, maar wel de inschakeling van een ander voor die activiteit. Ook als de aansteller de activiteit zelf ontplooit, is hij pas voor een bepaalde schadeverwekkende handeling aansprakelijk als die *foutief* was. De niet-foutieve schadeverwekkende eigen daad, zelfs al maakt zij deel uit van de (commerciële) activiteit van een persoon, leidt niet tot zijn aansprakelijkheid. De risicoleer in dit verband vereist niet dat aansprakelijkheid *strenger wordt*, louter omdat dezelfde activiteit (deels) via aangestelden wordt verricht. Ze vereist enkel dat derden niet het risico dragen van de inschakeling van een ander (insolvabiliteit, dispersie van verantwoordelijkheid, enzovoort).

¹³⁷² Omdat de aansteller denkt te kunnen bewijzen dat de daad omwille van zijn zwaarwichtigheid buiten de bediening viel. Zie voor een recent voorbeeld (opzettelijke slagen en verwondingen): Cass. 11 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2147, *De Verz.* 2002, 361.

¹³⁷³ Cass. 24 december 1980, *Pas.* 1981, I, 464; Cass. 4 november 1993, *Pas.* 1993, I, 924; Cass. 14 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1178; Cass. 11 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2147, *De Verz.* 2002, 361.

¹³⁷⁴ Zie *infra* p. 474 e.v.

moeden of een *objectieve aansprakelijkheid*.¹³⁷⁵ Artikel 1384, lid 3 B.W. knoopt aan bij *schade veroorzaakt in de bediening*. Terecht wordt dit beperkt, zoals zonet aangegeven, tot schade die volgt uit een *onrechtmatige* daad van de aangestelde. Maar er is geen reden om de wetbepaling bijkomend te beperken tot de onrechtmatige daad in de zin van artikel 1382-1383 B.W. Al is schade meest rechtstreeks veroorzaakt door een dier of een gebrekkige zaak, zij is vanuit juridisch oogpunt maar onrechtmatig omdat iemand bewaarder was (per hypothese de aangestelde). Er is geen reden waarom de aangestelde ook de schade uit deze onrechtmatige daad vanuit juridisch oogpunt niet kan hebben “veroorzaakt” in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W.¹³⁷⁶ Het volstaat dus dat de aangestelde een onrechtmatige daad binnen de bediening beging, opdat de hierdoor veroorzaakte schade ook op de aansteller kan worden verhaald. Een persoonlijke fout is niet vereist.¹³⁷⁷ Natuurlijk moet de schade steeds *in de bediening* zijn veroorzaakt. De aansteller is niet aan te spreken voor de aansprakelijkheid die aangestelden oplopen als ouders voor hun kinderen, als eigenaar van een huisdier of voor een gebrekkige zaak uit hun privévermogen. Maar als de aangestelde op één van die aansprakelijkheidsgronden kan worden aangesproken voor schade veroorzaakt binnen de bediening¹³⁷⁸, is er geen reden om de toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. op de aansteller te weigeren. De hypothese is natuurlijk zeldzaam omdat voor de meest relevante objectieve aansprakelijkheidsrisico’s die aangestelden binnen hun functie veroorzaken (namelijk wanneer zij zich binnen de functie van zaken, dieren of andere aangestelden bedienen), de aansteller vaak ook rechtstreeks aansprakelijk is op grond van het betrokken wetsartikel (als bewaarder van de zaak, eigenaar van het dier, of aansteller).¹³⁷⁹ Maar net door de ruime interpretatie van het ver-

¹³⁷⁵ Cass. 5 november 1981, *Pas.* 1982, I, 316, concl. F. DUMON; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 392; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1855; T. VANSWEEVELT EN B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 410; G. VINEY EN P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 1010-1011. *Contra*: L. CORNELIS, *Beginselen*, 395-396. Deze auteur put een tekstargument uit het feit dat de aangestelde een *daad* moet hebben gesteld (eerste lid van art. 1384 B.W.). De vraag is of het tekstargument niet eerder zou te vinden zijn in het feit dat de aangestelde de schade moet hebben *veroorzaakt* (derde lid). Schade door dieren, zaken of anderen “veroorzaakt” zou dan niet via de omweg van art. 1384, lid 3 B.W. bij de aansteller kunnen belanden.

¹³⁷⁶ Een vaststelling waarvoor overigens elders bij CORNELIS steun te vinden is: L. CORNELIS, *Beginselen*, 1 (“*met de onrechtmatige daad wordt aldus verwezen naar gedragingen of toestanden*” die tot schadevergoedingsplicht aanleiding geven; onderstreping toegevoegd); zie ook p. 18.

¹³⁷⁷ Het probleem stelt zich veel minder (en kreeg om deze reden wellicht historisch weinig aandacht) als alle aansprakelijkheidsgronden formeel op fout gesteund blijven, al is het via onweerlegbare vermoedens. De aansteller is dan in alle gevallen verantwoordelijk voor de fout van de aangestelde, zelfs als die “fout” er bijvoorbeeld in bestaat bewaarder te zijn van een dier dat schade veroorzaakt.

¹³⁷⁸ Zie bijvoorbeeld Cass. 5 november 1981, *Pas.* 1982, I, 316, concl. F. DUMON (rij-instructeur voor paard).

¹³⁷⁹ Zie ook: G. VINEY EN P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 1010. Een interessant voorbeeld van feiten waar het onderscheid in een bepaalde lezing wél relevant had kunnen zijn,

band tussen daad en functie bij aanstelling is het *de lege lata* niet ondenkbaar dat de aangestelde zelf objectief aansprakelijk is en toch binnen de functie bleef.

359. Een tweede belangrijke nuance op het vereiste van fout van de aangestelde, is dat het niet nodig is dat de aangestelde jegens het slachtoffer ook effectief persoonlijk *aansprakelijk* is. Indien hij op grond van een bijzondere regel van een persoonlijke immuniteit geniet, betekent dit niet noodzakelijk dat deze immuniteit tot de aansteller is uitgebreid.¹³⁸⁰ In het meest sprekende voorbeeld – de immuniteit van artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet – is dit duidelijk niet het geval.¹³⁸¹ De werkgever kan door het slachtoffer als aansteller worden aangesproken voor de gewone toevallige fout van de werknemer, maar deze laatste zelf niet. De verklaring ligt voor de hand. De aangestelde handelde wel degelijk onrechtmatig. Maar om redenen die hem eigen zijn, wordt hij door een bijzondere rechtsregel van aansprakelijkheid ontheven. Schade blijft onrechtmatig binnen de bediening veroorzaakt, in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. De aansteller kan enkel ontsnappen als uit de bijzondere wetbepaling zou blijken dat het de bedoeling was de immuniteitsregel tot hem uit te breiden, niet op grond van het feit dat de aangestelde zelf niet aanspreekbaar is.¹³⁸² Artikel 1384, lid 3 B.W. is dus meer dan een waarborg voor persoonlijke aansprakelijkheid van de aangestelde.

360. Ook deze toepassingsvoorwaarde strookt *prima facie* goed met een nuttig gebruik van artikel 1384 lid 3 B.W. voor toerekening van foutief door bestuurders aan derden veroorzaakte schade. De orgaantheorie vereist overigens evengoed een “fout van het orgaan”.¹³⁸³

Onder de oppervlakte sluimert hier wel een cruciale uitdaging die *prima facie* zowel voor artikel 1384, lid 3 B.W. als voor de orgaantheorie geldt. Is het gelet op

is het cassatiearrest van 23 januari 1964 waarover reeds sprake (Cass. 23 januari 1964, *Arr. Cass.* 1964, 548; zie ook *supra* voetnoot 580). Een werknemer zonder rijbewijs schakelt zijn zoon in als chauffeur bij verplaatsingen die hij voor de onderneming doet. Afhankelijk van de concrete feitenconstellatie kon de vader kwalitatief aansprakelijk zijn voor zijn zoon, hetzij als ouder, hetzij als aansteller, dan wel voor de wagen. *In casu* echter, werd uit de feiten een rechtstreekse aanstellingsverhouding tussen de onderneming en de zoon afgeleid (omdat de wagen door de onderneming specifiek voor deze doeleinden aan de zoon was toevertrouwd).

¹³⁸⁰ Maar conceptueel onmogelijk is dit evenmin. Het gaat hier om een vraag van interpretatie van de bijzondere regel in kwestie.

¹³⁸¹ Cass. 18 november 1981, *R.W.* 1982-83, 859; L. CORNELIS, *Beginselen*, 407-408. Merk alvast op dat de orgaantheorie in het publiekrecht tot éénzelfde resultaat kwam: het feit dat de rechter slechts in de bijzondere gevallen van verhaal op de rechter (art. 1140 Ger.W.) persoonlijk kan worden aangesproken, betekent niet dat de Staat niet aansprakelijk kan zijn voor gewone ambtsfouten in de zin van art. 1382-1383 B.W. (A. VAN OEVELEN, “De aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991”, *R.W.* 1992-93, 382).

¹³⁸² Het is niet ondenkbaar dat, via interpretatie van de regels van toepassing op een geval van immuniteit van de aangestelde, wordt besloten dat het de bedoeling van de wetgever was de immuniteit tot de aansteller uit te breiden. Maar die mogelijkheid lijkt eerder theoretisch.

¹³⁸³ Zie *infra* p. 360.

de prominente rol die organisaties met rechtspersoonlijkheid in het maatschappelijke verkeer verwierven, nog wel zinvol steeds bij fouten van individuele personen binnen de organisatie aanknoping te blijven zoeken? Is de echte vraag niet of we niet beter evolueren naar een moderne vorm van *organisatieaansprakelijkheid* die de foutbeoordeling losweekt van het niveau van individuele mensen, en naar het niveau van de (rechtspersoonlijke) organisatie overhevelt?¹³⁸⁴ Verder wordt hierop dieper ingegaan.¹³⁸⁵ Voorlopig volstaat de vaststelling dat, als de vraag klassiek luidt hoe foutief bestuursgedrag tot aansprakelijkheid van de rechtspersoon kan leiden, artikel 1384, lid 3 B.W. hiertoe een mechanisme biedt.

C. In de bediening

361. De aansteller is enkel aansprakelijk voor schade uit onrechtmatige daad die in de bediening (“*dans les fonctions*”) werd veroorzaakt. Over dit criterium bestaat een uitgebreide casuïstiek. Het is niet de bedoeling om die hier uitgebreid weer te geven of te proberen hier op originele wijze structuur en orde in aan te brengen. Voor doeleinden van dit onderzoek volstaan de hoofdlijnen.

362. Sinds jaar en dag is duidelijk dat de Belgische rechtspraak zich met een vrij losse verhouding tussen de onrechtmatige daad van de aangestelde, en de bediening die het voorwerp van de aanstelling uitmaakt, tevreden stelt.¹³⁸⁶ Het volstaat, indien de daad van de aangestelde tijdens de bediening kan worden gesitueerd, dat hij met die bediening enig verband houdt, ook al is dit verband *onrechtstreeks* of *occasioneel*.¹³⁸⁷ Dat de daad buiten de diensturen werd uitgevoerd, is niet voldoende om hem buiten de bediening te plaatsen.¹³⁸⁸ Zelfs het misbruik van de functie, mag op zichzelf niet doen besluiten dat de onrechtmatige daad buiten de bediening viel in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W.

363. Dit geeft geregeld aanleiding tot kritiek.¹³⁸⁹ Maar qua algemene oriëntatie heeft deze rechtspraak het alvast op één cruciaal punt bij het rechte eind.¹³⁹⁰ Artikel 1384, lid 3 B.W. is een buitencontractuele aansprakelijkheidsregel. De *subjec-*

¹³⁸⁴ Joeri VANANROYE heeft dit bijzonder krachtig bepleit: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 753 e.v.

¹³⁸⁵ Zie *infra* p. 449 e.v. en, specifiek wat het standpunt van VANANROYE betreft, *infra* p. 511 e.v.

¹³⁸⁶ L. CORNELIS, *Beginselen*, 377 en 380-381; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 9; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 615 (nr. 1957); H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1019; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1857; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 393.

¹³⁸⁷ Cass. 26 oktober 1989, *Pas.* 1990, I, 241; Cass. 4 november 1993, *Pas.* 1993, I, 924; Cass. 11 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 247, concl. J. DU JARDIN; Cass. 19 september 2008, *N.J.W.* 2009, 218, noot GJ.

¹³⁸⁸ Cass. 19 september 2008, *N.J.W.* 2009, 218, noot GJ.

¹³⁸⁹ L. CORNELIS, *Beginselen*, 380-381; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1023.

¹³⁹⁰ Vergelijk ook: R.O. DALCQ, *Traité*, I, 616 (nr. 1959).

tieve en *concrete* omschrijving die partijen aan hun interne relatie geven, verdwijnt naar de achtergrond ten voordele van de meer *objectieve* en *abstracte* benadering die noodzakelijk is waar de functie van het recht verschuift naar het voorkomen en vergoeden van schade aan derden.¹³⁹¹ Dit verhaal is weliswaar niet zwart-wit. De foutbeoordeling *in abstracto* in artikel 1382-1383 B.W. wordt geïndividualiseerd door naar de concrete feitelijke – maar externe – omstandigheden te peilen. De onrechtmatige daad van de aangestelde in artikel 1384, lid 3 B.W. moet een zeker verband met de bediening, zoals die door partijen werd omschreven, behouden. Maar de objectivering is onmiskenbaar. Het is niet de omschrijving die partijen geven aan de opdracht die de bediening uitmaakt, die de maat van de rechten van derde-slachtoffers zal bepalen.¹³⁹² De wettelijke omschrijving “in de bediening waartoe de aangestelde werd gebezigd” in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, heeft een ruimere, objectievere, abstractere betekenis dan “binnen de grenzen van de contractueel overeengekomen opdracht” uit het contractenrecht.

Net dit element maakt artikel 1384, lid 3 B.W. zo interessant in zijn toepassing op opdrachten met een belangrijk vertegenwoordigingsluik. Een verkeerd gebruik van de dichotomie rechtshandeling–rechtsfeit heeft vooral bij vertegenwoordigingsopdrachten ertoe verleid voor te houden dat een onrechtmatige daad (bijna per definitie) buiten de opdracht valt. In wezen geeft ook bij materiële prestaties de opdrachtgever niet de opdracht onrechtmatige daden te begaan. Materiële handelingen zijn evenmin als zodanig rechtsfeiten. Maar rechtshandelingen vormen een veel nauwer omschreven categorie dan materiële handelingen die geen rechtshandelingen zijn.¹³⁹³ Materiële handelingen zijn een amorfe restcategorie. Hierdoor wordt veel makkelijker aanvaard dat een bepaalde materiële handeling die binnen de taak valt, tegelijk een onrechtmatige daad ten aanzien van derden is. De onrechtmatige daad zal vaak een onnauwkeurige of onvoorzichte uitvoering zijn van materiële handelingen die op zichzelf genomen binnen de opdracht vallen: de bouwvakker laat zijn hamer van de stelling vallen, de arbeider voert een verkeerd manoeuvre uit met een machine, enzovoort. Zelfs dan is objectivering ten aanzien van de door partijen omschreven opdracht noodzakelijk.¹³⁹⁴ Maar het probleem is een stuk acuter bij vertegenwoordigingsopdrachten, die hoofdzakelijk rechtshandelingen betreffen. De juridische welomschrevenheid van rechtshandelingen maakt het gemakkelijker aan te wijzen welke handelingen geen rechtshandelingen zijn en als zij dan nog een onrechtmatig karakter blijken te vertonen, te argumenteren dat zij buiten de opdracht vallen. Vertegenwoordi-

¹³⁹¹ Zie ook *supra* p. 131 e.v.

¹³⁹² L. CORNELIS, “Plaidoyer pour une responsabilité uniforme en cas d’abus de fonction”, 338-339, 341 en 353; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1862.

¹³⁹³ Althans in de traditionele rechtsdogmatiek die hier niet in vraag wordt gesteld.

¹³⁹⁴ Al is het maar om te vermijden dat partijen onrechtmatige daden buiten de opdracht definiëren.

gingsbevoegdheid werd enkel verleend voor rechtshandelingen en via vertegenwoordiging worden enkel rechtshandelingen toegerekend. Dat dit, enerzijds, vanuit contractueel oogpunt volledig correct kan zijn maar, anderzijds, vanuit buitencontractueel oogpunt irrelevant is om de rechten van derden te bepalen, wordt dan uit het oog verloren.¹³⁹⁵

De boodschap van artikel 1384, lid 3 B.W. hiertegen is nochtans luid een duidelijk. In buitencontractuele zaken is de verleende bevoegdheid van ondergeschikt belang. Het recht gaat voor aanknoping van een buitencontractuele schadevergoedingsverbintenis op zoek naar *rechtsfeiten*, onafhankelijk van de wil van de betrokkenen (wat de rechtsgevolgen betreft). Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht kan *onmogelijk* genoeg nemen met de grenzen van de contractuele opdracht voor de bescherming van de rechten van derden die met deze opdracht geen uitstaans hebben.¹³⁹⁶ Het zoekt aansluiting bij meer objectieve en abstracte criteria, zoals de vraag of de schadeverwekkende daad van de aangestelde *binnen de bediening* viel. Een zeer objectieve en daardoor soepele interpretatie van dit criterium is dan niet onlogisch.¹³⁹⁷

364. Ook deze toepassingsvoorwaarde zet derhalve *prima facie* het nut van artikel 1384, lid 3 B.W. als grondslag voor een systeem van buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen voor foutief door zijn bestuur veroorzaakte schade, in de verf. De vraag is niet of een fout wel binnen de contractuele vertegenwoordigingsopdracht past, maar enkel of zij met de bestuursfunctie voldoende verband houdt in de ruime betekenis die het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht hieraan traditioneel geeft.

2.3.3. Aansprakelijkheidsgevolgen

A. Extern: buitencontractuele aansprakelijkheid ten aanzien van het slachtoffer

365. Het regime van aanstellersaansprakelijkheid leidt er in de eerste plaats toe dat de aansteller door het slachtoffer kan worden aangesproken tot de volledige vergoeding van de schade die door de aangestelde foutief in verband met de bediening werd veroorzaakt. Dit is natuurlijk het primordiale rechtsgevolg waarnaar we op zoek zijn.

¹³⁹⁵ Dit vormde het voorwerp van het betoog *supra* p. 89 e.v. en p. 131.

¹³⁹⁶ De *reductio ad absurdum* van dit standpunt is duidelijk: het volstaat contractueel af te spreken dat het de aangestelde verboden is onrechtmatige daden te begaan.

¹³⁹⁷ Hiermee wordt echter geen standpunt ingenomen over de vraag of de rechtspraak *in concreto* niet soms zo ver gaat dat elke steun in de wettelijke omschrijving verdwijnt.

Daarnaast blijft ook de aangestelde zelf principieel door het slachtoffer aanspreekbaar.¹³⁹⁸ Het feitelijk handelen van de aangestelde waardoor schade aan derden werd veroorzaakt, blijft immers ook in de eerste plaats het zijne. Het loutere feit dat artikel 1384, lid 3 B.W. de derde voor die schade ook een vordering tegen de aansteller verleent, ontnemt die derde niet zijn rechten tegen de aangestelde. Beide kunnen dan ook jegens het slachtoffer *in solidum* worden veroordeeld. Traditioneel wordt dit zelfs nog iets sterker verwoord. Aangezien de fout – minstens de onrechtmatige daad – van de aangestelde een toepassingsvoorwaarde van artikel 1384, lid 3 B.W. is, staat diens persoonlijke aansprakelijkheid in beginsel vast.¹³⁹⁹

B. Intern: regres van aansteller op aangestelde

366. Traditioneel wordt voorgehouden dat de aansteller regres kan nemen op de aangestelde voor de *totale* schadevergoeding waartoe hij op basis van artikel 1384, lid 3 B.W. werd veroordeeld.¹⁴⁰⁰ De aangestelde van zijn kant, zou geen vordering hebben tegen de aansteller voor de schadevergoeding waartoe hij jegens het derdeslachtoffer zou zijn veroordeeld.¹⁴⁰¹ De aangestelde kan zich immers zelf niet beroepen op de objectieve aansprakelijkheid van de aansteller zoals die vervat ligt in artikel 1384, lid 3 B.W.¹⁴⁰²

Verder wordt dit traditionele uitgangspunt genuanceerd.¹⁴⁰³ Het steunt op een klassieke toepassing van buitencontractuele principes en is binnen een puur buitencontractuele redenering correct. Maar specifiek voor aanstelling vertelt het maar een deel van het verhaal. Tussen aansteller en aangestelde bestaat immers meestal een overeenkomst.¹⁴⁰⁴ De buitencontractuele analyse vormt slechts de achtergrond waarbinnen het concrete antwoord naar interne draagplicht vooral vorm moet krijgen op grond van de contractuele afspraken tussen aansteller en aangestelde. Dit komt verder aan bod. Hier wordt enkel bondig een

¹³⁹⁸ L. CORNELIS, *Beginselen*, 387; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 16; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 623; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 987; W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, 392. Het is weliswaar mogelijk dat de aangestelde van een eigen immuniteit geniet. In de praktijk is dit meestal aan de orde op grond van art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet.

¹³⁹⁹ L. CORNELIS, *Beginselen*, 387. Zie hierover echter *infra* p. 487 e.v.

¹⁴⁰⁰ C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 16; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 624; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 987; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, "Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)", 1868. Opnieuw zorgt de immuniteit van art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet ervoor dat deze vraag zelden nog in volle glorie aan de orde is.

¹⁴⁰¹ H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 987 (in het bijzonder voetnoot 4: "*la personne dont on répond n'a jamais de recours contre la personne qui répond*").

¹⁴⁰² Cass. 15 september 1988, *Pas.* 1989, I, 49, R.W. 1989-90, 708, noot G. DE PAUW; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 601-602 (nr. 1897); H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1026-1027; W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, 394-395. *Contra*: L. CORNELIS, "L'obligation 'in solidum' et le recours entre coobligés", noot bij Cass. 17 juni 1982, R.C.J.B. 1986, 703-704 en 706.

¹⁴⁰³ Zie *infra* p. 497 e.v.

¹⁴⁰⁴ Zie *supra* voetnoot 548.

vraag uitgeklaard die zelfs voor de puur buitencontractuele analyse relevant is. Die wordt immers specifiek voor aanstelling bemoeilijkt door discussie over de juridische grondslag voor verhaalsrechten tussen medeaansprakelijken in het algemeen.

367. Over de grondslag van het verhaal tussen personen die *in solidum* medeaansprakelijk zijn voor dezelfde schade, bestaat discussie.¹⁴⁰⁵ In een aantal arresten van het Hof van Cassatie kan steun worden gelezen voor het standpunt dat ook voor buitencontractuele aansprakelijkheid, de regresvordering van de persoon die het slachtoffer volledig heeft vergoed (de *solvens*), tegen de medeaansprakelijke(n) *in solidum*, steunt op wettelijke subrogatie in de rechten van het slachtoffer op grond van artikel 1251, 3° B.W.¹⁴⁰⁶ Terecht is deze zienswijze het voorwerp van kritiek.¹⁴⁰⁷ Zij leidt ertoe dat wat in wezen een vraag is naar de verhouding tussen medeaansprakelijken, kunstmatig wordt benaderd vanuit de relatie tussen het slachtoffer en de aansprakelijke op wie regres moet worden uitgeoefend (omdat de *solvens* in de rechten van het slachtoffer treedt). Dat deze kritiek hout snijdt, blijkt bij de toepassing van de subrogatieleer, die meestal aan de orde komt waar meerdere daders elke voor eigen fout (art. 1382-1383 B.W.) werden veroordeeld, in de context van aanstellersaansprakelijkheid. Het uitgangspunt van de subrogatietechniek is dat de *solvens* (mee) de schuld van een ander betaalt.¹⁴⁰⁸ Vervolgens oefent de *solvens* de vordering die aanleiding gaf tot *die schuld* uit. Hij neemt de plaats van de oorspronkelijke schuldeiser (*in casu* het buitencontractuele slachtoffer) in de rechtsverhouding met de schuldenaar in. Hij oefent de rechten van van het slachtoffer tegen de aansprakelijke uit.¹⁴⁰⁹ De

¹⁴⁰⁵ Zie hierover, in het algemeen: L. CORNELIS, "L'obligation 'in solidum' et le recours entre coobligés", 684-707; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 626 (nr. 1995); R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 182-184 (en vergelijk met: R. DEKKERS, *Précis*, II, 165); M. VAN QUICKENBORNE, "De verbintenis 'in solidum' in een impasse?", *R.W.* 1977-78.

¹⁴⁰⁶ Cass. 9 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 643; Cass. 17 juni 1982, *R.C.J.B.* 1986, 680, noot L. CORNELIS; Cass. 10 juli 1952, *Pas.* 1952, I, 738; Cass. 31 mei 1957, *Pas.* 1957, I, 1176, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT; KRUTHOF, BOCKEN, DE LY en DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992): verbintenissen", 702; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, "Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)", 1868. Art. 1251, 3° bepaalt dat subrogatie van rechtswege plaatsvindt ten voordele van hem die met anderen of voor anderen tot betaling van een schuld gehouden is en er belang bij had deze te voldoen. Vergelijk recent echter: Cass. 18 januari 2007, *N.J.W.* 2008, 80, noot GJ (in het bijzonder ook de noot). Zie eerder al: Cass. 24 januari 1980, *Pas.* 1980, I, 590.

¹⁴⁰⁷ L. CORNELIS, "L'obligation 'in solidum' et le recours entre coobligés", 691-694.

¹⁴⁰⁸ In het geval van art. 1384, lid 3 B.W. zou men *prima facie* kunnen denken dat de aansteller een eigen vergoedingsverbintenis voldoet. Over de juiste invulling van het criterium "andermans schuld" bestaat dan ook betwisting. Zie hierover in het algemeen: I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 348 e.v. Hierop wordt niet dieper ingegaan.

¹⁴⁰⁹ Zie voor een recent overzicht van de rechtsgevolgen van dit fundamentele kenmerk van de subrogatietechniek in het algemeen (dus niet specifiek toegepast op de relatie tussen medeaansprakelijken): I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, 364-374.

logica van de subrogatietechniek brengt mee dat de vordering van de solvens vanuit de rechtsverhouding tussen slachtoffer en aansprakelijke wordt beoordeeld, met de excepties en verweermiddelen die daaruit voortvloeien¹⁴¹⁰, en niet vanuit het oogpunt van de relatie tussen medeaansprakelijken.¹⁴¹¹ Als de aangestelde betaalt, beschikt hij logischerwijze over de vordering van het *slachtoffer* tegen de aansteller op basis van artikel 1384, lid 3 B.W. Dat de aangestelde zelf niet over een 1384-vordering beschikt¹⁴¹², kan dan puur logisch gezien geen argument zijn om regres af te houden. De aangestelde oefent immers de aanspraak van het slachtoffer uit.¹⁴¹³ De subrogatielogica leidt dan tot een oplossing die conflicteert met het – terecht – nagenoeg onbetwiste standpunt dat de aangestelde geen buitencontractuele regresvordering heeft op de aansteller.¹⁴¹⁴

De aansteller die betaalt, anderzijds, verwerft de vordering van het slachtoffer tegen de aangestelde op basis van (per hypothese) artikel 1382-1383 B.W. Dit resultaat is niet in tegenspraak met de traditionele oplossing van integraal regres op grond van een uitsluitend buitencontractuele analyse. Maar de subrogatielogica bemoeilijkt wel dat de vraag in het volledige kader wordt geplaatst, met inbegrip van de contractuele rechtsverhouding die meestal tussen aansteller en aangestelde bestaat.¹⁴¹⁵ De subrogatieleer leidt tot de merkwaardige vaststelling dat bij veroordeling *in solidum* van aansteller en aangestelde, beide er belang bij hebben als eerste het slachtoffer integraal te betalen en vervolgens de vordering waarin zij werden gesubrogeerd, uit te oefenen. Zij verwerven zo immers de vordering van het slachtoffer, onbezwaard door beperkingen die uit hun interne relatie voortvloeien. Dit illustreert treffend dat het fundamentele probleem van de subrogatiebenadering erin bestaat op kunstmatige wijze het antwoord op wat in

¹⁴¹⁰ H. BOCKEN, "De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen", 703; I. BOONE, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, 370.

¹⁴¹¹ *Contra*, zo lijkt, wat dit laatste punt betreft, zij het ietwat terloops: KRUITHOF, BOCKEN, DE LY en DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992): verbintenissen", 704, met verwijzing naar Cass. 1 december 1988, *Pas.* 1989, I, 356 en Cass. 17 juni 1982, *R.C.J.B.* 1986, 680, met noot L. CORNELIS. Maar in deze arresten ging het er net over dat de gesubrogeerde (die veroordeeld werd voor de fout van een ander) ook deels eigen fouten in causaal verband met de schade werd aangewreven. Hieruit wordt afgeleid dat de subrogatie slechts gedeeltelijk plaatsvindt (namelijk voor dat deel waarvoor de gesubrogeerde "mee voor" de ander gehouden was), niet dat, wat het deel waarvoor subrogatie plaatsvindt, de schuldenaar eigen verweermiddelen tegen de *solvens* kan inroepen. Als deze benadering kunstmatig aanvoelt, is dat net een argument tegen de subrogatie als grondslag voor het verhaal.

¹⁴¹² Zie *supra* voetnoot 1402.

¹⁴¹³ L. CORNELIS, *Beginnelsen*, 376 (die op deze plaats echter tot het besluit komt dat de vorderingsrechten van aansteller en aangestelde jegens elkaar, "elkaar uitdoven"; vergelijk op dit punt: L. CORNELIS, "L'obligation 'in solidum' et le recours entre coobligés", 702 laatste paragraaf: verdeling van aansprakelijkheid).

¹⁴¹⁴ Althans geen *buitencontractuele* regresvordering.

¹⁴¹⁵ En die ertoe kan leiden dat de aansteller om intern contractuele redenen (inclusief samenloop) geen verhaal heeft. Als hij de vordering van het slachtoffer uitoefent, is dit natuurlijk onverklaarbaar.

wezen een vraag is naar de verhouding tussen aansteller en aangestelde (op dit ogenblik nog louter buitencontractueel bekeken), te benaderen als een vraag van subrogatoir verhaal op een derde.

368. Een alternatieve grondslag voor het buitencontractuele regres tussen medeaansprakelijken *in solidum* is de *rechtstreekse* toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsbepalingen (dus niet na subrogatie).¹⁴¹⁶ Deze opvatting leidt duidelijk op het vlak van artikel 1384, lid 3 B.W. tot coherenter resultaten.

Zowel de onrechtmatige daad van de aansteller (op grond van art. 1384, lid 3 B.W.) als die van de aangestelde (per hypothese op grond van art. 1382-1383 B.W.) is een *conditio sine qua non* voor de schade. Als de *aansteller* het slachtoffer vergoedt, leidt hij zelf schade in causaal verband met de onrechtmatige daad van de aangestelde. Opnieuw puur buitencontractueel redenerend, kan hij de aangestelde hiervoor aanspreken op grond van *een eigen recht* (dus niet als gesubrogeerde solvens) afgeleid uit de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels. Om tot een verdeling van aansprakelijkheid te kunnen komen, zou de aangestelde dan (nog steeds louter buitencontractueel redenerend) de eigen onrechtmatige daad van diegene die hem aanspreekt, moeten kunnen tegenwerpen. In vergelijking met de subrogatiebenadering, waar de aansteller de rechten van het – per hypothese – onschuldige slachtoffer uitoefent, is dit hier conceptueel niet ondenkbaar. Maar de aangestelde stuit hier op de vaststelling dat hij aan artikel 1384, lid 3 B.W. geen *buitencontractuele* vordering op de aansteller ontleent. De onrechtmatige daad van de aangestelde levert aansprakelijkheid op van de aansteller ten aanzien van derden, maar niet ten aanzien van de aangestelde zelf.¹⁴¹⁷ Hiermee is meteen (puur buitencontractueel redenerend) het integrale regres van de aansteller op de aangestelde verklaard. Aansprakelijkheidsverdeling is niet *theoretisch* onmogelijk, maar vereist steeds dat de aangesprokene een buitencontractuele vordering op de regresnemer heeft. Dit is mogelijk het geval als de aansteller ook een eigen fout beging, maar niet als hij enkel aansprakelijk is als aansteller.

Als, anderzijds, de *aangestelde* het slachtoffer vergoedt, moet hij zich *rechtstreeks* op een buitencontractuele grondslag kunnen beroepen om de aansteller aan te spreken. In tegenstelling tot de subrogatiebenadering, kan de aangestelde niet volstaan met het uitoefenen van de bestaande en op artikel 1384, lid 3 B.W. gebaseerde vordering van het slachtoffer. En opnieuw blijkt dan, dat de aangestelde zelf zich niet voor de vergoeding van de door de aangestelde zelf veroorzaakte schade op artikel 1384, lid 3 B.W. tegen zijn aansteller kan beroepen. Aangezien artikel 1384, lid 3 B.W. een objectieve aansprakelijkheid bevat, volgt uit de

¹⁴¹⁶ Zie hiervoor: L. CORNELIS, “L’obligation ‘in solidum’ et le recours entre coobligés”, 694-695.

¹⁴¹⁷ Het is natuurlijk mogelijk dat de aansteller daarnaast ook een eigen onrechtmatige daad in de zin van art. 1382-1383 B.W. beging (door bijvoorbeeld foutieve instructies te geven). In dat geval is verdeling van aansprakelijkheid het logische gevolg in de buitencontractuele benadering, en eerder artificieel volgens de zuivere logica van de subrogatiebenadering (omdat het slachtoffer geen onrechtmatige daad beging).

veroordeling van de aansteller ten aanzien van het slachtoffer evenmin dat de aansteller zelf een persoonlijke fout beging. De aangestelde zal de aansteller dus enkel buitencontractueel kunnen aanspreken en tot aansprakelijkheidsverdeling verplichten als hij bovendien een eigen fout (of andere aansprakelijkheidsgrond waar hij zich wél op mag beroepen) van de aansteller in causaal verband met zijn eigen schade kan aantonen. Opnieuw strookt dit resultaat goed met de traditionele benadering van de regresmogelijkheden tussen aansteller en aangestelde. De aangestelde heeft enkel regres als de aansteller ook een persoonlijke fout beging.

369. De rechtstreekse toepassing van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht op de regresmogelijkheden tussen aansteller en aangestelde, lijkt dan ook zelfs vanuit louter buitencontractueel oogpunt coherentere resultaten te geven dan de omweg via subrogatie. Zij heeft, in vergelijking met de subrogatiebenadering, als voordeel dat niet kunstmatig abstractie moet worden gemaakt van de *buitencontractuele* aanstellingsverhouding tussen solvens en medeaansprakelijke, wat wel het geval is als zij jegens elkaar de rechten *van het slachtoffer* uitoefenen. Die vaststelling wint nog aan belang op het ogenblik dat de analyse wordt vervolledigd met het *contractuele* kader waarbinnen de aanstelling plaatsgrijpt en – meestal – de schade aan derden werd veroorzaakt.¹⁴¹⁸ Maar de hier gevoerde puur buitencontractuele analyse van het interne regres, is op zich van belang voor de vergelijking die verder wordt gemaakt met de oplossingen omtrent regres die momenteel onder de vlag van de orgaantheorie varen.¹⁴¹⁹

C. Besluit over de aansprakelijkheidsgevolgen

370. Het onderscheid tussen de externe en de interne aansprakelijkheidsgevolgen is een belangrijke en onderschatte troef van het regime van artikel 1384, lid 3 B.W. Het combineert maximale derdenbescherming met de regeling van de interne draagplicht op het niveau waar zij thuishoort: tussen partijen. De derde wordt niet blootgesteld aan de fijne nuances van de interne verhouding tussen aansteller en aangestelde, waartoe het vereiste van een persoonlijke fout van de aansteller, of een strikte controle op de grenzen van de bediening, aanleiding zou geven. Artikel 1384, lid 3 B.W. maakt deze nuances niet irrelevant, maar verwijst ze naar de interne verhouding tussen aansteller en aangestelde. In dit – makkelijk door partijen manipuleerbare – wespennest hoeft het slachtoffer zich niet te wagen.¹⁴²⁰ Maar in de interne verhouding tussen aansteller en aangestelde, her-

¹⁴¹⁸ Zie *infra* p. 497 e.v.

¹⁴¹⁹ Zie *infra* p. 402 e.v.

¹⁴²⁰ Zie reeds: R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 331 (“*que les tiers n’aient pas à entrer dans ces distinctions et à se livrer à des recherches compliquées de cette nature*”). Eerder bleek al dat de zeer interessante passages die SALEILLES (voorzitter van de orgaantheorie) aan de *bekamping* van de aanstellingspiste wijdt vandaag bijna als *reclame* daarvoor lezen (zie *supra* p. 333 e.v.).

nemen zij hun volle belang. Zo wordt ook het *risico* dat de finaal draagplichtige insolvabel is, overgeheveld van de derde naar de partijen.

2.4. BESLUIT: *PRIMA FACIE* COMPATIBILITEIT VAN HET AANSTELLERSREGIME VAN ARTIKEL 1384, LID 3 B.W.

371. Als de vraag luidt hoe het recht moet omgaan met schade die in het kader van de rechtspersoonlijke activiteit foutief door bestuurders wordt veroorzaakt, dan is duidelijk dat artikel 1384, lid 3 B.W. hiervoor *prima facie* een coherente grondslag biedt. Indien de inherente dualiteit tussen de rechtspersoon als toerekeningspunt voor de rechten en verbintenissen door de maatschappelijke activiteit gegenereerd, en de fysieke personen die noodzakelijk zijn om die activiteit vorm te geven door handelingen en gedragingen waaruit die rechten en verbintenissen ontspruiten, het fundamentele juridische vraagstuk van het rechtspersoonlijke optreden uitmaakt, dan slaat wat onrechtmatige daden betreft, artikel 1384, lid 3 B.W. een brug.

Aanstellersaansprakelijkheid is aansprakelijkheid voor *andermans daad*. Het feit dat de rechtspersoon niet zelf het *materiële* gedrag ontplooit dat tot schade aan derden leidt, is geen bezwaar om hem een *juridische* schadevergoedingsverbintenis toe te rekenen.

Aanstellersaansprakelijkheid is *objectieve* aansprakelijkheid. Het feit dat de rechtspersoon niet zelf een *fout* zou kunnen worden verweten, is geen bezwaar om hem een *objectieve* schadevergoedingsverbintenis toe te rekenen.

Aanstellersaansprakelijkheid is *buitencontractuele* aansprakelijkheid. Het feit dat bestuurders lasthebbers zijn met een *contractuele* vertegenwoordigingsopdracht die toerekening van rechtshandelingen beoogt, is geen bezwaar om hem een *buitencontractuele* vergoedingsverbintenis ten laste te leggen indien de toepassingsvoorwaarden van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregel zijn vervuld.

Aanstellersaansprakelijkheid is aansprakelijkheid ten aanzien van *derden*. De toepassing ervan betekent enkel dat het derde-slachtoffer op pragmatische en efficiënte manier buiten de discussie wordt geplaatst. De finale draagplicht wordt dan een vraag die partijen zelf kunnen uitvechten op grond van hun interne rechtsverhouding. Het risico op insolventie van de finaal draagplichtige (en bijgevolg op strategische vermogensverschuivingen in rechtspersoonlijk verband), wordt daarbij van het slachtoffer naar partijen overgeheveld.

372. Nochtans is duidelijk dat de huidige opvatting anders luidt. Niet artikel 1384, lid 3 B.W., maar de orgaantheorie zou de juridische grondslag vormen voor aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor foutief door zijn bestuurders veroorzaakte schade.

3. HUIDIGE OPVATTING STEUNT OP TOEPASSING VAN ARTIKEL 1382-1383 B.W. VIA ORGAAN-THEORIE

3.1. INLEIDING

373. Er heerst in rechtspraak en rechtsleer ogenschijnlijk grote eensgezindheid over het feit dat de buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor onrechtmatig bestuursoptreden niet op artikel 1384, lid 3 B.W. maar wel op artikel 1382-1383 B.W. steunt.¹⁴²¹ Dit resultaat wordt zeer nadrukkelijk met de orgaantheorie verbonden.¹⁴²² En inderdaad, de “eigen”, “onmiddellijke”, “recht-

¹⁴²¹ Cass. 15 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 25; Cass. 7 september 1950, *Pas.* 1950, I, 846; Cass. 25 november 1954, *Pas.* 1955, I, 269 (onrechtstreeks); Cass. 19 februari 1955, *Pas.* 1955, I, 659; Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1354, concl. J.F. LECLERCQ; M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 186 en 238-239; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 24-25; J. DE LIEDEKERKE, “Observations sur la théorie de l’organe”, 20; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 639-640; L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, IV, 148 en 180-181 (maar zie ook *supra* voetnoot 181); L. FRÉDÉRICQ, *Handboek*, I, 671; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 206; D. PHILIPPE en G. GATHEM, “A quelles conditions le dirigeant peut-il engager sa responsabilité aquilienne personnelle à l’égard des tiers? Les pièges de l’article 1382 du Code Civil”, 105; R. PIRSON en A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, II dln., Brussel, Bruylant, 1935, I, 242; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 426; S. RUTTEN, “Commentaar bij art. 61 W.Venn.”, 5; V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 753; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 544; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 701 en 758 e.v.; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 150; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 777-778; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1262 en 1274; J. VAN RYN, *Principes*, I, 259; J. VAN RYN en X. DIEUX, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers”, 403. Dirk VAN GERVEN beweert het omgekeerde, maar uit de context blijkt dat dit wellicht slechts een materiële vergissing is: D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 142-143 (*pour la petite histoire*: vergelijk ook al in dezelfde reeks de verschrijving in het *Algemeen Deel* van Walter VAN GERVEN op p. 150).

¹⁴²² Zie reeds in de *Pasicrisie*, de voetnoten die worden toegevoegd bij de samenvatting van de zonet geciteerde arresten van 15 januari 1946 en 7 september 1950 (respectievelijk *Pas.* 1946, 26, voetnoot 5 en *Pas.* 1950, 846, voetnoot 1). Zie verder: R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 17 mei 1962, 257 en wat de rechtsleer betreft: H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 497; M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 239; I. CORBISIER, “Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu’a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d’une personne morale”, 13-14; P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 312 en 317-319; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 470-471; J. DE LIEDEKERKE, “Observations sur la théorie de l’organe”, 20; J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 311; G. HORSMANS, “La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes”, 559; R. PIRSON en A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, I, 243; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, 147; S. RUTTEN, “Commentaar bij art. 61 W.Venn.”, 4-5; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 696 en 701; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 140 en 187; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 148; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 373; G. VAN HECKE, “La responsabilité des sociétés pour faits de leurs administrateurs en droit belge”,

streekse” buitencontractuele foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon voor het onrechtmatige optreden van zijn organen, is van bij aanvang één van de kern-aanspraken van de orgaantheorie geweest.¹⁴²³ Voor velen volgt deze oplossing noodzakelijk uit de ontoereikendheid van het klassieke privaatrecht (pre-orgaantheorie) om op doeltreffende wijze tot toerekening van onrechtmatig bestuursop-treden te komen.¹⁴²⁴ De toepassingsvoorwaarden (*infra* 3.2) en de rechtsgevolgen (*infra* 3.3) van het huidige regime worden nu toegelicht. Die toelichting is zeer bondig. Zoals bij aanvang aangegeven, wordt in dit onderzoek geen beschrijvende volledigheid betracht. De korte beschrijving van het huidige regime zoals dit doorgaans wordt voorgesteld, is dan ook maar een aanloop naar de kritische evalua-tie die volgt (*infra* 4).

3.2. TOEPASSINGSVOORWAARDEN

374. De drie meest relevante toepassingsvoorwaarden voor eigen aansprakelijk-heid van de rechtspersoon op grond van artikel 1382 B.W., voor foutief bestuurs-handelen luiden in de huidige stand van dit leerstuk dat een *orgaan* (*infra* 3.2.1) een *fout* beging (*infra* 3.2.2) binnen zijn *bevoegdheidssfeer* (*infra* 3.2.3). Daarnaast is ook vereist dat hierdoor schade werd veroorzaakt (schade en causaal verband). Maar net zoals bij aanstelling zijn die toepassingsvoorwaarden hier van minder belang.

3.2.1. Een orgaan

375. Dat een orgaan moet zijn opgetreden opdat de orgaantheorie speelt, lijkt de evidentie zelf. Het *sui generis* toerekeningsmechanisme van organieke incarnatie dat de orgaantheorie postuleert, geldt enkel voor organen. Enkel als een orgaan optreedt, treedt de rechtspersoon zelf op. Als toepassingsvoorwaarde opdat de rechtspersoon op grond van artikel 1382 B.W. aansprakelijk is voor schade ver-oorzaakt door mensen binnen zijn organisatie, is het binnen de logica van de orgaantheorie dan ook absoluut essentieel dat deze mensen de organieke hoeda-nigheid hadden.

1012-1013; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 777; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1262 en 1274; J. VAN RYN en X. DIEUX, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers”, 403. Op dit punt beginnen zich echter recent kritische stemmen te roeren, ook al is de grond voor kri-tiek nog zeer uiteenlopend: M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupe-ments*, 23 e.v.; H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 190; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere orga-nisaties”, 764 e.v.

¹⁴²³ Zie *supra* p. 53 e.v. (en ook in het historisch overzicht vanaf p. 24).

¹⁴²⁴ Zie *supra* voetnoot 257.

Formeel gezien, is dit onbetwist.¹⁴²⁵ Inzake overheidsaansprakelijkheid was voor de wet van 10 februari 2003 de casuïstiek over het orgaanbegrip legendarisch. Maar het probleem betrof de vraag *wie* orgaan was (en wie integendeel slechts aangestelde), niet het principe dat enkel het orgaan de eigen 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon van publiek recht in gedrang bracht. Privatisten keken met enig leedvermaak naar dit schouwspel. Voor rechtspersonen van privaatrecht bestond het probleem in hun ogen niet: de wet maakte volgens de algemeen verspreide opvatting limitatief duidelijk welke de organen van de privaatrechtelijke rechtspersoon waren.¹⁴²⁶

3.2.2. Een fout van het orgaan

376. Aansprakelijkheid van de rechtspersoon op grond van artikel 1382-1383 B.W. vereist naar algemeen wordt aangenomen dat schade werd veroorzaakt door een *fout* van het orgaan.¹⁴²⁷ De rechtspersoon is dan rechtstreeks aansprakelijk op grond van artikel 1382-1383 B.W. alsof hij zelf de fout beging. Het gaat, in overeenstemming met de orgaantheorie, om een aansprakelijkheid voor *eigen daad*. Weliswaar ging ook hier de evolutie richting erkenning van de essentiële rol van een *juridisch* toerekeningsmoment in dit verhaal. Het gaat erom via het recht een schadevergoedingsverbintenis voor onrechtmatig gedrag van mensen toe te rekenen aan de rechtspersoon, niet de rechtspersoon als reële antropomorfische entiteit te beschouwen.¹⁴²⁸ Dit heeft er – ietwat ironisch – toe geleid dat de moderne *juridische* interpretatie van de orgaantheorie steeds werkt (of dit althans beweert) met een van een fout van het orgaan *afgeleide fout*. De rechtspersoon begaat pas een

¹⁴²⁵ Deze toepassingsvoorwaarde wordt ook steeds ondubbelzinnig genoemd. Zie bijvoorbeeld M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 238-239; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 24; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 426; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 758 (zie ook p. 760).

¹⁴²⁶ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 426 (en algemener 360-361); W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 151-153.

¹⁴²⁷ A.-P. ANDRÉ-DUMONT, C. BRÜLS en H. CULOT, “Responsabilité des organes de société: la restauration?”, 28; L. CORNELIS, *Beginselen*, 442; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 26; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 456 (nr. 1363) en 461-463 (en voor de toepasselijkheid van deze bespreking op rechtspersonen van privaatrecht: 472, nr. 1428); L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, II, 248; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 724; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 758-759; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 373; P. VAN OMMESLAGHE, “La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne” in X (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid. XIXe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 432-434; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 777. Ook in de meeste gevallen waarin een *onrechtmatige daad* van het orgaan wordt vereist, blijkt uit de context dat het om de foutaansprakelijkheid van art. 1382-1383 B.W. gaat. Zie *supra* voetnoot 1276. Het feit dat de orgaantheorie weinig toevoegt bij objectieve aansprakelijkheid werd toegelicht *supra* p. 320 e.v.

¹⁴²⁸ V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 719-720.

fout, wanneer eerst een orgaan een fout beging.¹⁴²⁹ “[L]a faute subjective de l’organe”¹⁴³⁰ is het eerste vereiste voor eigen foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon. Die fout wordt de rechtspersoon weliswaar toegerekend als zijn eigen fout. Maar een orgaan moet ze begaan. De voorafgaande beoordeling van de fout van het orgaan gebeurt dan, naar wordt aangenomen, via een normale, gemeenrechtelijke toepassing van artikel 1382-1383 B.W.¹⁴³¹ Dit stramien wordt bevestigd in artikel 14 VZW-wet, lange tijd aanzien als de enige uitdrukkelijke oprisping van de orgaantheorie in de wettekst zelf: “de vereniging is aansprakelijk voor de fouten die kunnen worden toegerekend aan haar aangestelden of aan de organen waardoor zij handelt”.

377. De fout van het orgaan als toepassingsvoorwaarde geeft aanleiding tot bijzonder interessante en actuele vragen, die verder afzonderlijk worden behandeld.¹⁴³² Hier is *de lege lata* enkel vast te stellen dat zich specifiek voor overheidsaansprakelijkheid – voor de wet van 10 februari 2003 – een zekere dissociatie had voorgedaan tussen 1382-aansprakelijkheid van de overheid en 1382-fout van het orgaan. In het bekende ANCA-arrest, had het Hof van Cassatie, hoewel als regel bijzonder dik de nood aan een “schadeverwekkende fout van een orgaan” in de verf werd gezet, beslist:

“Dat de aansprakelijkheid van de Staat immers niet noodzakelijk wordt uitgesloten omdat de aansprakelijkheid van zijn orgaan zelf voor de schadeverwekkende handeling die het heeft verricht, niet in het gedrang kan komen, ofwel omdat het orgaan niet bekend is, ofwel omdat de handeling niet als een fout van het orgaan kan worden aangemerkt wegens een onoverkomelijke dwaling van dit orgaan of een andere hem eigen grond van ontheffing van zijn aansprakelijkheid, ofwel omdat die handeling een fout is, maar het orgaan persoonlijk ontheven is van de aansprakelijkheid waartoe ze aanleiding kan geven”.¹⁴³³

Van deze wig tussen de fout van het orgaan en die van de rechtspersoon is in de theorievorming nadien relatief weinig gebruik gemaakt. Het resultaat (overheidsaansprakelijkheid voor fouten van magistraten) was immers perfect verzoenbaar met de orgaantheorie, en was overigens uitdrukkelijk op die grond eerder al

¹⁴²⁹ C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 26; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 732 (nr. 2311), 463 (nr. 1392); T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 759; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 779. Kritisch: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 757 e.v. Zie hierover meer uitgebreid *infra* p. 449 e.v.

¹⁴³⁰ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 248.

¹⁴³¹ C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 26; V. VERVLIT, *Buitencontractuele aansprakelijkheid bij professionele risico’s*, 357.

¹⁴³² Zie *infra* p. 449 e.v.

¹⁴³³ Cass. 19 december 1991, R.W. 1992-93, 396, J.T. 1992, 142, concl. J. VELU.

bepleit.¹⁴³⁴ De persoonlijke immuniteit van de magistraat betekent niet dat hij – en dus op grond van de orgaantheorie de overheid – geen fout beging.¹⁴³⁵ Dit is ook de enige van de drie in de geciteerde passage genoemde dissociatiegronden die in het ANCA-arrest echt aan de orde is. De meeste auteurs plaatsten ook de twee andere nuances dan ook opnieuw in de sleutel van de orgaantheorie.¹⁴³⁶ De anonieme fout betekent niet dat er geen orgaan een fout beging, enkel dat de rechter vanuit bewijsmatig oogpunt (op grond van feitelijke vermoedens) mag aannemen dat de feiten geen andere uitleg toelaten dan dat “een” orgaan een fout beging. Terwijl de rechtvaardigingsgrond vooral gezien werd als een persoonlijk verweer van een lager orgaan, waar een hoger orgaan verkeerde instructies gaf of gebrekkig toezicht uitoefende (en dus evengoed de orgaantheorie speelde).

Nochtans zijn de genoemde dissociatiegronden tussen de fout van het orgaan en de fout van de rechtspersoon voor de orgaantheorie potentieel subversiever bij rechtspersonen van privaatrecht, omdat daar een stuk minder organen rondlopen – en de mensen met organieke functie bovendien niet steeds individueel bevoegd zijn – dan bij de overheid.¹⁴³⁷ De “anonieme” fout, of de rechtvaardigingsgrond die de materiële overtreder bevrijdt, maar daarom niet een ander – eventueel anoniem gebleven – orgaan is in rechtspersonen van privaatrecht minder evident. Joeri VANANROYE steunt dan ook zeer sterk op dit positiefrechtelijke “datapoint” om een stille evolutie naar een heel nieuw theoretisch systeem van eigen rechtspersoonlijke foutaansprakelijkheid via verkeersopvattingen te ontwaren.¹⁴³⁸ Maar evengoed valt onmiddellijk op dat het om mechanismen gaat die onder artikel 1384, lid 3 B.W. al veel langer goed gekend en coherent ingepast waren¹⁴³⁹; de anonieme fout, eventueel op hoger niveau dan de aangestelde die de schade ver-

¹⁴³⁴ L. CORNELIS, *Beginselen*, 220-221; A. VAN OEVELEN, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen-Brussel, Maklu-Ced.Samsom, 1987, 768-769.

¹⁴³⁵ Het Hof van Cassatie kwam tot een gelijkaardige conclusie in verband met art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet en de aansprakelijkheid van de aansteller op grond van art. 1384, lid 3 B.W. Zie *supra* voetnoot 1381.

¹⁴³⁶ Dit was in wezen ook in de conclusie van VÉLU bij het arrest al het geval: J. VÉLU, *Concl. bij Cass.* 19 december 1991, *J.T.* 1992, 148. Zie verder: P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 26-27; A. VAN OEVELEN, “De aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991”, 382 en 394-395 P. VAN OMMESLAGHE, “La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne”, 434-435; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 779-780. Maakt dezelfde vaststelling (maar kritisch): J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 769.

¹⁴³⁷ Zie ook: P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 27 en voetnoot 85.

¹⁴³⁸ Zie *infra* p. 511 e.v.

¹⁴³⁹ Zie hierover ook *infra* p. 474 e.v.

oorzaakte¹⁴⁴⁰, de objectief onrechtmatige daad van de aangestelde¹⁴⁴¹ of de persoonlijke aansprakelijkheidsimmunitet op grond van artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet.¹⁴⁴² Deze potentiële nuances tussen aansprakelijkheid van de ene en aansprakelijkheid van de ander, passen immers veel vlotter in een systeem van objectieve aansprakelijkheid voor via anderen ontplooiende activiteiten – en de “daad” van de aangestelde maar een toepassingsvoorwaarde is voor een aansprakelijkheidsregel die op de aansteller betrekking heeft – dan waar de constructie vereist dat het aangesproken rechtssubject via identificatie met een ander een eigen 1382-fout beging.

3.2.3. Binnen de (schijnbare) grenzen van de functie

A. Enkel orgaan binnen de functie

378. Een orgaan is maar een orgaan binnen de grenzen van zijn organieke functie. De orgaantheorie is hier categoriek in: “*cette règle tient à la nature même de l’institution*”.¹⁴⁴³ Buiten hun organieke rol zijn de mensen die het orgaan uitmaken, gewone rechtssubjecten die enkel zichzelf verbinden.¹⁴⁴⁴ Het is enkel bekleed met de mantel van het orgaanschap dat de cruciale samensmelting met de rechtspersoon plaatsvindt, en dat de betrokken mensen de rechtspersoon incarneren, zich ermee identificeren en zijn externe leven op onmiddellijke en oorspronkelijke wijze tot uitdrukking brengen. Het mag dan ook niet verbazen dat de orgaantheorie als vereiste voor toerekening aan de rechtspersoon eist dat de onrechtmatige daad van het orgaan binnen zijn organieke bevoegdheid werd gepleegd¹⁴⁴⁵, en

¹⁴⁴⁰ H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 501; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 986; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 160; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 392. Ludo CORNELIS wijst er terecht op dat dit procédé – dat geenszins uniek is aan de aanstelling – eerder een bewijsrechtelijke techniek is dan een uitspraak over de toepassingsvoorwaarden van de aansprakelijkheidsregel: L. CORNELIS, *Beginselen*, 50-51 en 384 (en *juncto* p. 443).

¹⁴⁴¹ H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 501; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 734; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 160; J.-L. FAGNART, “Responsabilité du fait d’autrui”, 187; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en L. WYNANT, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1985-1993)”, *T.P.R.* 1995, 1435; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1854; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 392; A. VAN OEVELEN, “De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst”, 1201. *Contra*: L. CORNELIS, *Beginselen*, 372; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 889-890; F. DUMON, *Concl. bij Cass.* 5 november 1981, 322.

¹⁴⁴² Cass. 18 november 1981, *R.W.* 1982-83, 859.

¹⁴⁴³ P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1264.

¹⁴⁴⁴ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 758 (zelfs als het “mit körperschaftlichen Mitteln” en “in körperschaftlichen Formen” gebeurt).

¹⁴⁴⁵ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 758 (“ein verfassungsmäßiges Organ als solches innerhalb seiner Zuständigkeit”). Zie ook: O. VON GIERKE,

dat de Belgische rechtspraak en rechtsleer die denkt de orgaantheorie te hanteren, dit vereiste principieel beweert toe te passen.¹⁴⁴⁶ Hierin zou een belangrijk onderscheid gelegen zijn met de toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W., waar de formeel-juridische grens van de functie zeer nadrukkelijk tot een bijrol wordt gedgegradeerd. MICHOUUD herinnert ons eraan waarom dit onderscheid voor de orgaantheorie zo fundamenteel is. Tussen de rechtspersoon en het orgaan is er “*unité de personne*”; met de aangestelde slechts dualiteit.¹⁴⁴⁷ Door die eenheid is hij rechtstreeks voor eigen fout aansprakelijk, maar hierdoor meteen ook enkel voor wat daadwerkelijk als zijn eigen gedrag kan gelden, met andere woorden wat het orgaan binnen zijn organieke “*cercle d'action*” doet.¹⁴⁴⁸ Wat de rechtspersoon zelf foutief kan worden geacht te doen, is een stuk beperkter, en heeft conceptueel een veel nauwer verband met het organieke functiebereik, dan waarvoor hij foutloos voor andermans daad aansprakelijk kan zijn.

379. Deze soep wordt nochtans niet zo heet wordt gegeten als ze werd opgediend. De bevoegdheidsomschrijving wordt meestal al louter terminologisch geobjectiverend (*infra* B). Bovendien werd het volgens de gangbare opvatting uitgebreid met wat schijnbaar binnen bevoegdheid werd verricht (*infra* C). Maar het onderscheid met artikel 1384, lid 3 B.W. zou niettemin belangrijk blijven (*infra* D).

B. Van “*acte de fonction*” naar daad in de uitvoering van de functie

380. Er bestaat nogal wat marge in de *exacte* verwoording van de grens waarbinnen het orgaan fouten begaat die eigen fouten van de rechtspersoon zijn. De

Das deutsche Genossenschaftsrecht, I, 530. Maar om GIERKE goed te begrijpen, moet men weten dat voor hem volstaat dat organen binnen de grenzen van het hun toegeschreven bereik van het *rechtspersoonlijke levensgebied* blijven, wat niet noodzakelijk samenvalt met hun formele (interne) bevoegdheid. Het is deze nuance die in de Frans-Belgische rechtstraditie wel eens tussen de plooiën viel. MICHOUUD vertrekt ogenschijnlijk van dezelfde premisse, maar komt bijna ongemerkt tot een veel restrictiever besluit: het orgaan moet een “*acte de la fonction*” hebben gesteld: (L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 249-250).

¹⁴⁴⁶ Cass. 19 februari 1955, *Pas.* 1955, I, 659; Cass. 9 november 1987, *T.R.V.* 1988, 355, noot M. WYCKAERT (de zaak ging weliswaar over nietigheid). Opnieuw wordt het criterium in de cassatierrechtspraak vaker geïllustreerd bij rechtspersonen van publiek recht: Cass. 15 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 25 (althans wat dit criterium betreft ging het over de overheid); Cass. 29 mei 1947, *Pas.* 1947, I, 216; Cass. 27 oktober 1982, *Pas.* 1983, I, 278; Cass. 19 december 1991, *R.W.* 1992-93, 396, *J.T.* 1992, 142, concl. J. VELU (zeer duidelijk). Zie verder: M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 239; L. CORNELIS, *Beginnselen*, 439; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 27; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 472 (nr. 1427); H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1119; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 431; V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 755; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1840; P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l'organe: évolutions récentes”, 766-767; J. VAN RYN, *Principes*, I, 259.

¹⁴⁴⁷ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 249-250.

¹⁴⁴⁸ Zie ook: M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 239.

oorspronkelijke omschrijving door het Hof van Cassatie was zeer streng. In het mijlpaalarrest voor rechtspersonen van privaatrecht van 15 januari 1946 over collaboratie door de NV De Coene klonk het dat de onrechtmatige daad van het orgaan slechts die van de rechtspersoon was in de mate waarin het orgaan hoedanigheid had om de rechtspersoon te vertegenwoordigen.¹⁴⁴⁹ Hiertoe volstond het niet dat de schadeverwekkende daad een rechtstreeks verband had met de functie van het orgaan, noch dat zij plaatsvond ter gelegenheid of tijdens de uitvoering van de functie. Het moest gaan om de slechte uitvoering van een handeling die het orgaan uit hoofde van de functie mocht of moest stellen.¹⁴⁵⁰ Deze omschrijving werd tot op vandaag nooit uitdrukkelijk gedesavoueerd, en blijft dan ook aanwezig in de rechtsleer.¹⁴⁵¹ Letterlijk geïnterpreteerd, wordt toerekening ermee beperkt tot rechtshandelingen die het orgaan binnen bevoegdheid stelt, die de rechtspersoon dus via vertegenwoordiging worden toegerekend, maar die tegelijk ten aanzien van derden een onrechtmatige daad uitmaken. Veel plaats voor de toerekening van meer typische buitencontractuele fouten blijft er dan niet meer over.¹⁴⁵²

¹⁴⁴⁹ Cass. 15 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 25.

¹⁴⁵⁰ Cass. 15 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 25 (relevante passage op p. 30; zie ook: Cass. 31 maart 1943, *Pas.* 1943, I, 117). Pikant detail is wel dat dit onderdeel van het arrest niet langer betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de NV, maar op die van de Staat. *In casu* had de Staat tijdens de bezetting (onder meer via de Nationale Maatschappij voor Krediet aan de Nijverheid) op formeel perfect regelmatige wijze kredieten en staatsgaranties verleend aan de NV De Coene. Omdat die staatshulp verleend werd met het oog op het ondersteunen van leveringen aan de vijand, concludeert het Hof dat het geen handelingen betrof die de betrokken organen (onder meer de secretaris-generaal van het ministerie van financiën) uit hoofde van hun functie mochten of moesten stellen. De Staat was hiervoor dus niet aansprakelijk. Dit soort redenering kan wellicht enkel in die zeer specifieke historische context worden begrepen. Het is zeer de vraag of het Hof hetzelfde criterium zelfs in *hetzelfde arrest* zou hebben toegepast ten aanzien van organen van de collaborerende NV.

¹⁴⁵¹ H. BOCKEN, "De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen", 500; A. COIBION, "Responsabilité extracontractuelle des administrateurs ou gérants: retour à une interprétation orthodoxe de la théorie de l'organe", 423; Y. DE CORDT, "Chronique d'une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société", 218; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II-1, 1990, 410; P. VAN OMMESLAGHE, "La théorie de l'organe: évolutions récentes", 777; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1265.

¹⁴⁵² Maken dezelfde vaststelling: L. CORNELIS, *Beginselen*, 435; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 27; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 431; J. VAN RYN, *Principes*, I, 259 (voetnoot 1). Dat dit geen ingebeeld gevaar is, vindt illustratie bij MICHOUUD zelf: L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 250 (burgemeester die tijdens de uitoefening van zijn functie brand veroorzaakt bij een derde door onachtzaam zijn sigarettenpeuk weg te gooien, stelt geen "acte de fonction" en veroorzaakt dus geen aansprakelijkheid bij de gemeente) en 262 (als de daad ook een misdrijf is, valt zij bijna per definitie buiten de functie, zelfs al werd het misdrijf voor rekening en in het belang van de rechtspersoon verricht). Het is opvallend hoe weinig duidelijkheid MICHOUUD hier schept, en uiteindelijk als enige voorbeeld van een onrechtmatige daad die toerekenbaar is ondanks het feit dat zij de formele bevoegdheid van het orgaan overschrijdt, teruggrijpt naar het geval waarin het betrokken orgaan zich op het bevoegdheidssterrein van een *ander orgaan* begaf (en dus er minstens vanuit het perspectief van de rechtspersoon geen overschrijding van zijn "levensgebied" was).

Vandaar wellicht dat het toerekeningscriterium vaak ook soepeler wordt geformuleerd. Zo kan men lezen dat de onrechtmatige daad *binnen de grenzen van de (wettelijke) bevoegdheid* van het orgaan moet zijn begaan.¹⁴⁵³ Ook het aan de (oude) Nederlandse rechtsleer ontleende criterium van de *formele kring van bevoegdheden* duikt in dit verband wel eens op.¹⁴⁵⁴ Met het begrip “bevoegdheid” blijft de relatie met toerekening van fouten echter ongemakkelijk. Om die reden is in de rechtsleer een tendens merkbaar om de omschrijving *binnen bevoegdheid* verder te objectiveren tot *binnen de bevoegdheidssfeer*¹⁴⁵⁵ (*“sphère des attributions”*¹⁴⁵⁶) of *binnen de opdracht* (of *de functie*) of *in de uitvoering van de opdracht* (of *de functie*).¹⁴⁵⁷ De evolutie gaat zo geleidelijk en grotendeels stilzwijgend richting woordgebruik dat voor buitencontractuele aansprakelijkheid natuurlijker aanvoelt.¹⁴⁵⁸

381. Naar de verschillen tussen die omschrijvingen, en de vaak onuitgesproken motieven voor de keuze, gaat weinig aandacht.¹⁴⁵⁹ Er wordt hier ook niet dieper op ingegaan. Voor doeleinden van dit onderzoek, zijn de (eventuele) casuïstische verschillen tussen diverse omschrijvingen van de band tussen daad en functie, niet van wezenlijk belang. Wel cruciaal is wat dit illustreert: het spanningveld tussen de conceptuele nood die de orgaantheorie heeft om bij elementen van wil

¹⁴⁵³ Cass. 19 februari 1955, *Pas.* 1955, I, 659; Cass. 19 december 1991, *R.W.* 1992-93, 396, *J.T.* 1992, 142, concl. J. VELU (overheid). Vergelijk ook: Cass. 9 november 1987, *T.R.V.* 1988, 355, noot M. WYCKAERT (niet over buitencontractuele aansprakelijkheid, wel over nietigheid). In de rechtsleer: S. RUTTEN, “Commentaar bij art. 61 W.Venn.”; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 545; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1840; J. VAN RYN, *Principes*, I, 259; V. VERVLIEET, *Buitencontractuele aansprakelijkheid bij professionele risico's*, 358. Hier is wellicht niet vreemd aan dat het inzake overheidsaansprakelijkheid meestal gaat om administratieve rechtshandelingen die formeel binnen bevoegdheid werden verricht, maar die vervolgens onwettig (en dus onrechtmatig) blijken te zijn.

¹⁴⁵⁴ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 119. Zie over de teloorgang van dit criterium in Nederland onder meer: F. LÖWENSTEYN, “In memoriam ‘het orgaan handelende binnen den formelen kring van zijn bevoegdheid’” in X (ed.), *Gratia commercii. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. A. van Oven*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1981.

¹⁴⁵⁵ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 424 en 433.

¹⁴⁵⁶ M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 239; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, 759.

¹⁴⁵⁷ C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 27; L. CORNELIS, *Beginnelen*, 435; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1119; J. MALHERBE, P. LAMBRECHT en P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 205-206; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1843; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 143 en 187; J. VAN RYN, *Principes*, I, 259.

¹⁴⁵⁸ Maar dat zich niet op gelijke hoogte hijst met het “verband met de functie” onder art. 1384, lid 3 B.W. (zie *infra* p. 367).

¹⁴⁵⁹ Zie wel: G. HORSMANS, “La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes”, 564-567.

en bevoegdheidsomschrijving aansluiting te zoeken¹⁴⁶⁰, en de meer feitelijke en objectieve benadering die het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht normaal kenmerkt, zoals die bij de toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. zo duidelijk tot uiting komt. Kritiek op dit gevolg van de orgaantheorie komt dan ook verder aan bod.¹⁴⁶¹ Hier wordt enkel nog zeer kort toegelicht dat – mede als gevolg van dit spanningsveld – *de lege lata* het bereik van binnen de functie verrichte fouten in de rechtspraak ogenschijnlijk via de schijnleer werd uitgebreid.

C. De schijnbaar binnen bevoegdheid begane fout?

382. Het cassatiearrest van 29 mei 1947 besliste dat het overheidsorgaan de aansprakelijkheid van de overheid op grond van artikel 1382 B.W. maar in het gedrang brengt als het binnen zijn wettelijke bevoegdheden heeft gehandeld *of door elk redelijk en voorzichtig mens moet worden geacht binnen die bevoegdheden te hebben gehandeld*.¹⁴⁶² Dit principe wordt doorgaans geacht ook op rechtspersonen van privaatrecht van toepassing te zijn.¹⁴⁶³ Het is gangbaar er een toepassing van de schijnleer- of vertrouwensleer en het schijnmandaat in te zien.¹⁴⁶⁴

D. Nog steeds beperkter dan bij aanstelling

383. De tendens tot uitbreiding en objectivering van het domein waarbinnen organen de rechtspersoon een eigen 1382-fout kunnen doen begaan, ook al viel die misschien niet binnen de contractueel¹⁴⁶⁵ verleende bevoegdheid, is dus manifest. Niettemin wordt algemeen aangenomen dat dit domein nog steeds een stuk beperkter is dan in het geval van artikel 1384, lid 3 B.W. Een onrechtmatige daad valt minder snel binnen de (*schijnbare*) *grenzen van de functie* van organen,

¹⁴⁶⁰ Zie bijvoorbeeld zeer duidelijk bij: L. CORNELIS, *Beginselen*, 435 en 440-441 (orgaan moet onder meer de bedoeling hebben gehad als orgaan te handelen).

¹⁴⁶¹ Zie *infra* p. 381 e.v.

¹⁴⁶² Cass. 29 mei 1947, *Pas.* 1947, I, 216. Zie ook Cass. 11 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 902; Cass. 19 december 1991, *R.W.* 1992-93, 396, *J.T.* 1992, 142, concl. J. VELU; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en L. WYNANT, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1985-1993)”, 1418; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1843.

¹⁴⁶³ L. CORNELIS, *Beginselen*, 440; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 768; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1840.

¹⁴⁶⁴ H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 500; L. CORNELIS, *Beginselen*, 435 en 440-441 (kritisch); C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 28; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 458 (nr. 1369); V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 755; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 768; A. VAN OEVELEN, “De aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991”, 379; V. VERVLIET, *Buitencontractuele aansprakelijkheid bij professionele risico's*, 358.

¹⁴⁶⁵ Met inbegrip van de wettelijke regels die op de overeenkomst ingrijpen.

dan *binnen de bediening* van aangestelden.¹⁴⁶⁶ Dit onderscheid in aansprakelijkheidsbereik tussen organen en aangestelden is voorwerp van kritiek, maar die is vooral van beleidsmatige aard.¹⁴⁶⁷ Positiefrechtelijk of conceptueel wordt het besluit zelden of nooit betwist.¹⁴⁶⁸ Hierna zal blijken dat dit onderscheid, en de moeilijkheden hieromtrent, als een falen van de orgaantheorie telt.¹⁴⁶⁹

3.3. AANSPRAKELIJKHEIDSGEVOLGEN

3.3.1. *Extern: buitencontractuele aansprakelijkheid ten aanzien van het slachtoffer*

384. De fout van het orgaan leidt ten aanzien van het slachtoffer tot rechtstreekse buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor eigen fout op grond van artikel 1382-1383 B.W.

Daarnaast blijft ook het orgaan zelf persoonlijk aanspreekbaar uit onrechtmatige daad.¹⁴⁷⁰ Dit standpunt is traditioneel in ons recht. Hoewel deze oplossing conceptueel op gespannen voet staat met het incarnatieverhaal, werd zij door-

¹⁴⁶⁶ H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 500; L. CORNELIS, *Beginselen*, 435-436; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 27; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 459 (nr. 1373); J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 430-431; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en L. WYNANT, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1985-1993)”, 1418; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1844 en 1862; P. VAN OMMEFLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 778; P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, II, 1265; J. VAN RYN, *Principes*, I, 259.

¹⁴⁶⁷ L. CORNELIS, *Beginselen*, 436; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 459-460; V. VERVLiet, *Buitencontractuele aansprakelijkheid bij professionele risico’s*, 359-360.

¹⁴⁶⁸ Een uitzondering is het werk van Cyr CAMBIER (inzake overheidsaansprakelijkheid): C. CAMBIER, noot bij Cass. 29 mei 1947 en Gent 2 mei 1944, *J.T.* 1947, 541-542; C. CAMBIER, *Aansprakelijkheid van de openbare besturen*, 32-33. Voor overheidsaansprakelijkheid, werd het onderscheid weliswaar grotendeels van de kaart geveegd met de wet van 10 februari 2003 (Zie *supra* voetnoot 174).

¹⁴⁶⁹ Zie *infra* p. 381 e.v.

¹⁴⁷⁰ Cass. 14 april 1921, *Pas.* 1921, I, 136; Cass. 17 juni 1982, *R.C.J.B.* 1986, 680, noot L. CORNELIS; Cass. 27 oktober 1982, *Pas.* 1983, I, 278 (met zeer uitgebreide voetnoot in de *Pasicrisie* van E. KRINGS); Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1354, concl. J.F. LECLERCQ; Cass. 17 november 2006, *T.R.V.* 2007, 138; M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 241; J. DABIN, noot bij Cass. 16 december 1948, 102; H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, 536; X. DIEUX, “La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers: une révolution de velours”, 236; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 180; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 465-466; P. VAN OMMEFLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 782, voetnoot 89; J. VAN RYN en X. DIEUX, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers”, 403.

gaans ook aanvaard door de intellectuele stamvaders van de orgaantheorie.¹⁴⁷¹ Hierop kwam nochtans de laatste jaren ernstige kritiek, omdat de logica en interne coherente van de orgaantheorie lijkt te eisen dat enkel nog de rechtspersoon buitencontractueel aansprakelijk is ten aanzien van derden.¹⁴⁷² Na een zijstap in 2001¹⁴⁷³, verduidelijkte het Hof van Cassatie met het arrest van 20 juni 2005 echter dat het traditionele principe buiten kijf blijft:

“si la faute commise par l’organe d’une société au cours de négociations préalables à la conclusion d’un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n’exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l’organe mais coexiste avec celle-ci”.¹⁴⁷⁴

Orgaan en rechtspersoon kunnen, in de traditionele opvatting die dus opnieuw de bovenhand lijkt te hebben gehaald, *in solidum* worden veroordeeld.¹⁴⁷⁵

3.3.2. Intern: regres tussen rechtspersoon en orgaan

385. Al even traditioneel, wordt aanvaard dat de rechtspersoon voor de schadevergoeding waartoe hij wordt veroordeeld, regres *pro toto* kan nemen op het orgaan dat de schade heeft veroorzaakt.¹⁴⁷⁶

¹⁴⁷¹ Zie *supra* voetnoot 271.

¹⁴⁷² Zie *supra* voetnoot 266.

¹⁴⁷³ Cass. 16 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 303, *T.B.H.* 2002, 698, noot C. GEYS, *R.W.* 2002-03, 340, *R.P.S.* 2001, 348.

¹⁴⁷⁴ Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1354, concl. J.F. LECLERCQ, *J.T.* 2006, 435, *R.P.S.* 2005, 183, noot Y. DE CORDT, *T.B.H.* 2006, 418, noot A. COIBION, *R.G.A.R.* 2006, nr. 14106, noot C. DALCQ, *DAOR* 2005, 340, noot G. GATHEM, *R.A.G.B.* 2005, 1549, noot I. BLOCKX en E. JANSSENS. Zie voor een toepassing (althans in de zin dat bestuurders zonder problemen buitencontractueel werden veroordeeld ten aanzien van een derde, *in casu* de fiscus): Cass. 17 november 2006, *T.R.V.* 2007, 138.

¹⁴⁷⁵ Cass. 17 juni 1982, *R.C.J.B.* 1986, 680, noot L. CORNELIS; Cass. 1 december 1988, *Pas.* 1989, I, 356; L. CORNELIS, “L’obligation ‘in solidum’ et le recours entre coobligés”, 700; L. CORNELIS, *Beginnelen*, 445; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 28; R.O. DALCQ, “Appréciation de la faute en cas de violation d’une obligation déterminée”, noot bij Cass. 22 september 1988, *R.C.J.B.* 1990, I, 470 (nr. 1419); L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, IV, 181; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 467; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1844; P. VAN OMMEFLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 782.

¹⁴⁷⁶ Cass. 3 oktober 1955, *Pas.* 1956, I, 79, *R.C.J.B.* 1958, 38, noot C. GOOSSENS; Cass. 24 januari 1980, *Pas.* 1980, I, 590; Cass. 17 juni 1982, *R.C.J.B.* 1986, 680, noot L. CORNELIS; M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 241; L. CORNELIS, *Beginnelen*, 445; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 28; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 465 (nr. 1396); H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 155-156; H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 399-400; R. PIRSON en A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, I, 246; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 454; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 759; H. VANDENBERGHE, M. VAN

4. FALEN VAN DE ORGAANTHEORIE INZAKE FOUTIEF BESTUURSHANDELEN: EEN SLECHTE IMITATIE VAN AANSTELLERSAANSPRAKELIJKHEID

4.1. OPVALLENDE GELIJKENIS

386. Het concrete aansprakelijkheidsregime voor foutief bestuursgedrag zoals dit net werd geschetst, lijkt qua toepassingsvoorwaarden en rechtsgevolgen opvallend op het systeem van aanstellersaansprakelijkheid onder artikel 1384, lid 3 B.W.¹⁴⁷⁷ Die gelijkenis kan een probleem opleveren voor de orgaantheorie, omdat zij een juridische constructie is.¹⁴⁷⁸ Zij volgt niet rechtstreeks uit de wet. Nu iedereen uitdrukkelijk of stilzwijgend erkent dat organieke incarnatie in essentie een juridisch mechanisme is, moet het zijn afzonderlijke plaats onder de juridische zon verdienen. Het volstaat niet het ontstaan van een schadevergoedingsverbintenis bij de rechtspersoon uit onrechtmatige daad van mensen die voor hem actief zijn in het ene geval *rechtstreeks* te noemen, als gevolg van toerekening van de fout zelf, en in het andere geval *onrechtstreeks*, als gevolg van aansprakelijkheid op grond van de fout van een ander. De constructie moet aantonen waarom zij de juridische werkelijkheid beter beschrijft, coherenter is, en/of meer doelmatige en opportune resultaten oplevert.¹⁴⁷⁹ Aangezien artikel 1384, lid 3 B.W. een meer eenvoudige, minder barokke verklaring biedt, moet de orgaantheorie aantonen waarom zij niettemin de voorkeur verdient.

Een moderne opvatting van de orgaantheorie zou het *prima facie* een stuk moeilijker moeten hebben met de opvallende gelijkenis met artikel 1384, lid 3 B.W. dan momenteel het geval is.¹⁴⁸⁰ In de orgaantheoretische geschriften van de realistische school, is heel wat van de beweerd cruciale eigenheid van organiek optreden, terug te voeren tot terminologische kunstjes en retorisch geweld.¹⁴⁸¹

QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, "Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)", 1844; P. VAN OMMESLAGHE, "La théorie de l'organe: évolutions récentes", 782.

¹⁴⁷⁷ Zie reeds: R.O. DALCQ, *Traité*, I, 465, nr. 1396 ("de la même manière") en 468, nr. 1413 ("très semblable"). Vergelijk verder: H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 156 en 160; A. VAN OEVELEN, "De aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991", 395.

¹⁴⁷⁸ Zie *supra* p. 61 e.v.

¹⁴⁷⁹ Zie over de aan SCHOLTEN ontleende criteria waaraan de juridische constructie kan worden getoetst, *supra* p. 61 e.v.

¹⁴⁸⁰ Zie bijvoorbeeld bij: P. VAN OMMESLAGHE, "La théorie de l'organe: évolutions récentes", 782 (die de gelijkenis vaststelt, en tegelijk sterk aan een zeer klassieke versie van de orgaantheorie vasthoudt).

¹⁴⁸¹ Zie bijvoorbeeld O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 472 ("Darstellung des Ganzen durch der Theil"); O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtspre-*

Met dit soort beeldspraak werd het *rechtstreekse, directe, onmiddellijke* karakter van de aansprakelijkheid toch vooral als *petitio principii* geponeerd.¹⁴⁸² Dit is niet onlogisch, omdat de auteurs in kwestie diep overtuigd waren van de realiteit van de rechtspersoon, zoals zij die in hun werk meenden te hebben aangetoond. Maar de moderne rechtswetenschap mag hiermee geen genoegen nemen. Wie aanspraak maakt op een eigen *juridische* realiteit voor buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen als gevolg van fouten van organen, moet aangeven welke eigen juridische kenmerken de classificatie in een afzonderlijke categorie rechtvaardigen. Wie niet langer geloof hecht aan reële incarnatie, stelt vast dat onder de mantel van het orgaanbegrip ook mensen schuil gaan en dat het erom gaat uit schade door deze mensen veroorzaakt, het al dan niet bestaan van een buitencontractuele schadevergoedingsverbintenis bij de rechtspersoon af te leiden. Dit lijkt *prima facie* op aansprakelijkheid voor andermans daad. De hypothese niettemin construeren als een rechtstreekse 1382-aansprakelijkheid voor eigen daad is conceptueel niet onmogelijk, maar moet dan wel zeer duidelijk maken waarin het onderscheid gelegen is, en wat daarvan de meerwaarde is. Wat beeldspraak over incarnatie en zelfhandelen volstaat niet. Het beste bewijs hiervan is, dat *identieke* beeldspraak vroeger wel eens voor aanstelling werd gebruikt. MAZEAUD en MAZEAUD zochten de grondslag voor aanstellersaansprakelijkheid in het feit dat de aangestelde slechts het verlengstuk was van de aansteller, dat voor derden zijn daad die van de aansteller was: “*le préposé n’est pas autre chose que le bras du commettant (...) tout doit se passer comme si une faute personnelle était démontrée contre lui*”.¹⁴⁸³ Dit vond – vlak voor de doorbraak van de orgaantheorie in private rechtspersonen – zelfs zijn weg naar een arrest van het Hof van Cassatie, waarin stond te lezen dat “*le préposé est considéré comme le prolongement du commettant, comme son organe*”, en waarvoor de conclusie van het openbaar ministerie had aangegeven dat “*la nature de prolongement et d’organe de la personne du commettant (...) fait que tout acte que le préposé accomplit au cours de sa fonction est censé accompli par le commettant lui-même*”.¹⁴⁸⁴ DE PAGE van zijn kant, stelt vast dat de aansteller wel zeer nauw verbonden is met de aangestelde, en laat zich daarbij ontvallen: “*il fait définitivement corps avec lui*”.¹⁴⁸⁵

Met beeldspraak kan je duidelijk veel kanten op. Niet in beeldspraak, maar in concrete rechtstoepassingen – de empirische basisgegevens – moet de constructie haar onderscheidende waarde bewijzen. Het beeld is slechts een hulp om concrete rechtsgevolgen samen te vatten. Als, eens de beeldspraak doorprikt, blijkt dat in

chung, 625 (de rechtspersoon “*wird als Ganzen durch den Theil insoweit dargestellt, als eben durch diesen Theil das einheitliche Leben des Ganzen sich vollzieht*”).

¹⁴⁸² Zie *supra* p. 63 e.v.

¹⁴⁸³ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, I, 654-655.

¹⁴⁸⁴ Cass. 6 december 1937, *Pas.* 1937, I, 370, concl. SARTINI VAN DEN KERCKHOVE. In de mee gepubliceerde conclusie van het openbaar ministerie blijkt ook nog op andere plaatsen duidelijk de rechtstreekse invloed van MAZEAUD en MAZEAUD.

¹⁴⁸⁵ H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1025-1026.

zijn concrete toepassing het patroon van de orgaantheorie zeer sterk lijkt op dat van artikel 1384, lid 3 B.W., dan is dit alvast geen goed teken. Een complexe en barokke theorie voor een resultaat dat veel eenvoudiger kan worden uitgelegd, is vanuit wetenschappelijk oogpunt verdacht.¹⁴⁸⁶ Deze analyse blijft het geëigende werk van de rechtswetenschap, zelfs al wordt de theorie ogenschijnlijk aangehangen tot in de cassatierechtspraak.

387. Nader onderzoek leert dan dat het probleem voor de orgaantheorie niet ophoudt bij de sterke gelijkenis met het regime van aanstellersaansprakelijkheid. Bovendien blijkt dat de parallellen deels volgen uit miskennen van de interne logica en coherentie van de orgaantheorie. Op heikele punten wordt voor aansluiting bij het stramien van artikel 1384, lid 3 B.W., eerder dan bij de eigen logica van de orgaantheorie gekozen. De reden is niet ver te zoeken. De strikte logica van de orgaantheorie zou op die punten immers leiden tot oplossingen die ondoelmatig en inopportuun zijn en/of sterk in conflict komen met diepgewortelde positief-rechtelijke patronen van ons klassieke aansprakelijkheidsrecht. Maar het gevolg is dat de orgaantheorie het als constructie wel *bijzonder* moeilijk krijgt. Niet alleen blijkt de positieve stof onder de oppervlakte een doorslagje van artikel 1384, lid 3 B.W. Bovendien kan de orgaantheorie haar op cruciale punten minder goed vatten en verklaren. En moest de orgaantheorie op die punten *wel* volgens haar eigen logica worden toegepast, dan zou zij vanuit opportuniteitsoogpunt bijzonder ondoelmatig zijn. Dit spanningsveld komt telkens, zij het in wisselende mate, aan het licht voor het orgaanvereiste (*infra* 4.2), het vereiste verband tussen de daad en de functie (*infra* 4.3), persoonlijke externe aansprakelijkheid (*infra* 4.4) en regres tussen rechtspersoon en orgaan (*infra* 4.5).

4.2. HET ORGAANVEREISTE

388. Een consistente toepassing van de orgaantheorie zou strikt de hand houden aan het vereiste dat enkel *organen* fouten begaan die de rechtspersoon rechtstreeks buitencontractueel verbinden op grond van artikel 1382-1383 B.W. Dit is elementair. Enkel het orgaan vertoont met de rechtspersoon die specifieke band die tot vereenzelviging leidt en meebrengt dat het optreden van de ene als het eigen optreden van de andere kan worden aangemerkt. Het categorische en absolute onderscheid dat de orgaantheorie maakt tussen organieke incarnatie en andere vormen van toerekening, kan hierover geen twijfel laten bestaan. Je kan niet een beetje orgaan zijn. Strikte toepassing van het orgaanvereiste zou nochtans onwerkbaar zijn (*infra* 4.2.1). Het gevolg is dat in rechtspraak en rechtsleer

¹⁴⁸⁶ Dit wetenschappelijke principe – de *lex parsimoniae* (of: *scheermes van Ockham*) – werd eerder al toegelicht. Zie *supra* voetnoot 288.

het orgaanvereiste zelden ernstig wordt genomen (*infra* 4.2.2). Maar hierdoor komt de orgaantheorie als constructie natuurlijk in moeilijkheden (*infra* 4.2.3).

4.2.1. *Strikte toepassing van orgaanvereiste is in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht ondoelmatig en beleidsmatig inopportuun*

389. Het verdient even stil te staan bij wat toepassing van het orgaanvereiste concreet zou betekenen. In het privaatrecht verheugt men zich nogal gemakkelijk over het feit dat de moeilijke discussie in het publiek recht – voor de wet van 10 februari 2003 – over wie orgaan was en wie “slechts” aangestelde, door het beweerd exclusief en limitatief wettelijke karakter van organen, overbodig werd gemaakt.¹⁴⁸⁷ Maar dit blijkt in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht toch bijzonder moeilijk te operationaliseren.

390. In de eerste plaats omdat het referentiekader toch vaak weer impliciet beperkt blijkt tot de NV en de BVBA.¹⁴⁸⁸ Eerder werd die zienswijze al bekritiseerd.¹⁴⁸⁹ De vennootschap onder firma is een schoolvoorbeeld van dit probleem. Het enige door de wet uitdrukkelijk genoemde verplichte “bestuursorgaan”, is elke individuele vennoot afzonderlijk, en dan nog enkel indien over het bestuur niets werd voorzien (art. 36, 1° W.Venn.). Een afwijkende bestuursstructuur kan in het vennootschapscontract worden bepaald, maar evengoed nadien worden uitgetekend in een beslissing van de vennoten. De partijvrijheid is zeer groot. Wanneer in sommige van die scenario’s van een “wettelijk bestuursorgaan” dan wel van een (al dan niet statutair) lasthebber moet worden gesproken, valt bijna niet *in abstracto* te beantwoorden voor wie enkel met het axioma van “exclusief wettelijke” organen wil werken.¹⁴⁹⁰ Voor een onderscheid dat naar wordt beweerd vanuit de *inherente rechtsdogmatiek van rechtspersoonlijkheid* zo cruciaal is, is dit op zich al bijzonder problematisch. Als het orgaanvereiste ernstig wordt genomen, kan het in de VOF bijzonder moeilijk worden te achterhalen wiens fouten onder welke omstandigheden als eigen fouten van de rechtspersoon hebben te gelden. De geringe praktijk met complexe bestuursstructuren in de VOF, maakt de vraag eerder theoretisch. Maar voor een sterk op deductief-theoretische argumenten steunende constructie als de orgaantheorie biedt dat niet veel troost.

391. Maar zelfs in NV en BVBA komt het orgaanvereiste in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht verrassend snel in moeilijkheden. In de NV is de

¹⁴⁸⁷ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 426 (en algemener p. 360-361); W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 151-153.

¹⁴⁸⁸ Voor een recent voorbeeld, zie: Y. DE CORDT en M.A. DELVAUX, “La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier”, 3 (en vergelijk met het voorwoord).

¹⁴⁸⁹ Zie *supra* p. 259 e.v.

¹⁴⁹⁰ Zoals bijvoorbeeld vertolkt bij: P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 767-768. Enkel door de geringe praktijk ter zake is de vraag voor de VOF eerder theoretisch.

raad van bestuur een collegiaal orgaan (art. 521 W.Venn.). Individueel zijn bestuurders geen orgaan van de vennootschap.¹⁴⁹¹ Handtekeningsclausules in de statuten, kunnen dit anders invullen (art. 522, § 2 W.Venn.). Bestuurders die op grond van een handtekeningsclausule optreden, handelen volgens de gangbare visie als orgaan van de vennootschap.¹⁴⁹² Maar dit hangt af van de statutaire clausule, die op dit punt aan derden tegenwerpelijk is (art. 522, § 2 W.Venn.). Zo kan elke bestuurder individueel orgaan worden. Maar evengoed kan het optreden van drie bestuurders worden voorgeschreven, of van de voorzitter van de raad van bestuur. Als bestuurders optreden buiten handtekeningsclausule, op grond van een bijzondere machtiging van de raad van bestuur, zijn zij dan weer *geen* orgaan.¹⁴⁹³ In de ene vennootschap kan een bestuurder individueel orgaan zijn, terwijl in een andere vennootschap twee bestuurders die samen handelen dit enkel doen als bijzondere lasthebbers op grond van een beslissing van de raad van bestuur. Een parallelle regeling is mogelijk voor het directiecomité in de NV (art. 524bis W.Venn.). Het orgaan van dagelijks bestuur in de NV, van zijn kant, is individueel orgaan, maar de statuten kunnen het – met externe werking – collegiaal maken (art. 525 W.Venn.).¹⁴⁹⁴ De persoon of personen belast met dagelijks bestuur zijn echter maar orgaan *binnen het dagelijks bestuur*.¹⁴⁹⁵ Natuurlijk krijgen zij in de praktijk vaak bijkomende bevoegdheden, gedelegeerd door de raad van bestuur. Maar als zij in dat verband optreden, zijn zij weer geen orgaan van de vennootschap.¹⁴⁹⁶ Voor de BVBA geldt een parallelle analyse, maar dan omgekeerd. Elke zaakvoerder is in principe individueel orgaan, maar de statuten kunnen die bevoegdheid op extern tegenwerpelijke wijze gezamenlijk of collegiaal maken (art. 257 W.Venn.).¹⁴⁹⁷ In de ene BVBA kan een individuele zaakvoerder dus orgaan zijn en in de andere niet.

Het is nu niet moeilijk de voorbeelden van arbitraire en vanuit opportuniteits-oogpunt moeilijk te verdedigen breuken in het aansprakelijkheidsregime op

¹⁴⁹¹ Cass. 15 oktober 1959, *Pas.* 1960, I, 193. T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 760; J. VAN RYN, *Principes*, I, 404; D. WILLERMAIN, “Le statut de l’administrateur de sociétés anonymes: principes, questions et réflexions”, 230-231.

¹⁴⁹² J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 175-176; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 534 en 577 (en specifiek voor onrechtmatige daden de doorverwijzing naar p. 544).

¹⁴⁹³ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 176 (en de bijzonder veelzeggende weglating hier, in vergelijking met randnummers waarnaar nochtans wordt doorverwezen, van rechtstreekse toerekening van onrechtmatige daden als illustratie van het belang van het onderscheid); B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 534 en 578. Voor de wettelijke erkenning van de handtekeningsclausule met de wet van 6 maart 1973, werd trouwens bepleit dat de statuten van een NV nooit bij machte waren organieke status te verlenen aan een of meer bestuurders optredend buiten de raad van bestuur: P. VAN OMMESLAGHE en L. SIMONT, “La notion de l’organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d’administration des sociétés anonymes.”

¹⁴⁹⁴ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 203. Zelfs de handtekeningsclausule op niveau van het collegiale orgaan van dagelijks bestuur is – theoretisch – denkbaar (*ibidem*).

¹⁴⁹⁵ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 392.

¹⁴⁹⁶ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 203-204; B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 663.

¹⁴⁹⁷ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 216-222.

grond van het orgaanvereiste te vermenigvuldigen. De fout van de individuele bestuurder van een NV, zelfs bij de uitoefening van zijn functie begaan, is geen eigen fout van de rechtspersoon op grond van artikel 1382-1383 B.W.¹⁴⁹⁸ Tenzij de statuten een algemene eenhandtekeningsclausule bevatten. Dan beging de rechtspersoon bij identiek gedrag van de betrokken bestuurder wél een eigen fout. Bevatten de statuten geen zulke clausule, en trad de bestuurder op identieke wijze op maar ditmaal op grond van een bijzondere volmacht van de raad van bestuur, dan is weer geen sprake van een eigen fout van de rechtspersoon. Is de handtekeningsclausule beperkt tot de voorzitter van de raad van bestuur, dan kan die fouten begaan die eigen fouten van de rechtspersoon zijn, terwijl twee bestuurders die samen optreden op grond van een bijzondere volmacht, dit niet kunnen. Het orgaan van dagelijks bestuur begaat fouten die eigen fouten van de rechtspersoon zijn. In principe geldt dit voor elke persoon belast met dagelijks bestuur, tenzij het orgaan statutair collegiaal werd gemaakt. In dat geval zijn de fouten van het individuele lid geen eigen fouten van de rechtspersoon, ook niet als de betrokkene binnen het dagelijks bestuur optrad op grond van bijzondere volmacht. Ook is van een eigen fout van de rechtspersoon op grond van optreden van een orgaan van dagelijks bestuur maar sprake zolang de fout binnen het dagelijks bestuur past. De rechtspersoon kan via het orgaan van dagelijks bestuur geen eigen 1382-fouten begaan die het dagelijks bestuur te buiten gaan. Ook niet als het orgaan van dagelijks bestuur wel bevoegd was om zwaarwichtiger zaken te behandelen, maar enkel op basis van bijzondere bevoegdheidsdelegatie door de raad van bestuur. In de BVBA zal de zaakvoerder normaal fouten begaan die eigen fouten van de rechtspersoon zijn. Tenzij de statuten in een college van zaakvoerders voorzien. Enzovoort.

392. Dit kan moeilijk een doelmatigen opportuun resultaat worden genoemd.¹⁴⁹⁹ Zeker nu de orgaantheorie – om haar probleemoplossend vermogen in de verf te zetten – het eerst onmogelijk heeft gemaakt om voor fouten van bestuurders die *niet* als orgaan optraden naar artikel 1384, lid 3 B.W. uit te wijken.¹⁵⁰⁰ Bestuurders waren *net geen* aangestelden, en mede daarom was de orgaantheorie nodig.

Het merkwaardige resultaat is dat in een NV zonder algemene tweehandtekeningsclausule de onrechtmatige daad van de portier *wel*, en die van twee bestuurders die de schade veroorzaken in het kader van de uitvoering van een opdracht

¹⁴⁹⁸ L. CORNELIS, *Beginselen*, 441-442; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 760.

¹⁴⁹⁹ Vergelijk ook: M. COIPEL, "Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés", 239 ("un inconvénient pour les tiers et un source de difficultés"). De auteur neemt het resultaat echter gelaten aan als "conséquence normale de la théorie de l'organe". Tegenwoordig staat COIPEL minder positief tegenover de orgaantheorie (maar zonder dat dit specifieke probleem opnieuw aan bod komt): M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, 23 e.v.

¹⁵⁰⁰ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 428 (die duidelijk een beetje ongemakkelijk wordt van dit resultaat); J. VAN RYN, *Principes*, I, 404 (zeer categoriek).

waartoe ze bijzondere volmacht kregen *niet* tot buitencontractuele aansprakelijkheid van de vennootschap aanleiding zou mogen geven. Als doelmatigheid en beleidsmatige opportuniteit van de oplossingen die zij inspireert één van de criteria is waaraan de waarde van een constructie moet worden getoetst¹⁵⁰¹, dan scoort de orgaantheorie hier slecht. Dat dit probleem niettemin niet veel aandacht krijgt, komt vooral doordat het orgaanvereiste in rechtspraak en rechtsleer helemaal niet zo ernstig wordt genomen (*infra* 4.2.2). Maar daarmee verliest de orgaantheorie meteen veel van haar beschrijvende en verklarende waarde (*infra* 4.2.3).

4.2.2. Gevolg: orgaanvereiste wordt zelden ernstig toegepast

393. Gelet op de zonet geschetste resultaten, is duidelijk dat het orgaanvereiste als “regel” enkel kan bestaan als er voortdurend afbreuk aan wordt gedaan. De concrete toepassing in de rechtspraak, en in belangrijke mate ook in de rechtsleer, is inderdaad een stuk minder strikt. Vaak wordt bijzonder weinig aandacht besteed aan de vraag of de betrokkenen formeel wel als orgaan zijn te kwalificeren.¹⁵⁰² In de arresten van het Hof van Cassatie over onrechtmatige daad lijkt “orgaan” vaak synoniem van bestuurder of zaakvoerder.¹⁵⁰³ Aan het onderscheid tussen het orgaan en een lid van het orgaan wordt daarbij voorbij gegaan.¹⁵⁰⁴ Bijzonder illustratief op dit vlak, is het cassatiearrest van 7 september 1950. Eiser in cassatie had uitdrukkelijk opgeworpen dat enkel de raad van bestuur van een NV wettelijk orgaan was, en dat het beroepsarrest dus ten onrechte haar gedelegeerd bestuurders als organen had gekwalificeerd. Het Hof van Cassatie verwerpt het middel met een argumentatie die er van uit gaat dat elke bestuurder individueel

¹⁵⁰¹ Zie *supra* p. 61 e.v.

¹⁵⁰² Maken dezelfde vaststelling: L. CORNELIS, *Beginselen*, 441-442 en 454, voetnoot 343; H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 111; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 428; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 760.

¹⁵⁰³ Cass. 15 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 25; Cass. 7 september 1950, *Pas.* 1950, I, 846; Cass. 19 februari 1955, *Pas.* 1955, I, 659. Cass. 15 oktober 1959, *Pas.* 1960, I, 193, is geen uitzondering, maar eerder een voorbeeld van de discrepantie, omdat de vraag niet was of het frauduleus gedrag van de gedelegeerd bestuurder tot buitencontractuele aansprakelijkheid ten aanzien van derden aanleiding gaf, maar enkel of de vennootschap belast kon worden op de winst uit de transacties die betrokkene (frauduleus) in haar naam was aangegaan. Cass. 9 november 1987, *T.R.V.* 1988, 355, noot M. WYCKAERT, is wél een voorbeeld voor wie in dit arrest een toepassing van de orgaantheorie ziet (waaronder M. WYCKAERT in de geciteerde noot en T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 760) én van oordeel is dat de fout *in casu* uitging van individuele bestuurders (zelfde vindplaats bij TILQUIN en SIMONART en V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 765). Dit laatste blijkt evenwel niet duidelijk uit het arrest. Bovendien betrof de vraag niet de buitencontractuele aansprakelijkheid van de vennootschap, wel de nietigheid van de rechtshandeling die door bedrog was uitgelokt. Eerder werd al toegelicht waarom hiervoor geen omweg via de toerekening van het bedrog als onrechtmatige daad nodig is (zie *supra* p. 105 e.v.).

¹⁵⁰⁴ Zie ook bij: F. GLANSDORFF, “Réflexions sur la théorie de l’organe” in X (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 67.

“orgaan” mag worden genoemd. Gedelegeerd bestuurders zijn, volgens het Hof, in de eerste plaats zelf ook bestuurders en in die hoedanigheid geen aangestelden maar wel organen.¹⁵⁰⁵ De vennootschap is voor het gedrag van haar bestuurders rechtstreeks aansprakelijk op grond van artikel 1382-1383 B.W., en niet wegens de aanstellingsverhouding voorzien in artikel 1384, lid 3 B.W. Het feit dat een bestuurder ook met het dagelijks bestuur werd belast, wijzigt dit besluit niet, besluit het Hof. Waar in andere arresten de verwijzing naar “bestuurders die als orgaan optreden” nog met enige goedwil als verwijzing naar de bestuurders, samen handelend als raad van bestuur kon worden geïnterpreteerd¹⁵⁰⁶, is dit voor het arrest van 7 september 1950 niet mogelijk.

394. Een aantal auteurs merkt dit probleem weliswaar op, en herinnert eraan dat die laksheid in strijd is met het orgaanvereiste.¹⁵⁰⁷ Maar tot buitenmatige gewetensnood over de waarde van de orgaantheorie zelf lijkt dit niet te leiden. VANANROYE stapt wel héél laconiek over het probleem heen:

“Een probleem is er enkel voor de leden van collegiale organen (...). Praktisch is dit manco echter nooit een issue geweest. Hierna gebruiken we het begrip orgaan in de betekenis van natuurlijke persoon die lid is van een orgaan”.¹⁵⁰⁸

Het kan deze auteur verder niet ten kwade worden geduid, omdat in zijn bijdrage de orgaantheorie al van bij aanvang wordt afgeschreven. Maar voor de orgaantheorie is dit *manco* wel degelijk een *issue* van levensgroot formaat.

4.2.3. Orgaantheorie in moeilijkheden

395. Als de orgaantheorie een juridische constructie wil zijn die een coherente en accurate grondslag biedt voor ons rechtsdogmatisch systeem van buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen, dan kan niet zomaar over dit probleem heen worden gestapt. Beschrijvende en verklarende kracht enerzijds, en interne coherentie anderzijds, zijn twee cruciale factoren om de waarde van een constructie af te meten.¹⁵⁰⁹ De constructie moet de positieve stof dekken. En zij moet logisch, coherent zijn. De orgaantheorie faalt hier. Het orgaanvereiste is absoluut noodzakelijk voor de coherentie van de constructie. Enkel juridisch-technisch als zodanig gekwalificeerde organen kunnen de rechtspersoon incarne-

¹⁵⁰⁵ Om de verwarring compleet te maken, noemt het Hof enkele paragrafen verder de bestuurder “een lasthebber, en geen aangestelde”. Zie *supra* p. 127.

¹⁵⁰⁶ Zie bijvoorbeeld: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 428.

¹⁵⁰⁷ M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 239; L. CORNELIS, *Beginselen*, 441-442 en 454, voetnoot 343; H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 111; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 428; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 760.

¹⁵⁰⁸ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 757.

¹⁵⁰⁹ Zie *supra* p. 61 e.v.

ren, en enkel incarnatie leidt tot zelfhandelen. SIMONART kan op dit punt niet duidelijker zijn:

“La théorie de l’organe ne concerne que les organes au sens technique”.¹⁵¹⁰

Er is onmogelijk plaats voor niet-organen die de rechtspersoon incarneren en wier optreden het optreden van de rechtspersoon zelf is. Dit raakt de coherentie van de orgaantheorie in het hart. Maar vasthouden aan coherentie, anderzijds, keldert de beschrijvende (en dus verklarende) waarde van de orgaantheorie. Zij dekt niet langer de positieve stof. Hiervoor zijn er té veel bronnen die het “technische” orgaanvereiste niet *au sérieux* nemen.

396. De noodzaak om te kiezen tussen interne coherentie en beschrijvende waarde, telt zwaar tegen de orgaantheorie. Zeker nu toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. op bestuurders de positieve resultaten wél verklaart. Aangestelden kunnen gezamenlijke en samenlopende fouten begaan, maar de individuele fout van één aangestelde volstaat voor aansprakelijkheid, als zij met schade aan derden in causaal verband staat.¹⁵¹¹ Als de rechtspraak en een groot deel van de rechtsleer, ondanks de theorie die ze met de lippen belijden, bij concrete toepassingen het juridisch-technische (formeel) orgaanbegrip helemaal niet *zo au sérieux* nemen, en bij het gedrag van individuele bestuurders aanknopingspunten zoeken, dan is dit een indicatie dat, onder de oppervlakte, misschien helemaal niet naar de orgaantheorie maar wel naar het meer vertrouwde buitencontractuele stramien van artikel 1384, lid 3 B.W. wordt teruggegrepen.

397. Dit vindt verder illustratie in de toepassing van de leer van de zogenaamde “anonieme fout” op organen. Dit leerstuk ontstond in het kader van artikel 1384, lid 3 B.W.¹⁵¹² Het steunt in essentie op een bewijsrechtelijk procedé¹⁵¹³: de rechter mag uit de hem voorgelegde feitenconstellatie afleiden (bij wijze van feitelijk vermoeden) dat *een* aangestelde foutief de schade moet hebben veroorzaakt, zonder de aangestelde te identificeren. Extrapolatie naar organen kwam in de rechtspraak

¹⁵¹⁰ V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 720. De auteur geeft als voorbeelden van oneigenlijk gebruik van het orgaanbegrip (in niet-technische zin) de individuele bestuurder en de commissaris. Wat de commissaris betreft, lijkt haar opvatting op dit punt evenwel geëvolueerd in vergelijking met eerder werk, waar hij wel nog als orgaan werd aangemerkt (T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 758).

¹⁵¹¹ Dit laatste is belangrijk bij de beoordeling van schade als gevolg van individuele fouten in het kader van een collegiale besluitvormingsprocedure.

¹⁵¹² Zie reeds: Cass. 2 oktober 1913, *Pas.* 1913, I, 417. H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 501; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 598; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 986; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 160; W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, 392.

¹⁵¹³ Terecht in die zin: L. CORNELIS, *Beginselen*, 50-51 en 384 (en *juncto* p. 443). Vergelijk voor een vroege illustratie ook het geval van ontploffing op een stoomschip, beschreven bij: F. LAURENT, *Principes*, XX, 506-507.

vooral voor bij overheidsaansprakelijkheid, maar wordt door de rechtsleer zonder veel omhaal evengoed op rechtspersonen van privaatrecht van toepassing geacht.¹⁵¹⁴ Nochtans is dit niet evident.¹⁵¹⁵ Bij publiekrechtelijke rechtspersonen liepen – voor de wet van 10 februari 2003 – van hoog tot laag talrijke individuele organen rond, maar bij rechtspersonen van privaatrecht, en zeker bij de NV, net niet. De anonieme fout steunt sterk op de idee dat het niet zo veel uitmaakt wie binnen een organisatie een bepaalde handeling heeft verricht, als het feit dat het iemand binnen de organisatie moet zijn geweest niet ernstig kan worden betwist. Maar voor een rechtspersoon die – per hypothese – enkel door zijn collegiale raad van bestuur wordt geïncarneerd, is toepassing van die techniek niet zo evident om tot 1382-aansprakelijkheid te besluiten. Bijgevolg verklaart enkel het feit dat het orgaanvereiste *de facto* op het stramien van artikel 1384, lid 3 B.W. wordt gemodelleerd, en het vermeend cruciale onderscheid tussen organen en aangestelden niet ernstig werd genomen, waarom toepassing van het leerstuk van de anonieme fout op organen in rechtspersonen van privaatrecht zo weinig vragen oproept.¹⁵¹⁶

398. Een pleidooi tegen de huidige laksheid van rechtspraak en rechtsleer, en voor een meer zuivere orgaantheoretische lijn¹⁵¹⁷, is geen uitweg uit dit dilemma. Een juridische constructie moet de positieve stof als primaire materie nemen en ze beter begrijpbaar maken. Starten met kritiek op de positieve stof vanuit de abstracte en deductieve logica van de constructie, belooft niet veel goeds. Bovendien loopt het pleidooi dan tegen een andere toetsteen voor de juridische constructie aan: doelmatigheid en beleidsmatige opportuniteit. Hoe ernstiger het orgaanvereiste wordt genomen, en hoe meer het orgaanbegrip uniform wordt gehanteerd in alle rechtsdomeinen¹⁵¹⁸, hoe minder doelmatig en opportuun de resultaten inzake buitencontractuele aansprakelijkheid worden.¹⁵¹⁹ Waarom zou

¹⁵¹⁴ Cass. 19 december 1991, *R.W.* 1992-93, 396, *J.T.* 1992, 142, concl. J. VELU (en in de conclusie van VÉLU, 148); H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 499; L. CORNELIS, *Beginselen*, 442-443; A. VAN OEVELEN, “De aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991”, 394; P. VAN OMMESELAGHE, “La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne”, 434; P. VAN OMMESELAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 780.

¹⁵¹⁵ Vergelijk: F. GLANSDORFF, “Réflexions sur la théorie de l’organe”, 80.

¹⁵¹⁶ Vergelijk: P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 27 en voetnoot 85.

¹⁵¹⁷ Zoals bij: L. CORNELIS, *Beginselen*, 442 en 454; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 760 (nr. 1008). Maar in wezen brengt dit probleem er TILQUIN en SIMONART toe de orgaantheorie impliciet en gedeeltelijk te verlaten en embryonaal en aanvullend toerekening via het Nederlandse criterium der verkeersopvattingen te bepleiten (p. 760, nr. 1009 en p. 770-771).

¹⁵¹⁸ Dit is een kernaanspraak van de orgaantheorie: zie *supra* p. 45 e.v.

¹⁵¹⁹ RONSE, die aanvankelijk ook de lakse houding van de rechtspraak aangaande het orgaanvereiste bekritiseert, lijkt vervolgens tot dit besef te komen. Het brengt hem ertoe plots toch de rol van art. 1384, lid 3 B.W. – zeer voorzichtig – te heroverwegen (J. RONSE, *Algemeen deel van het*

het recht voor vergoeding van schade door bestuurders aan derden veroorzaakt, aanknopen bij een sterk juridisch-technisch gekleurd en statutair manipuleerbaar concept als het orgaanbegrip?¹⁵²⁰ Dit gaat lijnrecht in tegen de feitelijke en objectieve aard van de aanknoping die in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht nodig en gebruikelijk is. Mag het voor het slachtoffer van buitencontractuele schade door een bestuurder veroorzaakt, nu werkelijk een fundamenteel verschil maken of de statuten een eenhandtekeninsclausule bevatten of niet? Natuurlijk niet.

399. Op dit punt kan de neiging ontstaan opnieuw naar de tekentafel te gaan en te trachten het orgaanbegrip ook op theoretisch niveau een ruimere invulling te geven. Misschien is het niet onmogelijk om binnen het orgaanbegrip zelf, plaats te maken voor individuele bestuurders.¹⁵²¹ Die poging lijkt echter tot mislukken gedoemd als het de bedoeling is hiermee de orgaantheorie als omvattende constructie voor rechtspersoonlijk optreden te redden. Zij moet immers noodzakelijk aanleiding geven tot een dissociatie van het orgaanbegrip (en het daarmee verbonden mechanisme van organieke incarnatie) in de diverse domeinen van rechtspersoonlijk optreden, in het bijzonder tussen rechtshandelingen en onrechtmatige daden. Individuele bestuurders kunnen dan niet langer buitencontractueel en contractueel de rechtspersoon op dezelfde manier “incarneren”. In het ene geval heeft hun handelen te gelden als het eigen handelen van de rechtspersoon, in het andere geval niet. Zij zal eveneens moeten dissociëren tussen diverse soorten vennootschapsorganen. Uitbreiding tot individuele leden van de algemene vergadering lijkt ondenkbaar. De conceptueel cruciale eenheid van de orgaantheorie¹⁵²² zou onherroepelijke schade oplopen. Ook ontstaan er grote problemen om het theoretische verhaal over oorspronkelijk incarnatie van de wil van de rechtspersoon te rijmen met het feit dat soms het gedrag van de individuele bestuurder zwaarder zal doorwegen (omdat zijn fout de rechtspersoon dan toch als de zijne wordt toegerekend) dan dat van het orgaan waarvan hij deel uitmaakt (en dat, per hypothese, geen fout beging).¹⁵²³ Mede gelet op de andere problemen die hierna

vennootschapsrecht, 427-430). Zie hierover ook *infra* p. 438 e.v. Zie ook: M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 239 (“*un inconvénient pour les tiers et une source de difficultés*”).

¹⁵²⁰ F. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur*, 89-90; F. LÖWENSTEYN, “In memoriam ‘het orgaan handelende binnen den formelen kring van zijn bevoegdheid’”, 121-122.

¹⁵²¹ Voorzichtig in die zin: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 697, 760 en 770.

¹⁵²² Zie *supra* p. 45.

¹⁵²³ Dit wordt geïllustreerd in een interessante passage in het werk van Yves DE CORDT (zie: Y. DE CORDT, “Chronique d’une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société”, 206; zie ook reeds: V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 764). De auteur vraagt zich af of, als een individuele bestuurder krachtens bijzondere volmacht handelt, niet in zekere zin het hele orgaan handelt, en de rechtspersoon dus op grond van de orgaantheorie buitencontractueel aansprakelijk kan zijn. Na de incarnatie van de rechtspersoon in het orgaan, treedt hier incarnatie van het orgaan in de individuele bestuurder op de

nog worden vastgesteld, lijkt het sop deze kool niet waard. Maar wie wel nog waarde zien in de redding van de orgaantheorie, zou deze richting kunnen inslaan. Op het einde van deze weg kan echter enkel een orgaanbegrip liggen dat van het aangesteldenbegrip inhoudelijk niet zeer zinvol te onderscheiden valt.

4.3. VERBAND TUSSEN DAAD EN FUNCTIE

400. Het voornaamste *in de concrete oplossingen waarneembare* verschil tussen aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor fouten van zijn organen en van zijn aangestelden, zou zijn gelegen in het verband tussen de daad en de functie.¹⁵²⁴ De rijkswachter die zich in opdracht van de dienst met zijn wagen naar een bijscholingscursus begeeft, en daarbij een collega meeneemt, handelt buiten zijn functie als Staatsorgaan als hij een ongeval veroorzaakt waardoor die collega schade oploopt.¹⁵²⁵ De werknemer die een ongeval veroorzaakt wanneer hij een firmawagen misbruikt om voor eigen vertier cafés te bezoeken, handelt binnen zijn bediening als aangestelde.¹⁵²⁶ Welbekend bij aanstelling zijn ook de gevallen van diefstal¹⁵²⁷ of zelfs verkrachting¹⁵²⁸ die, omdat zij tijdens of naar aanleiding van de dienst werden gepleegd, voldoende verband houden met de bediening om de aansteller aan te spreken.

Dit soort onderscheiden zijn vanuit opportuniteitsoogpunt niet bepaald een pluim op de hoed van de orgaantheorie. Het is niet duidelijk waarom de BVBA met loodgietersactiviteit wel buitencontractueel aansprakelijk moet zijn als een loodgieter-werknemer bij een klant steelt, en niet als het de loodgieter-zaakvoerder is die zich hieraan schuldig maakt. Dit creëert arbitraire en verwarrende breuken in aansprakelijkheidsregime binnen de organisatie waarmee de rechtspersoon zijn activiteit ontplooit, die moeilijk verdedigbaar zijn.¹⁵²⁹ Bijgevolg is net dit verschil-

voorgond. Treedt de individuele bestuurder op krachtens bijzondere volmacht van het orgaan, dan treedt in werkelijkheid het orgaan op. Dit illustreert het woordspel waarin de orgaantheorie in haar moderne gedaante steeds vervalt. Waarom speelt niet hetzelfde mechanisme als op identieke wijze volmacht wordt gegeven aan een niet-bestuurder? Waarom treedt ook dan het orgaan niet zelf op? Bovendien wordt dit soort diversificatie en decentralisatie van het orgaanbegrip toch zeer moeilijk conceptueel te rijmen met het verhaal over incarnatie, oorspronkelijke wilsuïting en de daarop steunende eigen fout. Als de raad van bestuur als orgaan zelf geen fout beging, waarom is de fout van de individuele bestuurder dan een eigen fout van de rechtspersoon? Dit is geen foutaansprakelijkheid meer, maar objectieve aansprakelijkheid naar het model van art. 1384, lid 3 B.W.

¹⁵²⁴ Zie *supra* p. 363 e.v. en in het bijzonder p. 367 en voetnoot 1466.

¹⁵²⁵ Cass. 11 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 902.

¹⁵²⁶ Cass. 2 oktober 1984, *R.W.* 1984-85, 2704.

¹⁵²⁷ Cass. 19 september 2008, *N.J.W.* 2009, 218, noot GJ.

¹⁵²⁸ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en L. WYNANT, "Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1985-1993)", 1438. Zie reeds: F. LAURENT, *Principes*, XX, 621.

¹⁵²⁹ En is, indien dit onderscheid serieus wordt genomen, opnieuw duidelijk geïllustreerd waarom, onder de orgaantheorie, de leer van de "anonieme fout" niet evident op rechtspersonen van privaatrecht kan worden getransplanteerd.

punt in aansprakelijkheidsregime dat de orgaantheorie propageert¹⁵³⁰, al sinds jaar en dag voorwerp van terechte kritiek vanuit opportuniteitsoogpunt.¹⁵³¹

401. Het onderscheid staat dan ook voortdurend onder druk. Er is een omiskenbare tendens om het verband tussen daad en functie voor organen soepeler te interpreteren.¹⁵³² Het criterium wordt hierdoor steeds objectiever omschreven en zoekt daarmee steeds meer toenadering bij dat van artikel 1384, lid 3 B.W.¹⁵³³ Voor buitencontractuele aansprakelijkheid is dit ook logisch. Het objectieve aanknopingscriterium van artikel 1384, lid 3 B.W. is bijzonder in zijn sas in de logica van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, waar subjectieve elementen eigen aan de wil en de bedoelingen van aansteller en aangestelde, hun onderlinge contractuele afspraken, de grenzen van de verleende opdracht, het al dan niet naleven van interne procedures, instructies, enzovoort, naar de achtergrond verdwijnen ten voordele van de objectieve en feitelijke situatie waarmee een derdeslachtoffer wordt geconfronteerd.¹⁵³⁴ De logica van de orgaantheorie anderzijds, knoopt het begaan van fouten via organen aan bij incarnatie, wilsvorming, vertegenwoordiging¹⁵³⁵, bevoegdheid. Het is dus begrijpelijk dat hieruit een veel subjectiever aanknopingscriterium wordt geput voor wat betreft het verband tussen daad en functie. Een *eigen fout* begaan via organieke incarnatie als het orgaan manifest uit zijn rol viel, is conceptueel een stuk moeilijker dan in vergelijkbare omstandigheden objectief aansprakelijk zijn *voor een ander*. Maar dan wordt manifest dat de logica van de orgaantheorie in conflict komt met die van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.¹⁵³⁶ Opnieuw stelt zich voor de orgaantheorie een dilemma dat voor een succesvolle constructie een keuze is tussen de pest en de cholera. Ofwel wordt de ingeslagen weg voortgezet en groeit wat betreft de band tussen daad en functie een aanknopingscriterium dat niet van dat van artikel 1384, lid 3 B.W. te onderscheiden is. Beleidsmatig is de orgaantheorie

¹⁵³⁰ En dat, zoals toegelicht, vanuit de interne logica van de constructie begrijpelijk is (zie *supra* p. 363 e.v.).

¹⁵³¹ L. CORNELIS, *Beginselen*, 436; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 459-460; V. VERVLIT, *Buitencontractuele aansprakelijkheid bij professionele risico's*, 359-360.

¹⁵³² C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 27; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 458 (nr. 1370); F. GLANSDORFF, "Réflexions sur la théorie de l'organe", 72. De voorbeelden gaan meestal over overheidsaansprakelijkheid. Met de wet van 10 februari 2003 werd deze evolutie in zekere zin tot zijn logische conclusie gevoerd.

¹⁵³³ Zie ook *supra* p. 364 e.v.

¹⁵³⁴ Zie *supra* p. 349 e.v. en de (kruis)verwijzingen daar.

¹⁵³⁵ Klassiek ontkent de orgaantheorie dat vertegenwoordiging speelt bij organieke incarnatie, maar wat hier van tel is, is dat zij dit enkel doet ten voordele van een nog intiemere wilstoerekening. Eerder werd toegelicht dat in een moderne opvatting van de orgaantheorie vertegenwoordiging buiten kijf zou moeten staan (*supra* p. 175 e.v.). In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, wordt de orgaantheorie vaak voorgesteld als voorbeeld van vertegenwoordiging voor fouten (en dus als uitzondering op de klassieke invulling van het vertegenwoordigingsbegrip: zie *supra* voetnoot 509).

¹⁵³⁶ F. LÖWENSTEYN, "In memoriam 'het orgaan handelende binnen den formelen kring van zijn bevoegdheid'", 121.

gered, maar ten koste van haar verklarende waarde en haar interne coherentie. Zelfs op dit traditionele verschilpunt, verklaart de orgaantheorie de positieve oplossingen dan minder goed dan artikel 1384, lid 3 B.W. Ofwel wordt opnieuw een meer zuivere orgaanleer bepleit en enkel aansprakelijkheid van de rechtspersoon aanvaard als een orgaan de fout beging binnen de strikt omschreven grenzen van zijn organieke opdracht. De coherentie is gered. Alleen wordt zo wel heel pijnlijk duidelijk dat de constructie tot beperkingen en onderscheiden leidt die vanuit opportuniteitsoogpunt manifest in haar nadeel pleiten.

402. Dit probleem wordt goed geïllustreerd aan de hand van de ontsnappingsroute die wel eens wordt gebruikt om aan de strikte logica van de orgaantheorie te ontkomen. Sinds het cassatiearrest van 29 mei 1947 zou het orgaan de aansprakelijkheid van de rechtspersoon op grond van artikel 1382 B.W. niet enkel in het gedrang brengen als het binnen zijn bevoegdheden heeft gehandeld, maar ook als het door elk redelijk en voorzichtig mens moet worden geacht binnen die bevoegdheden te hebben gehandeld.¹⁵³⁷ Dit is ongetwijfeld een poging om de band tussen daad en functie te objectiveren en het resultaat zo iets dichter bij artikel 1384, lid 3 B.W. te brengen. Maar de vlucht in het schijnmandaat om dit doel te bereiken, illustreert het doodlopende straatje waarin de orgaantheorie terechtkomt. Een aannemer startte wegenwerken die het schepencollege hem had gegund en hem zelfs schriftelijk had aangemaand onmiddellijk aan te vatten. De gunningsbeslissing bleek met bevoegdheidsoverschrijding aangetast, omdat het schepencollege bij de toewijzing voorwaarden die door de gemeenteraad waren opgelegd, zou hebben miskend. De aannemer, die de werken al had aangevat en ze vervolgens lange tijd moest stilleggen zolang het conflict tussen gemeenteraad en schepencollege niet was opgelost, vorderde schadevergoeding van de gemeente.¹⁵³⁸

403. Dit illustreert vooreerst al dat het criterium van de schijnbare bevoegdheid sterk verbonden is met een specifiek probleem van overheidsaansprakelijkheid.¹⁵³⁹

¹⁵³⁷ Cass. 29 mei 1947, *Pas.* 1947, I, 216; Cass. 11 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 902; Cass. 19 december 1991, *R.W.* 1992-93, 396, *J.T.* 1992, 142, concl. J. VELU. Zie ook *supra* p. 367.

¹⁵³⁸ De geschiedenis van deze zaak die zich afspeelde in de jaren 30 van de 20e eeuw lijkt een verhaal op zich waard, met conflicten tussen gemeenteraad, schepencollege, provinciegouverneur, bestendige deputatie, en aannemer, en een belangrijke openbare weg die twee jaar lang niet berijdbaar was wegens stopzetting van de werken. De aannemer ontving brieven van het schepencollege die hem aanmaanden de werken te starten, en van de gemeenteraad die hem aanmaanden de werken te stoppen. Na een lange lijdensweg en twee cassatiearresten (het hier geciteerde arrest werd voorafgegaan door een arrest van 11 juni 1942, *Pas.* 1942, I, 149), krijgt het Hof met het arrest van 29 mei 1947 weliswaar over de lippen dat de gemeente misschien aansprakelijk kan zijn indien het college door *elk* voorzichtig en redelijk mens bevoegd kon worden geacht, maar dat *in casu* niet afdoende werd vastgesteld dat dit het geval was. De aannemer had zijn schade dus aan zichzelf te wijten. Voor de feiten van de zaak werd hier geput uit: Gent 2 mei 1944, *J.T.* 1947, 539.

¹⁵³⁹ De doctrine meldt meestal dat het ook van toepassing is op rechtspersonen van privaatrecht, maar zonder veel uitleg of toelichting. L. CORNELIS, *Beginselen*, 440; J. VANANROYE, "Toe-

Als de schade wordt veroorzaakt door een administratieve rechtshandeling, dan zijn de onwettigheid en de onbevoegdheid van het orgaan die ze verrichte, vaak sterk verbonden. De gunningsbeslissing van het schepencollege was maar onwettig omdat het zijn bevoegdheid overschreed. Maar de fout is nu net in de onwettigheid gelegen, die op zijn beurt volgt uit de bevoegdheidsoverschrijding. Ironisch genoeg riskeert de orgaantheorie zichzelf hier schaakmat te zetten om dezelfde reden die aan lastgeving werd verweten. De lasthebber krijgt geen bevoegdheid om fouten te begaan, net zoals het orgaan van de overheid geen organieke bevoegdheid – deel van het overheidsgezag – krijgt om onwettigheden te begaan.¹⁵⁴⁰ Toch is het de vraag of zelfs een zeer strikte lezing van de orgaantheorie het hiermee ook zonder hulp van de schijnleer zo moeilijk moest hebben. De ironie wil dat de casuspositie die aanleiding gaf tot het arrest van 1947 bijzonder sterk lijkt op het enige voorbeeld dat MICHOUX kon bedenken van een onrechtmatige daad die toch een *acte de fonction* bleef in de oorspronkelijke, restrictieve betekenis. MICHOUX eindigt met het geval waarin het orgaan op het bevoegdheidsterrein van een ander orgaan van de rechtspersoon inbreuk pleegt “*sans sortir pour cela du cercle d'action de cette personne [morale]*”.¹⁵⁴¹ Het schepencollege dat bevoegd is om te gunnen, maar daarbij onbevoegd één voorwaarde die door de gemeenteraad werd gesteld, wijzigt¹⁵⁴², zou wellicht zelfs volgens MICHOUX en zonder hulp van de schijnleer een *acte de fonction* verrichten waarvoor de gemeente aansprakelijk kan zijn. Hoe dan ook is duidelijk dat deze hele problematiek niet noodzakelijk dezelfde relevantie vertoont voor de standaardgevallen van buitencontractuele schade veroorzaakt door de activiteiten van rechtspersonen van privaatrecht.

rekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 768; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1840.

¹⁵⁴⁰ Geïllustreerd bij H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 1121 (“(...) *faut il décider que l'agent qui agit par dol, excès de pouvoir ou abus d'autorité doit être considéré comme ayant agi “hors de l'accomplissement de ses fonctions” (...). L'affirmative semble s'imposer, car, dans les cas envisagés, l'agent est incontestablement sorti de la légalité. Ce n'est plus l'Etat qui a agi, même fautivement, c'est l'agent, à la suite d'un détournement de pouvoir*”).

¹⁵⁴¹ L. MICHOUX, *La théorie de la personnalité morale*, II, 250. De restrictieve (aan verdwijning grenzende) opvatting van MICHOUX op dit vlak werd al opgemerkt als revelerend voor het conceptuele falen van de orgaantheorie (*supra* voetnoot 1452). Het voorbeeld dat hij toch aanvaard, is veelzeggend voor het subjectivistische denkkader waartoe de orgaantheorie leidt. De fout moet als een emanatie van de eigen activiteit van de rechtspersoon denkbaar blijven. In het geval van de burgemeester die tijdens de uitoefening van zijn functie rookt en door onachtzaamheid brand veroorzaakt, is dit dan weer niet het geval (p. 249-250).

¹⁵⁴² *In casu* had de gemeenteraad na de opening van de inschrijvingen op grond van het lastenboek dat hij zelf had goedgekeurd, een bijkomende voorwaarde gesteld. De deklaag moest met “*pavés du pays*” worden uitgevoerd, wat niet in het lastenboek was gespecificeerd. Het schepencollege wou hier oorspronkelijk gehoor aan geven, maar werd door de gouverneur geïnstrueerd om de goedkoopste offerte – met andere straatbedekking – te kiezen, of zelf voor de meerprijs in te staan.

404. Als het criterium van schijnbare bevoegdheid niettemin wordt veralgemeend, om voor organen de vereiste band tussen daad en functie te versoepelen, zit er op grond van de orgaantheorie logica in het feit dat hiervoor het schijnmandaat wordt gehanteerd. Alleen is het een perverse logica die haar falen illustreert. Veel eerder dan toegeven dat de objectivering van het verband tussen daad en functie nodig is naar analogie met de buitencontractuele logica van aansprakelijkheid voor andermans daad, wordt het antwoord in de contractuele logica van schijnbaar bevoegd verrichte rechtshandelingen gezocht.¹⁵⁴³ Nochtans kan dit nooit op zinnvolle wijze de invalshoek vormen voor de benadering van buitencontractuele fouten. Het buitencontractuele typevoorbeeld is een daad die het slachtoffer als derde overvalt. Pas nadat de schade hem overkomen is, kan het slachtoffer analyseren wat er exact is gebeurd. Het is dan bijzonder kunstmatig na te gaan of hij ten aanzien van die daad redelijkerwijze vertrouwde op een bevoegdheid die hem op het ogenblik van de schade totaal vreemd was. Ook onredelijke slachtoffers hebben recht op integrale schadevergoeding, tenzij hun onredelijkheid de schade foutief (mee) veroorzaakte. Welke zin heeft de vraag of, op het ogenblik dat de schade werd veroorzaakt, het slachtoffer er rechtmatig op vertrouwde dat de betrokkene binnen bevoegdheid bleef?¹⁵⁴⁴ Schijnbare bevoegdheid heeft maar zin als er een derde in het spel is die ook effectief *ex ante* op die bevoegdheid heeft vertrouwd en er zijn gedrag op heeft afgestemd.¹⁵⁴⁵ Het is een techniek die werd ontworpen om rechtshandelingen toe te rekenen, en die in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht meestal als een tang op een varken slaat.¹⁵⁴⁶ De regel luidt daar nu net: *take your victim as*

¹⁵⁴³ Vergelijk (voor de vaststelling, maar zonder waardeoordeel): J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 189 (“(...) wordt een constructie gebruikt die uit het overeenkomstenrecht afkomstig is”). Vergelijk ook (voor de vaststelling, maar met een poging om hier een positieve wending aan te geven): J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 432-433.

¹⁵⁴⁴ M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 240; C. RENARD en C. GOOSSENS, “Responsabilité de la puissance publique du fait de services commis par ses organes”, noot bij Luik 26 april 1955, *R.C.J.B.*, 1956, (10) 20, voetnoot 1.

¹⁵⁴⁵ Vergelijk ook, voor vertegenwoordiging in het algemeen: P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 274; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 179. Heeft het werkelijk zin, zoals deze auteur doet, bij verkeersongevallen een onderscheid te maken tussen de politieagent die met een politiewagen rijdt, de lasthebber die met zijn eigen wagen naar de notaris rijdt om voor de lastgever een akte te verlijden, en de aangestelde die met een dienstwagen rijdt, afhankelijk van de vraag of de betrokkene *in de ogen van het derde-slachtoffer* binnen de functie handelde? FORIERS is van oordeel dat de lasthebber in de ogen van derden niet voor rekening van de lastgever met de wagen rijdt, en de aangestelde (en ook het orgaan) wel. Maar wat is de relevantie hiervan voor het slachtoffer dat pas na de feiten beseft waar de klap vandaan kwam? En moet het dan verschil maken als de lasthebber met een voertuig vol opzichtige reclame van de lastgever rijdt, en de aangestelde met zijn eigen onopvallende wagen (maar wel tijdens de diensturen en in opdracht van de aansteller)? Die pistes lijken weinig zinvol.

¹⁵⁴⁶ “Meestal”, omdat ook het gemeen recht de hypothese kent van de rechtshandeling die, puur als rechtshandeling bekeken, een onrechtmatige daad is (H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 497-498; L. CORNELIS, *Beginselen*, 419). Het schijnmandaat kan hier helpen de rechtshandeling toe te rekenen

*you find him.*¹⁵⁴⁷ Artikel 1384, lid 3 B.W. kiest terecht voor een objectieve, feitelijke omschrijving van de band tussen de daad en de functie. Het slachtoffer moet enkel *ex post* bewijzen dat de foutieve daad met een objectief omschreven functiebereik verband hield, niet dat het *ex ante* redelijkerwijze vertrouwde op het feit dat de aangestelde voor de foutieve daad “bevoegd” was. De contractuele vluchtweg die de orgaantheorie hier via het schijnmandaat doet inslaan, illustreert hoe moeilijk zij het conceptueel heeft om haar subjectieve, wilsgerelateerde invulling van het verband tussen fout en functie los te laten *omdat de fout niet louter tot objectieve aansprakelijkheid aanleiding geeft, maar eigen moet kunnen worden genoemd.*

405. Opnieuw doet zich hier een keuze voor. Ofwel wordt de leer van het cassatiearrest van 29 mei 1947 als toepassing van de schijnleer binnen de orgaantheorie verklaard en ernstig genomen. De aannemer die zich beklaagt over een fout van de gemeente omdat het schepencollege hem had aangemaand de werken aan te vatten die het hem formeel gegund had, overeenkomstig de tussenkomst van de provinciegouverneur, en dit op grond van een offerte die volledig conform was met een lastenboek dat de gemeenteraad én de bestendige deputatie had goedgekeurd, *kan dan nog ongelijk krijgen* omdat het college *effectief onbevoegd* was en niet elk redelijk en voorzichtig mens *ex ante* had besloten dat het college wettelijk wel bevoegd was. Meteen is duidelijk dat de “correctie” via het schijnmandaat bijzonder beperkt is en zeker voor rechtspersonen van privaatrecht weinig toevoegt. Ofwel is gebruik van de schijnleer – impliciet¹⁵⁴⁸ of expliciet¹⁵⁴⁹ – maar façade. Het “schijn criterium” staat dan voor het – met resultaat van het cassatiearrest van 1947 nog bijzonder weinig verbonden – standpunt dat fouten van organen de rechtspersoon verbinden als ze objectief gezien en *ex post* beoordeeld met de functie voldoende verband houden. De vraag is niet of het slachtoffer *ex ante* effectief op de schijn vertrouwde dat de foutieve daad binnen bevoegdheid viel, en een normaal voorzichtig en redelijk mens tot hetzelfde besluit was gekomen. De vraag is of een normaal voorzichtig en redelijk beoordelaar (rechter) *ex post* van oordeel is dat de foutieve daad voldoende met de functie verband hield om tot aansprakelijkheid te

en zo tot de onrechtmatige daad te besluiten (J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 432). Bij overheidsaansprakelijkheid gaat in dit verband te weinig aandacht naar het feit dat de fout vaak uit de objectief vastgestelde onwettigheid van een eenzijdige administratieve rechtshandeling volgt.

¹⁵⁴⁷ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, 2e uitgave, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 191.

¹⁵⁴⁸ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 433.

¹⁵⁴⁹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 768. De belangrijke rol die deze zaak bij VANANROYE speelt als positiefrechtelijke steunpilaar voor de visie dat enkel nog verkeersopvattingen doorslaggevend zijn voor de vraag of een daad aan de rechtspersoon wordt toegerekend, is toch, gelet op de feiten van de zaak en de beslissing van het Hof, merkwaardig. Dat een orgaan (schepencollege) optrad en wel heel dicht bij zijn wettelijke bevoegdheid bleef, staat buiten kijf. Het beroepsarrest waarin de aannemer (eindelijk) gelijk kreeg werd verbroken. En de aannemer krijg van het Hof van Cassatie het verwijt dat een normaal voorzichtig en redelijk mens nader had onderzocht of het schepencollege gelet op het conflict met de gemeenteraad vanuit strikt formeel-juridisch oogpunt wel bevoegd was.

leiden. “Schijn” die pas na de feiten en enkel voor beoordeling *in abstracto* moet bestaan, heeft niets te maken met legitiem vertrouwen bij het derde-slachtoffer, maar met aanknoping van aansprakelijkheid door de rechter (die in het geval van art. 1384, lid 3 B.W. op een rechtsregel steunt, zoals dit hoort).¹⁵⁵⁰ Hier is een buitencontractuele vraag aan de orde die essentieel verschilt van die welke tot het schijnmandaat in het contractenrecht heeft geleid. De vraag is niet of de derde er *in concreto* op heeft vertrouwd en mocht vertrouwen dat een daad binnen bevoegdheid viel, de vraag is of de daad met de functie een zeker door een objectieve waarnemer *in abstracto* vaststelbaar verband heeft.¹⁵⁵¹ Maar dan mag toch man en paard worden genoemd.¹⁵⁵² De enige bedoeling van een zodanig opgerekt en gedenatureerd schijncriterium, is om zoveel mogelijk objectieve aanknoping in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. te benaderen. De omweg via de schijnleer zaait dan enkel verwarring.¹⁵⁵³ Als de gedelegeerd bestuurder van een ziekenhuis, belast met het dagelijks bestuur, een patiënt verkracht, is de vraag niet of het slachtoffer de schijn dat dit binnen bevoegdheid gebeurde, voor werkelijkheid mag nemen (op voorwaarde dat die schijn bij elk normaal voorzichtig en redelijk mens zou hebben bestaan) maar wel of er – net zoals bij een verpleger¹⁵⁵⁴ – een voldoende objectief verband is met de functie om het ziekenhuis aansprakelijk te stellen.

4.4. PERSOONLIJKE EXTERNE AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS

4.4.1. Goede kandidaat voor juridische eigenheid van het organieke toerekeningsmechanisme

406. Het kwam eerder al aan bod: de orgaantheorie lijkt tot de buitencontractuele immuniteit van bestuurders persoonlijk voor de door hen in organieke hoedanigheid gepleegde en aan de rechtspersoon rechtstreeks toegerekende onrechtmatige daad te moeten leiden.¹⁵⁵⁵ Qua juridische eigenheid van het organieke toerekeningsmechanisme zou dit kunnen tellen. Toepassing van de klassieke principes inzake vertegenwoordiging, lastgeving en aanstelling leidt immers *als*

¹⁵⁵⁰ Vergelijk: L. CORNELIS, “Plaidoyer pour une responsabilité uniforme en cas d’abus de fonction”, 357.

¹⁵⁵¹ Het “vertrouwen” van het slachtoffer heeft geen betrekking op daad en bevoegdheid, maar wel op wie het kan aanspreken voor schadevergoeding. Zelfs de eigen foutaansprakelijkheid kan dan in termen van gewettigd vertrouwen van het slachtoffer worden geherformuleerd.

¹⁵⁵² Zie ook: M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 240 (“*Mais faut-il parler d’apparence? La Cour n-a-t-elle pas simplement voulu, grâce à cette règle et dans un souci d’équité, élargir le domaine d’application de la responsabilité directe des personnes morales*”).

¹⁵⁵³ Zie in dit verband ook de kritiek op verkeersopvattingen als toerekeningscriterium in de theorie van Joeri VANANROYE (*infra* p. 516 e.v.).

¹⁵⁵⁴ Zie *supra* voetnoot 1528.

¹⁵⁵⁵ Zie *supra* voetnoot 263 en p. 368.

algemene regel tot het omgekeerde resultaat. Via vertegenwoordiging wordt enkel een rechtshandeling toegerekend. Het feitelijke gedrag van de lasthebber blijft steeds het zijne, en blijft toetsbaar aan de toepassingsvoorwaarden van buitencontractuele aansprakelijkheidsregels.¹⁵⁵⁶ De eventuele aansprakelijkheid van de lastgever als aansteller op grond van artikel 1384, lid 3 B.W., wijzigt deze conclusie niet. Dat iemands feitelijke gedrag behoudens wettelijke of contractuele afwijking door derden *altijd* tegen het licht van artikel 1382-1383 B.W. mag worden gehouden, is bijna een axioma van het privaatrecht. Moest de orgaantheorie ertoe leiden dat bestuurders buitencontractueel immuun zijn voor hun fouten omdat die via organieke incarnatie aan de rechtspersoon werden toegerekend, dan was dit resultaat ongetwijfeld een sterke kandidaat om de eigenheid van de orgaantheorie als juridische constructie kleur te geven.

De positieve oplossingen zijn echter duidelijk niet in die zin gevestigd.¹⁵⁵⁷ TILQUIN en SIMONART hebben terecht aangestipt dat dit op grond van de orgaantheorie incoherent is (*infra* 4.4.2). De traditionele “verklaring” voor die discrepantie schuift het probleem immers vooral onder de mat (*infra* 4.4.3). Ook de tussenweg die de Franse auteurs MAZEAUD en MAZEAUD hebben bepleit, brengt geen soelaas (*infra* 4.4.4). Die discrepantie tussen interne coherentie en positieve stof, is opnieuw een probleem voor de waarde van de orgaantheorie als juridische constructie (*infra* 4.4.5).

4.4.2. TILQUIN en SIMONART: logica van de orgaantheorie leidt tot buitencontractuele immuniteit

407. Thierry TILQUIN en vooral Valérie SIMONART ontpopten zich de laatste jaren tot actieve critici van persoonlijke buitencontractuele aansprakelijkheid als regel, en tot vocale pleitbezorgers van een striktere toepassing van de orgaantheorie.¹⁵⁵⁸ Hun argument vond weerklank in een deel van de rechtsleer en zelfs, zo leek het, zij het kortstondig, in de rechtspraak van het Hof van Cassatie.¹⁵⁵⁹ Voor

¹⁵⁵⁶ Het basisarrest in dit verband is: Cass. 5 april 1921, *Pas.* 1921, I, 302.

¹⁵⁵⁷ Zie *supra* p. 368.

¹⁵⁵⁸ V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 753 en 759 e.v.; SIMONART, “La théorie de l’organe”, 724; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 761 e.v. In de 3e editie van deel I (1962) van zijn *Traité*, kan men denken dat reeds DE PAGE dit standpunt niet ongenegen was (zie p. 639). In de 4e editie (1990), bewerkt door JEAN-POL MASSON, wordt dit wat toegedeekt met twee voetnoten (zie volume I van wat intussen tome II is, p. 409-410 en de voetnoten 1 en 2 op p. 410). Het resultaat is warrig. Vergelijk ook: deel II, 1964, 1122, voetnoot 3.

¹⁵⁵⁹ Cass. 16 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 303, *T.B.H.* 2002, 698, noot C. GEYS, *R.W.* 2002-03, 340, *R.P.S.* 2001, 348; J.-F. LECLERCQ, *Concl.* bij Cass. 20 juni 2005, 1355-1356; A.-P. ANDRÉ-DUMONT, C. BRÜLS en H. CULOT, “Responsabilité des organes de société: la restauration?”, 31-32 en 39; Y. DE CORDT, “Chronique d’une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société”, 234; D. PHILIPPE en G. GATHEM, “A quelles conditions le dirigeant peut-il engager sa responsabilité aquilienne personnelle à l’égard des tiers? Les pièges de l’article 1382 du Code Civil”, 110 en 152. Zie ook, genuanceerd: X. DIEUX, “La responsabilité

TILQUIN en SIMONART is de “absorptie” van de persoonlijke buitencontractuele aansprakelijkheid van het orgaan door die van de rechtspersoon niet meer dan het logische complement van de orgaantheorie. Het is immers logisch ondenkbaar dat één daad aan twee verschillende personen wordt toegerekend.¹⁵⁶⁰ Doet men dit toch, dan is dit enkel om beleidsmatige redenen. Rechtsdogmatische coherentie wordt geofferd aan een opportuniteitsbeoordeling: de vrees van derespansabilisering en straffeloosheid indien enkel de rechtspersoon kan worden aangesproken.¹⁵⁶¹ Dit is een pure beleidsafweging zonder wettelijke basis. Bovendien is voor TILQUIN en SIMONART zelfs deze opportuniteitsbeoordeling niet eenduidig. Waarom moet het orgaan persoonlijk aansprakelijk zijn voor risico’s die in essentie door de rechtspersoon worden genomen? Er moet voor deze auteurs een onderscheid blijven met het aansprakelijkheidsregime voor activiteiten te individuen titel, buiten elk rechtspersoonlijk verband om.¹⁵⁶²

408. Het grootste probleem met de absorptieleer van TILQUIN en SIMONART is dat er geen positiefrechtelijke basis voor is, noch in de wet, noch in de rechtspraak. De positieve stof wordt terzijde geschoven op grond van de interne logica van een constructie – de orgaantheorie – die in feite als eerste roeping zou moeten hebben de positieve stof te beschrijven. Een gelijkaardig probleem kwam al aan bod bij de bespreking van het orgaanvereiste. Het probleem is hier echter nog acuter, omdat het verdedigde standpunt lijnrecht ingaat tegen een uitdrukkelijke wetsbepaling: artikel 1382-1383 B.W. De interne logica van een juridische constructie wordt gebruikt om rechtssubjecten immuun te verklaren ten aanzien van de werking van een uitdrukkelijke wetsbepaling die *prima facie* manifest op hen toepasselijk is.¹⁵⁶³ En dan nog niet zo maar een wetsbepaling, maar één van de meest algemeen geldende die ons recht rijk is.¹⁵⁶⁴

In een opgemerkte bijdrage uit 1999, doet SIMONART een poging om enige wettelijke basis aan te dragen. Maar meer dan een doekje voor het bloeden lijkt, dit niet. De auteur grijpt terug naar de bijzondere regels die de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders in de NV regelen.¹⁵⁶⁵ Het is wat merkwaardig dat

civile des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers: une révolution de velours”, 241-242.

¹⁵⁶⁰ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 761.

¹⁵⁶¹ V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 763; V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 724; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 762.

¹⁵⁶² V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 762; Zie ook: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 763 en 765.

¹⁵⁶³ H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, 538.

¹⁵⁶⁴ Vergelijk: P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 265.

¹⁵⁶⁵ V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 760. Het gaat om het toenmalige art. 62 Venn.W., dat in het toenmalige systeem van de gecoördineerde wetten via art. 132 werd uitgebreid tot de BVBA. Zie huidig art. 262-263 W.Venn. (BVBA) en 527-528 W.Venn. (NV). Vergelijk in het Wetboek van Vennootschappen, bijzonder veelzeggend *contra*, art. 380 voor de CV.

uit een wetsbepaling die voor één rechtspersoonsvorm de persoonlijke aansprakelijkheid van individuele bestuurders ten aanzien van derden in vergelijking met het gemeen recht *verstrengt*, een argument wordt geput dat niet-aansprakelijkheid van organen van rechtspersonen als regel moet grondvesten. Het eerste lid van deze wetsbepaling (huidig art. 527 W.Venn.) handelt enkel over de contractuele aansprakelijkheid van bestuurder ten aanzien van de vennootschap, terwijl het tweede lid (huidig art. 528 W.Venn.) een bijzonder verscherpte (solidaire) aansprakelijkheid invoert voor schendingen van de vennootschapswetgeving en de statuten. SIMONART geeft zelf toe dat het wetsartikel geen uitspraak doet over gewone 1382-fouten, en uit dit stilzwijgen kan, in tegendeel tot wat de auteur lijkt aan te nemen¹⁵⁶⁶, worden afgeleid dat de uitdrukkelijke tekst van artikel 1382 B.W. *net niet* impliciet werd terzijde geschoven. De auteur besluit dan ook ten onrechte dat “*le système de l'article 62 tend plutôt à leur immunité*”.¹⁵⁶⁷ Nog minder kan uit deze specifieke aansprakelijkheidsregeling voor bestuurders en zaakvoerder in NV en BVBA, een wettelijke basis worden geput voor een constructie – de orgaantheorie – die *voor alle organen van alle rechtspersonen* buitencontractuele immuniteit claimt *contra* het gemeen recht (art. 1382-1383 B.W.). Het Wetboek van Vennootschappen bepaalt integendeel voor de CV alvast uitdrukkelijk dat bestuurders ook ten aanzien van derden aansprakelijk zijn overeenkomstig het gemeen recht (art. 380 W.Venn.). Als er één plaats is waar men zou mogen verwachten dat een uit de orgaantheorie geputte persoonlijke immuniteit wettelijke ondersteuning zou vinden mocht zij door de wet bedoeld zijn, dan is het wel artikel 14 van de VZW-wet. Dit is immers de plaats waar de orgaantheorie meest uitdrukkelijk in de wet zelf om de hoek kwam kijken.¹⁵⁶⁸ Uit dit wetsartikel zoals het in 1921 werd ingevoerd, blijkt echter net dat de bestuurders persoonlijk aansprakelijk blijven ten aanzien van derden voor de “*in hun beheer bedreven misgrepen*”.¹⁵⁶⁹ Het besluit moet dan ook luiden dat in de bijzondere organieke wetgeving van toepassing op de diverse rechtspersonen die ons privaatrecht rijk is, geen uitdrukkelijke wettelijke grondslag is aan te treffen die bestuurders immuniseert voor de werking van artikel 1382-1383 B.W.

409. Het werkelijke argument van TILQUIN en SIMONART steunt dan ook niet op concrete wetteksten. Het wordt gebaseerd op een theoretische deductie uit de fun-

¹⁵⁶⁶ V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 760 (“*le législateur n’a pas prévu que les administrateurs engageaient leur responsabilité personnelle pour de telles fautes*”).

¹⁵⁶⁷ V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 760.

¹⁵⁶⁸ Het artikel opent met: “*De vereeniging is aansprakelijk voor de misgrepen, die kunnen toegeschreven worden, hetzij aan hare aangestelden, hetzij aan de organen, waardoor haar wil wordt uitgevoerd*”. Zie: R.O. DALCQ, *Traité*, I, 471 (nr. 1423); L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, IV, 180 (voetnoot 4); J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 762 (“*hiermee werd de orgaantheorie als toerekeningsmethode in 1921 wellicht voor het eerst (en het laatst) door de wetgever gehanteerd*”).

¹⁵⁶⁹ Zie ook: Cass. 29 juni 1989, *Pas.* 1989, I, 1196, *R.P.S.* 1989, 175.

damentele principes en de interne logica van de orgaantheorie. Artikel 1382-1383 B.W. is niet van toepassing op het orgaan, omdat de daad vanuit juridisch oogpunt niet langer de zijne is. Hij werd als eigen toegerekend aan de rechtspersoon. Als de rechtspersoon slechts buitencontractueel aansprakelijk is omdat de daad van het orgaan juridisch werd gekwalificeerd als zijn eigen daad, dan kan die daad – hoe materieel hij ook door het orgaan blijft gesteld – niet ook nog eens juridisch worden gekwalificeerd als de eigen daad van het orgaan. Op zich lijkt hier geen speld tussen te krijgen. De kritiek die TILQUIN en SIMONART krijgen, steunt dan ook doorgaans op beleidsoverwegingen of op de noodzaak om grenzen te stellen aan hoe ver je de interne logica van een constructie mag doorvoeren.¹⁵⁷⁰

410. Nochtans is zelfs dit puur deductieve luik van de redenering niet vrij van kritiek. Het gaat naar het hart van het probleem met de theoretische stap die werd gezet om het overgeleverde *suigenerisverhaal* over organieke incarnatie te redden van de moderne onttovering van de realiteitsleer. TILQUIN en SIMONART hadden immers, in navolging van de juridisch-technische verschijningsvorm die de orgaantheorie sinds MICHOUX kreeg, het orgaan opgevat als een niet-rechtssubjectieve entiteit die te onderscheiden is van de mensen met rechtssubjectiviteit die het uitmaken. Organieke incarnatie betekent niet dat de daad van mensen met eigen rechtssubjectiviteit, maar wel de daad van een niet-rechtssubjectieve immateriële entiteit die “orgaan” wordt genoemd, en die ten aanzien van de rechtspersoon rechten noch verbintenissen heeft, aan de rechtspersoon wordt toegerekend.¹⁵⁷¹ Het deductief waterdichte absorptieargument van TILQUIN en SIMONART gaat enkel op voor het orgaan als zodanig. *Het orgaan* kan niet aansprakelijk zijn voor de onrechtmatige daad die de rechtspersoon als eigen werd toegerekend. Het is vanuit die optiek volledig transparant. Maar dit zegt dan niet noodzakelijk iets over de mensen die er deel van uitmaken, als die van het orgaan nu net nadrukkelijk werden onderscheiden. Het argument is trouwens niet meer dan tautologisch voor wie eerst aannam dat het orgaan als orgaan geen rechtssubjectiviteit heeft. De niet-aansprakelijkheid van het niet-rechtssubject is een tautologie.¹⁵⁷² Wie zeer nadrukkelijk weigert de individuele mensen die uiteindelijk toch in

¹⁵⁷⁰ H. DE WULF, “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders”, 537; H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 126; X. DIEUX, “La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers: une révolution de velours”, 236; X. DIEUX, “La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme: questions de principe!”, 139; P. VAN OMMESELAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 782 (voetnoot 89). Zie ook reeds: J. VAN RYN en X. DIEUX, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers”, 403.

¹⁵⁷¹ Dit was de conceptuele truc die moest toelaten het naïeve realisme van de reële incarnatie overboord te gooien, en toch te blijven benadrukken dat niet zomaar aansprakelijkheid voor andermans daad, maar wel een *sui generis* toerekeningsmechanisme voor aansprakelijkheid uit eigen daad voorlag. Over het fundamentele falen van deze démarche, zie *supra* p. 66 e.v.

¹⁵⁷² Vergelijk: Y. DE CORDT, “Chronique d’une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société”, 205.

materiële zin het organieke optreden vorm geven, orgaan te noemen, beleeft *aan dit waterdichte deductieve argument* weinig plezier om de niet-aansprakelijkheid van deze fysieke personen te grondvesten. Want als fysieke personen met rechts-subjectiviteit zijn zij geen orgaan, vallen zij niet onder het organieke incarnatiemechanisme, en is dus *uit de orgaantheorie* geen argument te putten om hun daden niet ook gewoon in hun eigen hoofde aan de toepassingsvoorwaarden van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels (in het bijzonder art. 1382-1383 B.W.) te toetsen. De transparantie geldt slechts voor het orgaan, en de fysieke persoon die er deel van uitmaakt is geen orgaan.¹⁵⁷³ Ontdaan van rechtssubjectiviteit, heeft het orgaan rechten noch verbintenissen tegenover de rechtspersoon: het identificeert zich ermee.¹⁵⁷⁴ Maar de leden van het orgaan zijn rechtssubjecten die wél rechten en verbintenissen tegenover de rechtspersoon hebben.¹⁵⁷⁵ Hieruit volgt dat deze leden, die zich als zodanig *uitdrukkelijk niet* met de rechtspersoon identificeren, niet het door TILQUIN en SIMONART aan de orgaantheorie ontleende buitencontractuele absorptieargument hebben.

411. Dit probleem ondergraaft op diverse plaatsen de coherentie van het *prima facie* zo logisch lijkende betoog van TILQUIN en SIMONART. Enerzijds wordt geclaimd dat individuele bestuurders geen orgaan zijn zodat hun fouten niet aan de rechtspersoon zijn toe te rekenen¹⁵⁷⁶, en anderzijds dat individuele bestuurders op grond van diezelfde orgaantheorie buitencontractueel immuun zijn.¹⁵⁷⁷ Het wringt als de traditionele oplossing die derden toelaat de persoonlijke aansprakelijkheid in te roepen “*des personnes investies de la qualité d’organe*”¹⁵⁷⁸ wordt bekritiseerd omdat zij ingaat tegen het eerder geponeerde absorptieprincipe, terwijl dit principe wordt geformuleerd als volgt: “*comme l’organe s’identifie à la personne morale, les fautes de l’organe sont celle de la personne morale et la responsabilité de l’organe devrait être absorbée par la personne morale*”¹⁵⁷⁹, en eerder sterk werd benadrukt dat “*l’organe ne jouit pas de la personnalité*”.¹⁵⁸⁰ Hoe valt buitencontractuele transparantie te rijmen met het feit dat de rechtspersoon plots wel de leden van het orgaan in regres kan aanspreken op grond van *artikel 1382*, en zelfs

¹⁵⁷³ Dit geldt zelfs voor het individuele orgaan. Het orgaan, zelfs het individuele, is geen rechtssubject maar “*un corps*” (T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 694; zie ook p. 704: “*l’organe est individuel lorsque toute personne en faisant partie peut valablement agir seule*”). Zie reeds: L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, I, 136: “*l’organe collectif ou individuel n’est pas, en tant qu’organe, une personne distincte*”.

¹⁵⁷⁴ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 697.

¹⁵⁷⁵ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 698.

¹⁵⁷⁶ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 760.

¹⁵⁷⁷ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 761.

¹⁵⁷⁸ V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 724 (onderstreping toegevoegd).

¹⁵⁷⁹ V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 722 (onderstreping toegevoegd).

¹⁵⁸⁰ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 697 (onderstreping toegevoegd). Op deze vindplaats noemen de auteurs weliswaar art. 1252, 3° B.W., maar dit is wellicht een eenvoudige verschrijving.

op grond van *artikel 1251*, 3° B.W.¹⁵⁸¹ Als de rechtspersoon voor regresdoeleinden kan worden gesubrogeerd in een buitencontractuele 1382-vordering van derden tegen de *leden* van het orgaan, waarom volgt dan uit de orgaantheorie dat de transparantie van het *orgaan* tot buitencontractuele absorptie van de aansprakelijkheid van de *leden* ten aanzien van derden leidt?

Eerder werd al toegelicht waarom de theorie over de niet-rechtssubjectiviteit van het orgaan en het daaraan ontleende onderscheid tussen het orgaan als zodanig, en de menselijke rechtssubjecten die het vorm geven, tot fundamentele problemen aanleiding geeft voor de coherentie van de orgaantheorie als moderne juridische constructie.¹⁵⁸² Hier volstaat de vaststelling dat zelfs TILQUIN en SIMONART, ondanks de zeer aanwezige betrachting om “*la rigueur des principes*”¹⁵⁸³ eindelijk fatsoenlijk te laten spelen, in hun betoog over de persoonlijke immuniteit van het “orgaan” zelf in problemen komen met dit onderscheid. Dit brengt mee dat hun argument, zelfs op puur logische gronden, minder stabiel is dan veelal wordt aangenomen.

412. Maar zelfs afgezien hiervan, wijst het betoog van TILQUIN en SIMONART op een probleem met de orgaantheorie. Als even abstractie wordt gemaakt van de vermeende niet-rechtssubjectiviteit van het orgaan, en de orgaantheorie op de relatie tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders, bekeken als rechtssubjecten, mag worden toegepast¹⁵⁸⁴, dan hebben TILQUIN en SIMONART met hun absorptieargument vanuit puur logisch-deductief perspectief een goed punt. Alleen gaan rechtspraak en rechtsleer sinds jaar en dag, op grond van artikel 1382-1383 B.W. terecht van de tegengestelde oplossing uit. Omdat de orgaantheorie een juridische constructie is, is dit geen probleem voor het positieve recht, maar wel voor de orgaantheorie zelf. Nochtans gaat diezelfde rechtspraak en rechtsleer er al minstens sinds 1946 van uit dat het de orgaantheorie toepast. Hoe wordt die discrepantie dan wel verklaard? Niet echt, zo blijkt.

4.4.3. *Traditionele oplossing in de Belgische rechtspraak en rechtsleer: geen immuniteit, maar ook geen verklaring hiervoor binnen de orgaantheorie*

413. TILQUIN en SIMONART komt minstens de verdienste toe het probleem scherp te hebben gesteld. De traditionele oplossing – persoonlijke aansprakelijkheid – wringt immers wel degelijk met de orgaantheorie. Vaak wordt aan die vaststelling zelfs geen aandacht besteed. Het principe van persoonlijke aansprakelijk-

¹⁵⁸¹ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 759. In dit laatste geval ontleent de rechtspersoon immers zijn vordering aan het feit dat hij in de 1382-aanspraken van het derde-slachtoffer tegen het orgaan werd gesubrogeerd.

¹⁵⁸² Zie *supra* p. 66 e.v.

¹⁵⁸³ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 760.

¹⁵⁸⁴ Wat, zoals aangestipt, de enige manier is waarop de orgaantheorie nog überhaupt een verklaring heeft voor haar oorspronkelijke probleemstelling.

heid was zo fundamenteel, dat echte gewetensnood over de vermeende incoherentie met de beginselen van de orgaantheorie beperkt bleef. En zo hier al verklaring voor werd gezocht, lijkt die er vooral op gericht het probleem toe te dekken. Een van de meest elegante illustraties hiervan, ligt vervat in het werk van Jan RONSE. Geen abstracte constructie, maar wel artikel 1382-1383 B.W. moet het vertrekpunt zijn, zo verdedigt deze auteur.¹⁵⁸⁵ Artikel 1382-1383 B.W. richt zich tot éénieder, ongeacht of hij bij zijn onrechtmatige daad optrad voor eigen rekening of als vertegenwoordiger. De hoedanigheid van orgaan (net als die van vertegenwoordiger in het algemeen) verleent geen bijzondere immuniteit. Enkel voor rechtshandelingen verbindt de vertegenwoordiger zichzelf niet.

“Bij organieke vertegenwoordiging is dit niet anders. Voor de rechtspersoon verricht, blijft de daad toch door de fysieke persoon verricht”.¹⁵⁸⁶

Die vaststelling is zeer juist, en verwoordt perfect het klassieke principe dat feitelijk handelen niet via het vertegenwoordigingsmechanisme wordt toegerekend.¹⁵⁸⁷ Maar ze volgt enkel zo vanzelfsprekend uit het betoog omdat de orgaantheorie halverwege werd opgegeven. De orgaantheorie claimt, in de moderne juridisch-technische variëteit die ons bezighoudt, een eigen *juridisch* toerekeningsmechanisme. Dat de daad materieel door fysieke personen wordt verricht, betwist niemand. Aan dit naakte fysieke feit verandert geen enkel juridisch toerekeningsmechanisme iets. Ook niet het huis-tuin-en-keuken toerekeningsmechanisme voor rechtshandelingen – vertegenwoordiging – dat deze fysieke realiteit niet hoeft te ontkennen om niettemin *vanuit juridisch oogpunt* de principaal de rechtshandeling als de zijne toe te rekenen en *vanuit juridisch oogpunt* de vertegenwoordiger deze rechtshandeling *niet* toe te rekenen. Als de orgaantheorie een *juridisch toerekeningsmechanisme* claimt dat over het hele rechtspersoonlijke optreden (rechtshandelingen én onrechtmatige daden) uniform is, en de rechtspersoon ook de onrechtmatige daad *vanuit juridisch oogpunt als de zijne* toerekent en *niet als de daad van een ander*, dan lijkt dit logischerwijze mee te brengen dat deze zelfde onrechtmatige daad – hoe materieel hij ook door het orgaan gesteld blijft – vanuit ditzelfde *juridische oogpunt* niet door het orgaan werd verricht. Als RONSE besluit dat *voor* de rechtspersoon verricht, de daad *door* de fysieke persoon blijft verricht, dan klopt dit enkel omdat hij impliciet opnieuw aansluiting zoekt bij diepvertrouwde mechanismen van het gemeen aansprakelijkheidsrecht – aansprakelijkheid voor andermans daad – en de orgaantheorie opgeeft. Zo niet had de zin moeten luiden: “*vanuit juridisch oogpunt door de rechtspersoon verricht, blijft de daad vanuit juridisch oogpunt door de fysieke persoon verricht*”. De contradictie was een stuk duidelijker geweest, en de nood om hier minstens iets meer uitleg bij te

¹⁵⁸⁵ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 465.

¹⁵⁸⁶ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 466.

¹⁵⁸⁷ Zie *supra* p. 91 e.v. en p. 120 e.v.

geven wellicht wat acuter aangevoeld. Hetzelfde gaat op waar RONSE – terecht – zegt dat ook de gewone vertegenwoordiger persoonlijk aansprakelijk blijft voor de onrechtmatige daden die hij binnen bevoegdheid verricht.¹⁵⁸⁸ Nauwkeuriger: het feit dat de principaal een rechtshandeling als eigen wordt toegerekend, verhindert niet dat de vertegenwoordiger uit zijn feitelijk gedrag een eigen onrechtmatige daad kan worden verweten als de toepassingsvoorwaarden hiervoor vervuld zijn.¹⁵⁸⁹ Maar wel dat de rechtshandeling die het voorwerp is van het toerekeningsmechanisme dat via toerekening *als eigen*, transparantie claimt (vertegenwoordiging), ook nog eens aan de vertegenwoordiger wordt toegerekend. Als nu *de onrechtmatige daad zelf* het voorwerp is van het toerekeningsmechanisme dat gebruik van hetzelfde toerekeningsprocédé (“*als eigen*”) claimt, zoals bij organieke incarnatie het geval is, is de vraag wél hoe deze onrechtmatige daad juridisch nog aan de materiële actor kan worden toegerekend. Het klassieke privaatrecht heeft nooit beweerd onrechtmatige daden via het vertegenwoordigingsmechanisme toe te rekenen. Waar het niettemin een buitencontractuele vergoedingsverbintenis aan de principaal aanknoopt – zoals in het geval van artikel 1384, lid 3 B.W. – is dit nadrukkelijk *niet* omdat de onrechtmatige daad als de zijne wordt beschouwd, wél omdat de wet hem voor de daad van een ander aansprakelijk maakt. De orgaantheorie maakt net aanspraak op een toerekeningsmechanisme met een daarvan fundamenteel onderscheiden juridische begripsinhoud: “*si le fait de l’organe d’une société jouissant de la personnalité juridique est le fait de l’être moral, le fait du préposé n’est pas le fait du commettant qui n’a pas participé à l’acte*”.¹⁵⁹⁰ De rechtspersoon is niet slechts aansprakelijk voor de fouten van een ander, zoals bij aanstelling, de fout is die van de rechtspersoon zelf.¹⁵⁹¹

414. De redenering van RONSE snijdt dus maar hout als de orgaantheorie halverwege wordt verlaten. Hiermee bevindt hij zich overigens in goed – en onverwacht – gezelschap. MICHOUDE zelf aanvaardt niet de door hem nochtans als op grond van de orgaantheorie *prima facie* logisch bestempelde conclusie dat enkel de rechtspersoon aansprakelijk is voor de onrechtmatige daad die hem als eigen werd toegerekend.¹⁵⁹² Dit zou onvoldoende rekening houden met het louter juridische karakter van de organieke identificatie: “*au point de vue psychologique,*

¹⁵⁸⁸ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 466. Uitdrukkelijk mét toepassing op vennootschapsbestuurders: Cass. 5 april 1921, *Pas.* 1921, I, 302.

¹⁵⁸⁹ *Contra*, zo lijkt: L. CORNELIS, *Beginselen*, 443.

¹⁵⁹⁰ Cass. 25 november 1954, *Pas.* 1955, I, 269.

¹⁵⁹¹ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 119-120.

¹⁵⁹² L. MICHOUDE, *La théorie de la personnalité morale*, II, 251. De verwijzing naar deze passage als steun voor het standpunt dat een coherente toepassing van de orgaantheorie tot immuniteit zou leiden bij V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 753, voetnoot 90 is op dit punt ietwat misleidend, hoewel dit ongetwijfeld niet de bedoeling van de auteur was. MICHOUDE stelt slechts vast dat immuniteit *op eerste gezicht* uit de orgaantheorie volgt, maar verworpt meteen die conclusie.

c'est bien l'organe qui a agi".¹⁵⁹³ Dit is een zwak antwoord voor de grote theoreticus van de *juridische realiteit*, die organieke incarnatie van esoterisch obscurantisme redde door voluit toe te geven dat het om een essentieel juridisch mechanisme ging. MICHOUUD moest toch beseffen dat ook voor de rechtshandeling geldt dat vanuit psychologisch oogpunt het orgaan (of een andere vertegenwoordiger) heeft gehandeld, maar dat die hem daarom nog niet wordt toegerekend. De vraag is hoe een *juridisch* toerekeningsmechanisme dat vanuit *juridisch* oogpunt tot zelfhandelen besluit, nog tot *juridische* toerekening van dezelfde handeling aan het orgaan komt. MICHOUUD's echte antwoord komt dan ook verder en is puur pragmatisch en beleidsmatig. Het zou onbillijk zijn om het slachtoffer met het insolabiliteitsrisico van de rechtspersoon op te zadelen.¹⁵⁹⁴ Hiermee geeft ook hij de orgaantheorie halverwege op.

415. Opgejaagd door de strenge logica van TILQUIN en SIMONART, lijkt de doctrine de laatste tijd openhartiger geworden over de impliciete keuze om de orgaantheorie halverwege op te geven, in lijn met wat MICHOUUD zelf deed. Het recht moet de constructie niet verder doorvoeren dan nodig, luidt dan het argument.¹⁵⁹⁵

"[L]e raisonnement juridique n'obéit pas au schéma d'un logique purement formelle".¹⁵⁹⁶

Volle punten voor pragmatisme, ongetwijfeld. Maar het smaakt toch een beetje wrang. De ontwerpers en pleitbezorgers van de orgaantheorie kozen er zelf voor een juridische constructie te ontwerpen waarin toerekening van onrechtmatige daden aan de rechtspersoon niet zomaar aansprakelijkheid voor andermans daad mag zijn, maar volgt uit een zeer uitgesponnen, abstracte en allesomvattende theorie over rechtspersoonlijk zelfhandelen. Zij plaatsten zelf de orgaantheorie op een gouden troon: inherent aan het wezen der dingen, logisch noodzakelijk, uni-

¹⁵⁹³ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 251-252.

¹⁵⁹⁴ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 252.

¹⁵⁹⁵ H. DE WULF, "Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", 537; H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 126; X. DIEUX, "La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers: une révolution de velours", 236; X. DIEUX, "La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme: questions de principe!", 139; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 180; P. VAN OMME-SLAGHE, "La théorie de l'organe: évolutions récentes", 782 (voetnoot 89). Zie ook reeds: J. VAN RYN en X. DIEUX, "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers", 403.

¹⁵⁹⁶ P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 180. Het is toch opvallend dat net deze materie zo makkelijk aanleiding geeft tot de *prima facie* merkwaardige opvatting dat incoherentie nodig is voor goede rechtsbeoefening. Zie reeds: R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 333 ("[A]vouons que les infractions à la logique sont la première condition de toute bonne méthode d'interprétation juridique").

verseel, een en ondeelbaar, radicaal *sui generis*, zijn gelijke in het privaatrecht niet kennend.¹⁵⁹⁷ Als nadien sussend moet worden gezegd dat het allemaal “*enkel bedoeld was om de rechtspersoon aansprakelijk te kunnen stellen voor personen die geen aangestelden zijn*”¹⁵⁹⁸, waarvoor dienden dan eerst die vele pagina’s hoogdravende en abstracte theorievorming? “*Etait-ce bien la peine de construire avec tant d’art et de science la notion d’organe pour justifier finalement la [solution] par des raisons d’équité (...)?*”, verzuchtte STARCK al in 1947 terecht.¹⁵⁹⁹ De constructie verliest zeer snel aan geloofwaardig als de meest evident ogende deductie al op louter pragmatische gronden moet worden afgeblokt.¹⁶⁰⁰ Het enthousiasme voor hernieuwd onderzoek naar de vraag of het werkelijk zo moeilijk is bestuurders gewoon als aangestelden in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. te bestempelen, stijgt snel als blijkt dat alle oplossingen wars van de logica van de orgaantheorie in die richting worden geduwd.¹⁶⁰¹

416. Bovendien is duidelijk dat de constructie hierdoor niet stabiel is. Een half afgewerkte constructie, die bedoeld in die staat moet blijven, is vragen om problemen. De menselijke geest wordt er onvermijdelijk toe gedreven het syllogisme te vervolledigen, de constructie af te maken. Het was onvermijdelijk dat vroeg of laat stemmen zouden opgaan om de incarnatieredenering tot zijn inherent logische conclusie te voeren, en dat dit argument net omwille van zijn inherente logica intellectueel aantrekkelijk en elegant zou lijken. Een botsing tussen de logica van de constructie en de positiefrechtelijke realiteit die ze oorspronkelijk hoopte te beschrijven, is dan onafwendbaar, met de grootst mogelijke verwarring tot gevolg. Het bochtenwerk dat een eminent rechtscollege als het Hof van Cassatie tussen 2001 en 2005 heeft tentoongespreid¹⁶⁰², is hier het beste bewijs van. Dit soort resultaten kan niet anders dan als een falen van de orgaantheorie worden opgetekend. De constructie moet het recht beter begrijpbaar en toepasbaar maken voor de gewone rechtspracticus, niet tot verwarring leiden tot op het niveau van de meest eminente juristen van het land. *To a man with a hammer, everything looks like a nail*. De orgaantheorie geeft de jurist een hamer in de hand. Men mag dan niet verbaasd zijn als hij er spijkers met koppen mee wil slaan.

¹⁵⁹⁷ “*Er hat im Individualrecht kein Vorbild (...) und gleicht nur sich selbst*”: O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 615. Zie *supra* p. 23 e.v. (in het bijzonder p. 40 e.v. en het besluit p. 57).

¹⁵⁹⁸ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 126.

¹⁵⁹⁹ B. STARCK, *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile*, 255. Voor de duidelijkheid: STARCK behandelt hier een ander punt (de verhouding tussen de strafrechtelijke en burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in het werk van MICHOU). Daarom werd het citaat lichtjes aangepast. Maar inhoudelijk is het zonder meer transposeerbaar.

¹⁶⁰⁰ De juridische constructie moet nu net (onder meer) toelaten oplossingen voor niet uitdrukkelijk geregelde of betwiste gevallen te deduceren: C. ASSER en P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, 55. Zie ook: V. SIMONART, “La théorie de l’organe”, 727.

¹⁶⁰¹ Zie hierover *infra* p. 418 e.v.

¹⁶⁰² Zie *supra* p. 53 e.v. en 368 e.v.

4.4.4. Een derde weg? Het argument van MAZEAUD en MAZEAUD

417. Er bestaat voor de discrepantie tussen organieke incarnatie en persoonlijke buitencontractuele aansprakelijkheid van het orgaan een uitleg die de kool en de geit meent te sparen. MAZEAUD en MAZEAUD aanvaarden de persoonlijke aansprakelijkheid van de mensen die materieel optraden, maar proberen tegelijk de orgaantheorie voor dit resultaat aan boord te houden.¹⁶⁰³ Uitgangspunt is dat het orgaan *als orgaan* niet aansprakelijk is. Hier kan de orgaantheorie niet onderuit. Het orgaan vormt één geheel met de rechtspersoon, is er niet van te onderscheiden. Net als de hersenen van een mens, kan het orgaan van de rechtspersoon niet afzonderlijk worden aangesproken. Het orgaan heeft *als orgaan* geen rechtssubjectiviteit: “*il fait corps avec la personne morale*”.¹⁶⁰⁴ Maar de individuele mensen die van het orgaan deel uitmaken, zijn wél rechtssubjecten, die van de rechtspersoon kunnen worden onderscheiden. Als de rechtspersoon een fout begaat, zijn er noodzakelijk één of meer fysieke personen die ook een fout begaan.¹⁶⁰⁵ Voor deze fout blijven zij persoonlijk aansprakelijk, ook al is het orgaan waar zij deel van uitmaken hiervoor *als orgaan* niet aansprakelijk. De constructie geldt onverkort voor het eenhoofdige orgaan. De zaakvoerder van de BVBA die een fout begaat, is hiervoor immuun als orgaan van de rechtspersoon. Maar hij is wel aansprakelijk als individu.¹⁶⁰⁶

Deze ogenschijnlijk subtiele¹⁶⁰⁷ – ietwat sofistich aandoende – argumentatielijijn kent een aantal problemen. Niet enkel omdat zij steunt op een onderscheid waarnaar het in de positieve bronnen bijzonder ver zoeken is. Bovenal omdat de redenering op wel zeer duidelijke wijze de fundamentele leegte van de orgaantheorie blootlegt, indien zij steunt op ontkenning van het feit dat de mensen die als orgaan optreden dit gewoon doen als mensen met rechtssubjectiviteit die voor een ander handelen, en de vraag is hoe het toerekeningsregime met dit evidente feit omgaat.¹⁶⁰⁸ De verdwijntruik met de rechtssubjectiviteit van het orgaan *qua orgaan* redt het deductieve *suigenerisverhaal* van de orgaantheorie, maar enkel ten koste van het antwoord op de moderne toerekeningsvraag. De fout van mensen van vlees en bloed met eigen rechtssubjectiviteit, komt in het verhaal van MAZEAUD en MAZEAUD nog maar op de proppen *in derde instantie*, nadat eerst

¹⁶⁰³ De uiteenzetting is gebaseerd op: H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 397-399. Het argument van H. MAZEAUD en L. MAZEAUD wordt ook verdedigd, zij het met minder brio, in: R. PIRSON en DE A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, I, 244-245.

¹⁶⁰⁴ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 397.

¹⁶⁰⁵ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 397. Zie ook: O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, 768; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 531.

¹⁶⁰⁶ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 398 (voetnoot 3).

¹⁶⁰⁷ Zie ook: Y. DE CORDT, “Chronique d’une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société”, 205.

¹⁶⁰⁸ Dit werd eerder al toegelicht: zie *supra* p. 66.

een niet-rechtssubjectieve, abstracte en immateriële entiteit (het orgaan) een fout beging, die werd toegerekend aan een rechtssubjectieve, abstracte en immateriële entiteit (de rechtspersoon). Vervolgens pas wordt vastgesteld dat *diezelfde fout* ook wel ergens door een (of meer) individu(en) moet zijn begaan. Maar op dat ogenblik mogen deze individuen nadrukkelijk *niet* als orgaan worden beschouwd, zo niet zouden zij niet aansprakelijk zijn. Men zou voor minder van een “*dolgedraaide toerekeningscarrousel*”¹⁶⁰⁹ spreken, met zelfs wat contradictoire trekjes.¹⁶¹⁰ De fout die materieel door mensen werd begaan, wordt maar aan de rechtspersoon toegerekend omdat die mensen “orgaan” werden genoemd en als zodanig de rechtspersoon incarneren. Maar ze wordt vervolgens pas aan die mensen zelf “toegerekend” door ze nadrukkelijk niet als orgaan te beschouwen. De vraag wordt toch echt wel zeer prangend hoe het orgaan, als niet-rechtssubjectieve immateriële entiteit die men niet mag invullen met gebruikmaking van de individuele rechtssubjectiviteit van de mensen die er deel van uitmaken, een fout begaat.¹⁶¹¹ Dit is een cruciaal probleem, dat inherent is aan elke juridisch-technische invulling van de orgaantheorie die steunt op ontkenning van de toerekeningsvraag door het wegtoveren van rechtssubjectiviteit van de mensen die als orgaan optraden.¹⁶¹² Maar het wordt in de theorie van TILQUIN en SIMONART toch iets meer toegedekt doordat daar de parallel met de toerekening van rechtshandelingen behouden blijft. Zowel voor rechtshandelingen als onrechtmatige daden verdwijnt de niet-rechtssubjectieve organieke entiteit uit de relatie met derden, en zo stiekem ook de mensen die geen orgaan mogen zijn. De lege doos die het orgaan is geworden, blijft niet rondslingeren, zodat je er minder snel over valt. In het argument van MAZEAUD en MAZEAUD staan er plots bij onrechtmatige daden (maar niet bij rechtshandelingen), in derde rang, weer mensen, alleen mogen ze geen orgaan worden genoemd. En toch moeten zij de fout begaan die eerst het orgaan en vervolgens de rechtspersoon beging. De vraag wie er uiteindelijk in de organieke doos zit, wordt dan toch wel zeer acuut en het ogenschijnlijke antwoord – niemand – wel zeer onbevredigend. STARCK had dan ook in 1947 al overschot van gelijk toen hij vaststelde dat het argument van MAZEAUD en MAZEAUD “*fait apparaître clairement le caractère artificiel de la notion d’organe*”.¹⁶¹³

¹⁶⁰⁹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 758.

¹⁶¹⁰ Zie ook: J. BEEKHUIS, *Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden*, 108 (“merkwaardigen draai”); J. CORBIAN, “De la responsabilité civile des sociétés commerciales du chef des délits et quasi-délits de leurs administrateurs”, 6 (“*peu claire et fortement teinté de contradiction*”).

¹⁶¹¹ Zie ook de zeer penetrante kritiek op dit punt bij: B. STARCK, *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile*, 256-257.

¹⁶¹² Omdat de démarche erop neerkomt de rechtspersoonlijke abstractie gewoon opnieuw uit te vinden op niveau van het orgaan. Het orgaan zweeft nu ook in de hogere sferen voorbehouden aan Platoonse ideeën, onbezoeeld door mensen van vlees en bloed. Maar er moet dan in feite een nieuw toerekeningsverhaal komen over hoe *organen* via mensen handelen. Zie *supra* p. 63 e.v.

¹⁶¹³ B. STARCK, *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile*, 257.

4.4.5. Besluit

418. Postiefrechtelijk leidt het geen twijfel dat bestuurders door derden buitencontractueel *kunnen* worden aangesproken voor hun 1382-fouten, ook al is de rechtspersoon hier zelf ook aansprakelijk voor en wordt die aansprakelijkheid onder invloed van de orgaantheorie *rechtstreeks* genoemd en ook op artikel 1382-1383 B.W. gesteund. Dit positieve resultaat is niet coherent met de interne logica van de orgaantheorie. Het resultaat volgt maar uit het feit dat de orgaantheorie halverwege wordt verlaten. De traditionele rechtspraak en rechtsleer heeft hierover – terecht wat het resultaat betreft – weinig wroeging. Maar voor de vraag die hier aan de orde is, en die de waarde van de orgaantheorie als juridische constructie die aan het systeem ten grondslag zou liggen, toetst, is de vaststelling bijzonder belangrijk. De traditionele oplossing is immers *wel* bijzonder compatibel met het resultaat onder artikel 1384, lid 3 B.W. Aansprakelijkheid van de aansteller op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. verleent de aangestelde geen buitencontractuele immuniteit indien zijn feitelijk gedrag door benadeelde derden onder de toepassingsvoorwaarden van artikel 1382-1383 B.W. kan worden gebracht.¹⁶¹⁴ Opnieuw lijkt het er sterk op dat – onder een al bij al opperverlakkig orgaantheoretisch verflaagje – naar meer vertrouwde stramien van het klassieke privaatrecht wordt teruggegrepen. Zelfs waar dit de interne coherentie van de met de lippen beleden organieke constructie zwaar onder druk zet, wordt *de facto* het mechanisme van aanstellersaansprakelijkheid toegepast. De beschrijvende en verklarende kracht van de orgaantheorie faalt ook op dit vlak in vergelijking met het meer eenvoudige alternatief.

419. Tot slot is wel te benadrukken dat hier slechts de *gewone buitencontractuele* analyse werd gevoerd. Niet-aansprakelijkheid kan steeds een bijzondere wettelijke of contractuele grondslag hebben. Vooral die laatste hypothese is voor rechtspersonen van privaatrecht relevant.¹⁶¹⁵ Voor contractuele verbintenissen die bestuurders in het kader van hun functie aangaan of uitvoeren, bestaat “immuniteit” op grond van de gewone regels van vertegenwoordiging en contractuele aansprakelijkheid.¹⁶¹⁶ Daarnaast kan buitencontractuele immuniteit via exoneration op grond van overeenkomst worden uitgebreid.¹⁶¹⁷ Bovendien zijn buitencontractuele aanspraken tussen contractspartijen door de samenloopregels beperkt,

¹⁶¹⁴ Zie *supra* p. 351.

¹⁶¹⁵ Magistraten bijvoorbeeld, genieten van een (gedeeltelijke) buitencontractuele immuniteit op grond van een bijzondere wetsbepaling (art. 1140 Ger. W.).

¹⁶¹⁶ Art. 1997 B.W., art. 1134 en 1165 B.W., en voor vennootschappen de toepassing in art. 61, § 1 W.Venn. Zie ook *supra* p. 108.

¹⁶¹⁷ Zo is het bijvoorbeeld gemeenrechtelijk niet ondenkbaar dat onderhandelingspartijen overeenkomen dat bepaalde personen die door een partij bij de onderhandeling worden betrokken ten aanzien van de wederpartij niet persoonlijk buitencontractueel aansprakelijk zijn voor hun opstelling tijdens de onderhandelingen.

wanneer fout of schade een sterk contractueel kleurtje hebben.¹⁶¹⁸ Die beperking werd ook toegepast op rechtssubjecten die door een partij bij de uitvoering van de overeenkomst worden betrokken, waaronder “organen, aangestelden en uitvoeringsagenten”.¹⁶¹⁹ In al die gevallen is er niets bijzonders aan de immuniteit van bestuurders. Ook de gewone lasthebber is ten aanzien van de medecontractant van zijn lastgever “immuun” voor contractuele aanspraken¹⁶²⁰ én voor buitencontractuele aanspraken waarvoor hij contractueel zou zijn geëxonereerd of die op schade steunen die geen andere dan aan de slechte uitvoering van een contractuele verbintenis te wijten schade is, of op een fout steunen die enkel een tekortkoming aan een contractuele verbintenis is, en niet aan een algemene zorgvuldigheidsplicht.¹⁶²¹

Dit is een belangrijke nuance, omdat de vraag naar externe buitencontractuele aansprakelijkheid al te vaak zwart-wit wordt voorgesteld. Het is niet omdat bestuurders aan de orgaantheorie geen buitencontractuele immuniteit ontnemen, dat zij gemakkelijk buitencontractueel aansprakelijk zijn voor daden die zij in hun functie verrichten.¹⁶²² Omgekeerd is het feit dat bestuurders soms niet buitencontractueel kunnen worden aangesproken, niet noodzakelijk bewijs van immuniteit of absorptie op grond van de orgaantheorie. Dit zou pas het geval zijn indien de gemeenrechtelijke hypothese – de puur buitencontractuele fout ten aanzien van de pure derde – wars van artikel 1382-1383 B.W. en enkel voor rechtspersoonlijke bestuurders, niet meer tot aansprakelijkheid zou leiden. Immuniteit op grond van de orgaantheorie ontkennen, en verdedigen dat derden het eigen gedrag van bestuurders steeds aan artikel 1382-1383 B.W. kunnen toetsen volgens de algemene regels die uit deze wetsbepalingen voortvloeien, betekent dan ook niet noodzakelijk dat bestuurders slag om slinger door derden persoonlijk buiten-

¹⁶¹⁸ De basisarresten zijn: Cass. 4 juni 1971, *Pas.* 1971, I, 940, *R.W.* 1971-72, 371; Cass. 7 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 395, concl. P. MAHAUX, *Pas.* 1974, I, 376; *R.C.J.B.* 1976, 15, noot R.O. DALCQ en F. GLANSDORFF. Zie voor de meeste recente “verfijning”: Cass. 29 september 2006, *R.W.* 2006-07, 1717, noot A. VAN OEVELEN. Op de vragen waartoe dit laatste arrest in het kader van het samenloopleerstuk aanleiding geeft, zoals in de noot van VAN OEVELEN aangegeven, wordt niet dieper ingegaan.

¹⁶¹⁹ Cass. 7 november 1997, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1990, 730, noot V. SIMONART.

¹⁶²⁰ Ten onrechte dus, wordt dit resultaat soms met de orgaantheorie verbonden, zoals bij A.-P. ANDRÉ-DUMONT, C. BRÜLS en H. CULOT, “Responsabilité des organes de société: la restauration?”, 28; Y. DE CORDT, “Chronique d’une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société”, 217; J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 258-264; V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 758-759. Zie ook *supra* voetnoot 717.

¹⁶²¹ Dat de inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsplicht best ook een contractuele fout mag zijn, volgt uit: Cass. 29 september 2006, *R.W.* 2006-07, 1717, noot A. VAN OEVELEN.

¹⁶²² Ook dit is in wezen een misverstand dat deels door de orgaantheorie wordt veroorzaakt: J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, 81-82. Zie hierover meer uitgebreid *infra* p. 449 e.v.

contractueel kunnen worden aangesproken telkens in rechtspersoonlijk verband schade aan derden wordt veroorzaakt.¹⁶²³ Dit wordt verder nog uitgewerkt.¹⁶²⁴

4.5. REGRES TUSSEN RECHTSPERSOON EN ORGAAN

4.5.1. *Traditionele oplossing strijdig met toepassing van artikel 1382-1383 B.W. op de rechtspersoon*

420. De rechtspersoon die op grond van artikel 1382-1383 B.W. wordt veroordeeld, kan het orgaan aanspreken voor het geheel van de betaalde schadevergoeding.¹⁶²⁵ Deze traditionele oplossing, loopt opnieuw merkwaardig parallel met artikel 1384, lid 3 B.W.¹⁶²⁶, ondanks de flagrante contradictie die zo ontstaat met de logica van de constructie die de orgaantheorie optrekt.¹⁶²⁷

Abstractie wordt hier gemaakt van het probleem dat persoonlijke externe aansprakelijkheid op zich oplevert, zoals net besproken. Er wordt hier vertrokken van de traditionele oplossing dat bestuurders op grond van artikel 1382-1383 B.W. ook persoonlijk buitencontractueel aanspreekbaar blijven door derden.¹⁶²⁸ Daar ook de rechtspersoon op grond van artikel 1382-1383 B.W. aansprakelijk is voor dezelfde schade, bestaat tussen orgaan en rechtspersoon aansprakelijkheid *in solidum*.¹⁶²⁹ Aansprakelijkheid *in solidum* voor gezamenlijke of samenlopende 1382-fouten die dezelfde schade hebben veroorzaakt, wordt in de *contributiefase* tussen medeaansprakelijken opgelost via aansprakelijkheidsverdeling. De aansprakelijkheid *in solidum* werd immers net afgeleid uit het feit dat in op de equivalentieeler gebaseerde causaliteitsbeoordeling, elke fout de hele schade heeft veroorzaakt. Om dezelfde reden kan voor de *contributio* elke medeaansprakelijke naar de ander wijzen voor de volledige schade. Dit wordt doorbroken door middel van verdeling van aansprakelijkheid. Aan dit systeem houdt het Hof van Cassatie normalerwijze strikt vast. De rechter die in de onderlinge verhouding één aansprakelijke tot de volledige schade zou veroordelen, nadat hij heeft vastgesteld dat beide *in solidum* aansprakelijk zijn op grond van artikel 1382-1383 B.W. ten aan-

¹⁶²³ Vergelijk: X. DIEUX, “La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme: questions de principe!”, 121.

¹⁶²⁴ Zie *infra* p. 487.

¹⁶²⁵ Zie *supra* p. 369.

¹⁶²⁶ R.O. DALCQ, *Traité*, I, 465 (nr. 1396) (“*de la même manière*”). Zie *supra* p. 352 e.v.

¹⁶²⁷ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 157 (“*een duidelijke interne contradictie*”).

¹⁶²⁸ Zelfs TILQUIN en SIMONART zoeken aansluiting bij de traditionele leer waar het de interne aansprakelijkheid van het “orgaan” ten aanzien van de rechtspersoon betreft: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 759. Dit leidt tot gefronste wenkbrauwen bij: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 780-781. Bovendien duiken hier dezelfde problemen van coherentie op als bij externe aansprakelijkheid, indien het “orgaan” een niet-rechtssubjectieve entiteit is zonder rechtsverhouding met de rechtspersoon.

¹⁶²⁹ Zie *supra* voetnoot 1475.

zien van het slachtoffer, miskent het wettelijke causaliteitsbegrip.¹⁶³⁰ Wie zelf ten aanzien van het slachtoffer *in solidum* aansprakelijk is op grond van artikel 1382-1383 B.W., kan onmogelijk de volledige schadevergoeding verhalen op de medeaansprakelijke. Dit is nochtans exact wat het regres voor het geheel van de rechtspersoon op het orgaan wél toelaat.

421. In het geval van aanstellersaansprakelijkheid is dit integrale regres, vanuit puur buitencontractueel oogpunt, weer wél te verklaren.¹⁶³¹ De aansprakelijkheid van artikel 1384, lid 3 B.W. is objectief. De aangestelde op wie regres wordt genomen, beschikt dus niet over het wapen dat de aansteller tot aansprakelijkheidsverdeling zou kunnen verplichten. De aansprakelijke aansteller beging geen eigen 1382-fout. En de aangestelde zelf ontleent aan artikel 1384, lid 3 B.W. geen vordering tegen zijn aansteller.¹⁶³² Geen aansprakelijkheidsvordering, geen aansprakelijkheidsverdeling. In de onderlinge verhouding kan de aansteller dus regres voor het geheel uitoefenen op de aangestelde die – per hypothese – een 1382-fout beging in causaal verband met de schade, althans vanuit louter buitencontractueel oogpunt bekeken. Omgekeerd, kan de aangestelde die zelf op grond van artikel 1382-1383 B.W. tot schadevergoeding jegens het slachtoffer zou zijn veroordeeld, vanuit buitencontractueel oogpunt geen verhaal uitoefenen op de aansteller.¹⁶³³ Enkel als de aansteller ook een eigen fout op grond van artikel 1382-1383 B.W. kan worden verweten, kan de aangestelde de aansteller tot aansprakelijkheidsverdeling verplichten, hetzij als verweer op de regresvordering van de aansteller, hetzij door zelf een regresvordering in te stellen.

422. Opnieuw blijken dus de positiefrechtelijke resultaten in dit domein volgens het gekende stramien van artikel 1384, lid 3 B.W. te verlopen, zelfs waar dit in conflict komt met de logica en de coherentie van de orgaantheorie die met de lippen wordt beleden. Het integrale regres van de rechtspersoon, en het gebrek aan regresrecht van het orgaan, terwijl beide wel op grond van artikel 1382-1383 B.W. *in solidum* aansprakelijk zijn jegens het slachtoffer, valt niet coherent in te passen.¹⁶³⁴ De rechtspersoon beschikt over het integrale regres van de aansteller,

¹⁶³⁰ Cass. 10 mei 1984, *Pas.* 1984, I, 1106; Cass. 9 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 643; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en L. WYNANT, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1985-1993)”, 1498; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1923.

¹⁶³¹ Zie *supra* p. 352 e.v. Wel is meer aandacht te besteden aan de contractuele relatie tussen aansteller en aangestelde. Zie *infra* 497 e.v.

¹⁶³² Zie *supra* voetnoot 1402.

¹⁶³³ Dit is moeilijker te verklaren in de visie die het regres op subrogatie steunt, en die daarom *supra* p. 352 e.v. werd bekritiseerd.

¹⁶³⁴ Deze vaststelling raakt meer en meer doordrongen in de rechtsleer. Het belang dat hieraan wordt gehecht, alsook de conclusies die eruit worden getrokken, verschillen echter. Vergelijk: L. CORNELIS, “L’obligation ‘in solidum’ et le recours entre coobligés”, 701; H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 155-160

alsof er van zijn eigen 1382-fout geen spoor meer is. En dat terwijl het rechtsdogmatisch zo fundamenteel wordt gedacht dat de rechtspersoon op grond van 1382 B.W. voor eigen daad *en zeker niet* op grond van 1384, lid 3 B.W. voor andermans daad aansprakelijk is.¹⁶³⁵ De contradictie is hier zeer acuut.

423. Eerder werd al benadrukt dat de puur buitencontractuele analyse van regres in aanstellingsverhoudingen niet meer dan de gemeenrechtelijke achtergrond kan zijn waarbinnen het definitieve antwoord naar uiteindelijke draagplicht vaak nog kleur moet krijgen aan de hand van de ruimere – doorgaans contractuele – rechtsverhouding tussen partijen. Dit is voor bestuurders van rechtspersonen niet anders.¹⁶³⁶ De aanstellingsbenadering opent zo de deur naar een meer genuanceerde behandeling van interne draagplicht tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders voor schade die deze laatsten in het kader van hun functie aan derden veroorzaakten.¹⁶³⁷ Hier werd enkel benadrukt dat, wat de traditionele, puur buitencontractuele analyse van de regressituatie betreft, rechtspraak en rechtsleer oplossingen aannemen die veel beter te verklaren zijn indien de rechtspersoon gewoon als aansteller aansprakelijk is voor foutief door bestuurders veroorzaakte schade, dan indien de orgaantheorie werkelijk ernstig werd genomen.

4.5.2. Babelse spraakverwarring omtrent rechtstreekse aansprakelijkheid?

424. De regresproblematiek vormt de achtergrond voor een merkwaardige maar bijzonder interessante discussie die zich recent heeft ontsponnen, en die de kern van het probleem met de orgaantheorie goed illustreert. Het besef groeit dat onder de vlag van de orgaantheorie toepassingen schuilgaan die volop gebruik maken van de traditionele “onrechtstreekse” aansprakelijkheidsmechanismen van artikel 1384, lid 3 B.W. Hans DE WULF is in een recente bijdrage een aantal keren zeer expliciet:

De aansprakelijkheid van de rechtspersoon is dus bij licht bezien een risicoaansprakelijkheid in de stijl van (maar niet gebaseerd op) artikel 1384 lid 3 B.W., een aansprakelijkheid voor andermans handelen.¹⁶³⁸

(zeer uitgebreid); J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 780-782.

¹⁶³⁵ Zie *supra* voetnoten 1421 en 1422.

¹⁶³⁶ In dezelfde zin: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 781-782. Ook, maar veel gereserveerder ten aanzien van de praktische weerslag van deze vaststelling: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 158-159. Vergelijk, redenerend binnen het kader van de orgaantheorie: P. VAN OMMESLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 782. Maar zie ook: J. VAN RYN, *Principes*, I, 398.

¹⁶³⁷ Zie *infra* p. 497 e.v.

¹⁶³⁸ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 156. Deze bijdrage biedt een bijzondere uitdaging voor “toerekening” van auteurschap omtrent de ingenomen stellingen. Ze werd als gezamenlijke bijdrage van DE WULF en

En waar hij kritiek heeft op het door Joeri VANANROYE voorgestelde aansprakelijkheidssysteem¹⁶³⁹, besluit deze auteur:

De klassieke orgaantheorie is op dat vlak veel subtieler: zij is eigenlijk slechts een variant op artikel 1384 lid 3 B.W. maar dan voor personen die niet in ondergeschikt verband werken (...). Zij creëert een aansprakelijkheid voor andermans daad.¹⁶⁴⁰

Met “*klassieke orgaantheorie*” doelt deze auteur dan wellicht op de concrete positieve resultaten zoals die in rechtspraak en rechtsleer worden geobserveerd.¹⁶⁴¹ Maar die aanduiding is natuurlijk misleidend omdat er vanuit de logica van de orgaantheorie niets klassiek aan is. Die steunt nu net fundamenteel op de bewering dat de rechtspersoon *rechtstreeks* aansprakelijk is op grond van *artikel 1382-1383 B.W.* voor *eigen daad* en zeker niet *onrechtstreeks* op grond van *artikel 1384, lid 3 B.W.* voor *andermans daad*.¹⁶⁴² De vaststelling van DE WULF kan echter worden geherformuleerd in een vorm die de analyse van deze auteur inhoudelijk weinig geweld aandoet: de klassieke oplossingen van Belgisch privaatrecht zijn veel subtieler dan de orgaantheorie die met de lippen wordt beleden zou doen denken. In die vorm kan het standpunt van DE WULF volmondig worden bijgetreden.

DE GEYTER gepubliceerd. Maar in de eerste voetnoot is aangegeven dat de tekst, met uitzondering van de afdeling over persoonlijke aansprakelijkheid voor fiscale en sociale schulden, volledig van de hand van de eerste auteur is. Dit uit zich ook in frequent gebruik van de eerste persoon enkelvoud omtrent de ingenomen standpunten. Omdat verder nog regelmatig naar deze bijdrage wordt verwezen, drong een keuze zich op. Het leek niet zeer elegant naar het “standpunt van DE WULF en DE GEYTER” te verwijzen, als dit moest worden gevolgd door een citaat in de “ik”-vorm. Daarom wordt in wat volgt meestal enkel de eerste auteur voor de ingenomen standpunten genoemd. In voetnoot wordt wel telkens de volledige auteursreferentie hernomen.

¹⁶³⁹ Zie volgend randnummer. Op de opvattingen van VANANROYE wordt ook meer uitgebreid ingegaan *infra* p. 511 e.v.

¹⁶⁴⁰ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 160. Inzake overheidsaansprakelijkheid dook deze vaststelling eerder al op om te verantwoorden waarom de persoonlijke immuniteit van magistraten (art. 1140 Ger.W.) de eigen aansprakelijkheid van de Staat niet in de weg stond. Zie J. VÉLU, *Concl. bij Cass.* 19 december 1991, 148-149; A. VAN OEVELEN, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, 770-771; A. VAN OEVELEN, “De aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991”, 395 (“*De aansprakelijkheid van de Staat voor ambtsfouten van zijn organen wordt weliswaar juridisch-technisch vastgeknoopt aan de artikelen 1382-1383 B.W., terwijl de aansprakelijkheid van de aansteller voor de onrechtmatige daden van de aangeestelde op artikel 1384, derde lid, B.W. is gebaseerd, maar in beide gevallen gaat het in wezen telkens om aansprakelijkheid voor andermans daad*”).

¹⁶⁴¹ *In casu* gaat het bij deze auteur enkel over het regresrecht, maar de vaststelling geldt evengoed voor de punten die hiervoor al werden behandeld: orgaanvereiste (*supra* p. 372 e.v.) en persoonlijke externe aansprakelijkheid (*supra* p. 387 e.v.).

¹⁶⁴² Zie *supra* p. 331 en ook de kruisverwijzingen daar.

425. Eerder al had Joeri VANANROYE, in een bijzonder sterke bijdrage, vastgesteld dat de orgaantheorie zoals zij *de facto* in België wordt toegepast, op een vorm van indirecte, afgeleide aansprakelijkheid neerkomt:

Ook al legt de orgaantheorie er de nadruk op dat de aansprakelijkheid van de rechtspersoon een eigen aansprakelijkheid is uit onrechtmatige daad en geen kwalitatieve aansprakelijkheid, de fout van de rechtspersoon wordt afgeleid van die van een natuurlijke persoon.¹⁶⁴³

En:

Het afgeleid karakter van de fout van de rechtspersoon krijgt hier [inzake regres] zijn belangrijkste toepassing. De aansprakelijkheid van de rechtspersoon wordt gelijkgesteld met een burgerlijke aansprakelijkheid voor de fout van het orgaan, vergelijkbaar met de aansprakelijkheid van de aansteller voor de aangestelde.¹⁶⁴⁴

Ook VANANROYE gaat er voor zijn kritiek van uit dat dit niettemin onder de vlag “orgaantheorie” mag varen.¹⁶⁴⁵ De auteur maakt dan een opmerkelijke sprong. Hij beweert dat in de praktijk een stille revolutie heeft plaatsgevonden die aanvaardt dat de rechtspersoon *onmiddellijk, rechtstreeks* aansprakelijk is uit onrechtmatige daad.¹⁶⁴⁶ De – in België nog onuitgesproken – grondslag hiervoor vindt VANANROYE in het in Nederland beleden criterium van de verkeersopvattingen: heeft de betrokken handeling in het maatschappelijk verkeer, dit wil zeggen volgens een normaal voorzichtig en redelijk mens, te gelden als een handeling van de rechtspersoon.¹⁶⁴⁷ Die aansprakelijkheid is “rechtstreekser” dan de “onrechtstreekse” aansprakelijkheid waar de orgaantheorie in de feiten op neerkomt. VANANROYE bepleit “echt” rechtstreekse en autonome 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor handelingen die als het ware in de maatschappelijke realiteit als zijn eigen handelingen zijn te beschouwen. Het meest in het oog springende gevolg van VANANROYE’s betoog, is overigens dat het orgaan persoonlijk minder snel extern aansprakelijk is, en ook de in *contributiefase* meer van de uiteindelijke draagplicht bij de rechtspersoon komt te liggen.¹⁶⁴⁸

426. Het verhaal wordt helemaal fascinerend als blijkt dat DE WULF zich tegen een systeem van rechtstreekse aansprakelijkheid in het algemeen, en het standpunt van VANANROYE in het bijzonder, keert, *in naam van de orgaantheorie*.¹⁶⁴⁹

¹⁶⁴³ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 762. Zie ook p. 757 en 767 (“*de klassieke leer van de afgeleide fout*”).

¹⁶⁴⁴ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 781.

¹⁶⁴⁵ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 758.

¹⁶⁴⁶ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 758 en 767 e.v.

¹⁶⁴⁷ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 768.

¹⁶⁴⁸ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 775-777 en 781-782.

¹⁶⁴⁹ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 160-161 (alsook p. 152 e.v. en 155).

Alleen al de onvermijdelijke beperking van het regresrecht die met een werkelijke rechtstreekse 1382-aansprakelijkheid gepaard zou gaan, volstaat voor DE WULF “om de rechtstreekse aansprakelijkheid te verwerpen”.¹⁶⁵⁰ Nochtans had DE WULF zelf vastgesteld dat de orgaantheorie nu net fundamenteel voorhoudt niet – zoals bij artikel 1384, lid 3 B.W. – de rechtspersoon aansprakelijk te houden voor de onrechtmatige daad van een ander, maar wel de onrechtmatige daad zelf op grond van artikel 1382-1383 B.W. aan de rechtspersoon toe te rekenen.¹⁶⁵¹ Het is onduidelijk hoe dit onderscheid, benoemd als orgaantheorie, de basis van de analyse kan blijven én tegelijk in naam van de orgaantheorie tegen de logische gevolgen van een systeem van rechtstreekse 1382-aansprakelijkheid kan worden gepleit.¹⁶⁵²

VANANROYE, die de orgaantheorie verwerpt wegens al te onrechtstreekse aansprakelijkheid en “echt” eigen 1382-aansprakelijkheid construeert, en DE WULF, die de orgaantheorie verdedigt tegen de implicaties van rechtstreekse aansprakelijkheid op grond van de eigen 1382-fout. En dit voor een theorie die als centrale claim nu net de rechtstreekse aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor eigen fout op grond van artikel 1382-1383 B.W. heeft. Het is een ietwat bevreemdend spektakel, dat stilaan aan Babelse spraakverwarring doet denken. Het illustreert duidelijk hoe fundamenteel de incoherentie tussen orgaantheorie en positiefrechtelijke resultaten de stabiliteit van de constructie onder druk zet.

4.6. BESLUIT: *IF IT LOOKS LIKE A DUCK AND QUACKS LIKE A DUCK...*

427. Als de orgaantheorie uitdrukkelijk als juridische constructie wordt getoetst, blijkt dat zij zelfs wat betreft buitencontractuele aansprakelijkheid voor foutief bestuursoptreden een stuk zwakker staat dan gedacht. Aansprakelijkheid voor

¹⁶⁵⁰ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 160. De auteur laat zich hierbij *contra* VANANROYE zelfs ontvallen dat in geval van rechtstreekse aansprakelijkheid “de rechtspersoon aansprakelijk [is] op basis van artikel 1382 B.W.”. Maar dit is nu net exact wat de orgaantheorie altijd heeft beweerd.

¹⁶⁵¹ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 119-120.

¹⁶⁵² Het is alvast niet mogelijk met het argument dat “in ons huidige positieve recht, dus onder de ‘klassieke’ orgaantheorie, [...] geenszins wordt uitgegaan van een rechtstreekse aansprakelijkheid in letterlijke zin van de rechtspersoon” (H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 155; onderstreping toegevoegd). Minstens sinds MICHOU en ondanks de soms wat gezwollen retoriek, verdedigt niemand rechtstreekse aansprakelijkheid in “letterlijke” zin. De rechtstreekse aansprakelijkheid is, in zijn moderne vorm, altijd een juridische constructie geweest. De rechtspersoon wordt vanuit juridisch oogpunt geacht de onrechtmatige daad zelf te hebben begaan, en is er dus op grond van art. 1382-1383 B.W. voor aansprakelijk. De vraag blijft dus hoe je uitdrukkelijk tegen de *juridische gevolgen* van rechtstreekse aansprakelijkheid pleit uit naam van de orgaantheorie die net als fundamentele juridische claim heeft dat *vanuit juridisch oogpunt* de rechtspersoon rechtstreeks aansprakelijk is.

eigen daad van rechtssubjecten zonder lichaam of geest, voor schade die materieel door anderen wordt veroorzaakt, is misschien niet theoretisch onmogelijk. Maar de constructie die op dit contra-intuïtieve en complexe idee steunt, moet dan wel zeer duidelijk haar meerwaarde bewijzen bij het beschrijven van de positieve materie, de coherentie van het voorgestelde systeem en de doelmatigheid van haar resultaten. De orgaantheorie faalt die test. Het positieve regime dat buitencontractuele aansprakelijkheid voor foutief bestuursgedrag beheerst, sluit bijzonder nauw aan bij wat toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. op bestuurders zou opleveren. Op cruciale punten wordt hiervoor de interne logica en coherentie van de orgaantheorie nadrukkelijk verwaarloosd. Het orgaanvereiste zou in theorie “rechtstreeks uit de wet” moeten zijn af te lezen, maar in de praktijk gaat bij bestuursoptreden weinig aandacht naar de vraag of de betrokkenen wel formeel als orgaan optraden.¹⁶⁵³ Voor externe aansprakelijkheid van bestuurders voor hun 1382-fouten, wordt de orgaantheorie halverwege opgegeven.¹⁶⁵⁴ De rechtspersoon haalt in de interne relatie verhaal alsof er van zijn eigen 1382-fout geen sprake meer is.¹⁶⁵⁵ Zelfs voor de band tussen daad en functie – hét traditionele onderscheidingscriterium – is het duidelijk smachten naar de vertrouwde haven van artikel 1384, lid 3 B.W.¹⁶⁵⁶ Op al deze punten is het geen toeval dat een oogje wordt toegeknepen. Toepassing van de orgaantheorie volgens haar eigen logica, zou tot weinig doelmatige resultaten leiden. Ze leidt bovendien inherent tot arbitraire en onverdedigbare breuken in het aansprakelijkheidsregime van toepassing op de rechtspersoonlijke organisatie.

428. Het besef dat onder een dun laagje orgaantheorie patronen liggen die op artikel 1384, lid 3 B.W. wijzen, wint veld. Alleen wordt hier totnogtoe te weinig mee gedaan. Vooraleer toevlucht te zoeken in alweer een radicaal nieuwe theorie over rechtspersoonlijke foutaansprakelijkheid zoals VANANROYE doet, of de orgaantheorie als onrechtstreekse aansprakelijkheid te herinterpreteren zoals DE WULF doet, is een veel eenvoudigere vaststelling nodig. Waarom zouden we voor een goed begrip van het positiefrechtelijke regime van aansprakelijkheid voor foutief bestuursoptreden niet gewoon van aanstellersaansprakelijkheid op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. uitgaan? Het is de meest eenvoudige gemeenrechtelijke verklaring, er is een duidelijke wettelijke grondslag en het strookt nauw met de positiefrechtelijk goed ingeburgerde oplossingen. *If it looks like a duck and quacks like a duck, then it probably is a duck.*¹⁶⁵⁷ Als de orgaantheorie een slechte imitatie van aanstellersaansprakelijkheid is, waarom dan niet teruggrijpen naar het origi-

¹⁶⁵³ Zie *supra* p. 372 e.v.

¹⁶⁵⁴ Zie *supra* p. 387 e.v.

¹⁶⁵⁵ Zie *supra* p. 402 e.v.

¹⁶⁵⁶ Zie *supra* p. 381 e.v.

¹⁶⁵⁷ De exacte oorsprong van deze geslaagde Engelse zegswijze is onbekend, maar het is niet moeilijk er een toepassing van *Ockham's scheermes* in te zien (zie over dit laatste: *supra* voetnoot 288).

neel? Verder wordt verdedigd dat hier *de lege lata* weinig aan in de weg staat.¹⁶⁵⁸ Maar eerst wordt het falen van de orgaantheorie verder gedocumenteerd aan de hand van twee voorbeelden uit aanpalende rechtsdomeinen: de burgerlijke vordering uit misdrijf en de vordering tot staking van een inbreuk op de W.H.P.C.

5. FALEN VAN DE ORGAANTHEORIE: TWEE ILLUSTRATIES UIT AANPALENDE DOMEINEN

429. Eén van de kernfuncties van een goede juridische constructie is dat zij toelaat open vragen in aanpalende domeinen een zinvolle oplossing te geven.¹⁶⁵⁹ In het vorige punt werd vastgesteld dat de orgaantheorie wat haar *core business* betreft een slechte imitatie van artikel 1384, lid 3 B.W. is. Hier zal aan de hand van twee voorbeelden worden geïllustreerd dat gebruik van de constructie in aanpalende domeinen weinig succesvol was: de burgerlijke vordering uit misdrijf (*infra* 5.1.1) en de vordering tot staking van een inbreuk op de W.H.P.C. (*infra* 5.1.2).

5.1.1. De burgerlijke vordering tegen de rechtspersoon uit misdrijf van het orgaan

A. Probleemstelling

430. De analyse van het probleem van de burgerlijke vordering tegen de rechtspersoon uit misdrijf van het orgaan, is ietwat rechtshistorisch van aard. De wet van 4 mei 1999 over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen veroorzaakte in het rechtspersonenstrafrecht een Copernicaanse omwenteling, zeker voor rechtspersonen van privaatrecht.¹⁶⁶⁰ Maar dit maakt het argument niet minder relevant. Vóór de wet van 1999, was het voor een aantal vragen rond in rechtspersoonlijk verband gepleegde misdrijven, behelpen met algemene principes en extrapolaties. Dat de orgaantheorie hier niet veel positiefs opleverde, mag vandaag nog steeds tegen haar gelden.

De burgerlijke vordering uit het misdrijf, is voor het slachtoffer de geëigende weg om haar schade op de dader van het misdrijf te verhalen. Het feit dat de rechtspersoon traditioneel geacht werd geen misdrijf te kunnen plegen, en vervolgens weliswaar geacht werd een misdrijf te kunnen plegen, maar er niet voor te

¹⁶⁵⁸ Zie *infra* p. 418 e.v.

¹⁶⁵⁹ C. ASSER en P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, 55. Zie ook: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 181.

¹⁶⁶⁰ A. DE NAUW en F. DERUYCK, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen”, *R.W.* 1999-2000, 897 e.v.; Zie voor een recent overzicht: S. VAN DYCK en V. FRANSEN, “Tien jaar strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen (deel 1)”, *T.R.V.* 2008, 599 e.v.

kunnen worden gestraft¹⁶⁶¹, heeft er nooit aan in de weg gestaan dat de rechtspersoon die burgerlijk aansprakelijk was voor de dader (in het bijzonder op grond van artikel 1384, lid 3 B.W.) door het slachtoffer kon worden aangesproken via de burgerlijke vordering uit het misdrijf. Op twee belangrijke punten werd de burgerlijke vordering die steunde op artikel 1384, lid 3 B.W. vrij elegant en doelmatig ingepast in het systeem van het Wetboek van strafvordering: net zoals de 1382-vordering tegen de dader, kon zij samen met de strafvordering voor de strafrechter worden gebracht, meestal bij burgerlijke partijstelling (art. 4 V.T. Sv.)¹⁶⁶², en net zoals de 1382-vordering verjaarde zij samen met de strafvordering.¹⁶⁶³ De burgerlijke vordering op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. tegen de aansteller van de dader, werd zo op deze twee proceseconomisch belangrijke punten gelijkgeschakeld met de burgerlijke vordering op grond van artikel 1382 B.W. tegen de dader zelf. Het feit dat de aansteller een rechtspersoon was, veranderde hier niets aan.

Werd het misdrijf echter door een orgaan gepleegd, dan gooide de orgaantheorie roet in het eten. Organen verbinden volgens de orgaantheorie de rechtspersoon buitencontractueel op grond van artikel 1382-1383 B.W. en zeker niet op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. Dit had zijn weerslag op de analyse van de burgerlijke vordering tegen de rechtspersoon. Kon de proceseconomisch belangrijke gelijkschakeling van de burgerlijke vordering tegen de rechtspersoon met de strafvordering tegen de mensen die als orgaan optraden, wel worden gehandhaafd als de rechtspersoon op grond van de orgaantheorie zelf had gehandeld? Moest in dat geval de burgerlijke vordering niet anders worden behandeld? De vraag deed zich voor zowel op het vlak van verjaring (*infra* B) als inzake burgerlijke partijstelling (*infra* C).

¹⁶⁶¹ De historische evolutie op dit vlak wordt treffend geschetst bij: F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 4-13. Wat de strafvervolgning zelf betreft, heeft de orgaantheorie nooit veel reële tractie gehad in het strafrecht (terecht in die zin: J. VANAN-ROYE, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", 764-765). Haar hoog abstract (juridisch) gehalte, staat haaks op de traditie van het strafrecht steeds op autonome wijze van de werkelijke feiten uit te gaan. De fysieke personen via dewelke een rechtspersoon een misdrijf kon plegen (zelf al kon de rechtspersoon hiervoor niet worden bestraft), waren zeker niet beperkt tot zijn organen (J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 437-439).

¹⁶⁶² Cass. 15 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 25; R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, 4e uitgave, Antwerpen, Maklu, 2005, 196.

¹⁶⁶³ Althans, wat de verjaring betreft, in het oorspronkelijke systeem van het Wetboek van strafvordering: zie THONISSEN, *Travaux préparatoires du code de procédure pénale*, 2 dln., Brussel, Lefèvre, 1885, I, 48 e.v. en in het bijzonder p. 50: "*sans qu'on puisse distinguer entre le cas où [l'action civile] est dirigée contre le délinquant lui-même et celui où elle est exercée contre ses représentants ou contre les personnes civilements responsables*" (eigen onderstreping). Na een eerste wijziging bij wet van 30 mei 1961, luidt de regel sinds de wet van 10 april 1998 net omgekeerd: de burgerlijke vordering verjaart volgens de gemeenrechtelijke regels, zij het nooit voor de strafvordering (art. 26 V.T.Sv.). Zie over de evolutie op dit punt: R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, 206-207.

B. Verjaring

431. Wat de *verjaring* betreft, werd het onheil met het cassatiearrest van 16 december 1948 nog afgewend.¹⁶⁶⁴ In een sterk aan de orgaantheorie ontleend cassatiemiddel, had het slachtoffer van een verjaard misdrijf door militairen gepleegd, voor de burgerlijke rechter aangevoerd dat, omdat de Staat via deze organen *zelf* had gehandeld én de Staat als rechtspersoon (in de toenmalige opvatting) geen misdrijven kon begaan, haar vordering tegen de Staat enkel steunde op een gewone onrechtmatige daad (art. 1382 B.W.) en dus niet onderworpen was aan de bijzondere verjaringstermijn voor de burgerlijke vordering uit een misdrijf. De bijzondere verjaringstermijn geldt enkel voor de 1382-vordering tegen de dader (die hier niet werd aangesproken, aangezien de Staat geen dader kon zijn) en voor de 1384-vordering tegen de burgerlijk aansprakelijke aansteller (die hier evenmin in het geding was, aangezien het “rechtstreekse” organieke aansprakelijkheid betrof). De vordering van eiseres, zo werd bepleit, was enkel op de burgerlijke 1382-aansprakelijkheid van de Staat, en niet op een misdrijf (dat de Staat niet kon plegen) gebaseerd. Advocaat-generaal HAYOIT DE TERMICOURT, een fervent aanhanger van de orgaantheorie¹⁶⁶⁵, had het opvallend lastig met deze argumentatie.¹⁶⁶⁶ Om toch zowel de eenheid van verjaring tussen strafvordering en burgerlijke vordering voor hetzelfde misdrijf, als de orgaantheorie te vrijwaren, offert hij na een radicale herinterpretatie van de bestaande rechtspraak niet minder dan het heilige *societas delinquere non potest* op:

“En résumé, je crois qu’une personne morale peut, par son organe, commettre un fait qualifié infraction par la loi pénale”.¹⁶⁶⁷

Het enige verschil met natuurlijke personen, is volgens HAYOIT dat de rechtspersoon voor het door hem gepleegde misdrijf niet kan worden bestraft, en enkel de burgerlijke gevolgen te dragen heeft. Bijgevolg is de burgerlijke vordering van het slachtoffer tegen de rechtspersoon wel degelijk een *burgerlijke vordering uit het misdrijf* in de zin van de (toenmalige) verjaringsregels van de V.T.Sv. Liever dan de zaak eenvoudig op te lossen door op de traditionele procédés van onrechtstreekse aansprakelijkheid beroep te doen (en te aanvaarden dat de rechtspersoon “burgerlijk aansprakelijk is voor” zijn bestuurders) haalt HAYOIT met veel gedruis een pijler van de toenmalige strafrechtsdogmatiek neer (*societas delinquere non potest*). Maar, zo blijkt later, toch vooral om de verjaringstermijn bij misdrijven

¹⁶⁶⁴ Cass. 16 december 1948, *J.T.* 1949, 148, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT, noot C. CAMBIER, *R.C.J.B.* 1949, 97, noot J. DABIN.

¹⁶⁶⁵ Zie bijvoorbeeld ook: R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 17 mei 1962, 256-257.

¹⁶⁶⁶ Volgens DABIN té lastig: J. DABIN, noot bij Cass. 16 december 1948, 102 e.v. Maar opnieuw valt op dat het argument van DABIN ultiem steunt op het feit dat de orgaantheorie nu ook weer niet té serieus moet worden genomen (zie p. 101, 102 en 108).

¹⁶⁶⁷ R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 16 december 1948, *J.T.* 1949, 150.

door organen gepleegd exact gelijk te schakelen met het regime dat voor misdrijven van aangestelden geldt. Want zodra het erom gaat de fysieke daders te vinden die het misdrijf van de rechtspersoon werkelijk hebben gepleegd, is van het vereiste dat de rechtspersoon enkel *via organen* een misdrijf kan begaan, niet veel sprake meer.¹⁶⁶⁸

Het pleit niet voor de orgaantheorie dat de oplossing van een ogenschijnlijk simpele vraag van een bekwaam jurist als HAYOIT DE TERMICOURT zo veel stuurmanskunst vergt. Zeker niet als men beseft dat de koers overduidelijk als enige doel heeft het verjaringsregime voor organen met die van aangestelden gelijk te houden. Een aanvaring lijkt in die omstandigheden onvermijdelijk. Deze kwam er ook op het vlak van de behandeling van de burgerlijke vordering voor de strafrechter.

C. Burgerlijke vordering voor de strafrechter

432. Artikel 4 V.T.Sv. liet toe de burgerlijke vordering zowel tegen de beschuldigde als tegen de burgerrechtelijk aansprakelijke persoon (meestal de aansteller) voor de strafrechter te behandelen.¹⁶⁶⁹ Maar wat als het misdrijf door een orgaan werd gepleegd, en organen zeer nadrukkelijk van aangestelden zijn te onderscheiden? Hier werd de sirenezang van de orgaantheorie te sterk. Het syllogisme bleek onweerstaanbaar: de burgerlijke vordering voor de strafrechter vereist een beschuldigde of een “burgerrechtelijk aansprakelijke” aansteller van een beschuldigde. De rechtspersoon is bij misdrijf van een orgaan, noch het ene noch het andere. De op artikel 1382-1383 B.W. gesteunde burgerlijke vordering tegen de rechtspersoon wegens misdrijven van organen kan dus niet door de strafrechter worden berecht:

“Attendu que les administrateurs d’une société anonyme ne sont pas, en cette qualité, les préposés de celle-ci, qu’ils en sont les organes et qu’en conséquence la responsabilité qu’elle encourt, en raison de leurs actes dommageables envers les tiers, est une responsabilité directe, découlant des articles 1382 et 1383 du Code civil et non pas une responsabilité indirecte résultant d’un lien de subordination prévu par l’article 1384 du même code et qui, seul, pourrait justifier la mise en cause de la société comme partie civilement responsable devant le juge saisi de l’action publique”.¹⁶⁷⁰

Hier heeft de orgaantheorie echt beet. Eindelijk een punt waarop de rechtstreekse, op artikel 1382-1383 B.W. gesteunde aansprakelijkheid van de rechtspersoon, en het onderscheid met de onrechtstreekse aansprakelijkheid van artikel 1384, lid 3

¹⁶⁶⁸ Zie *supra* voetnoot 1661.

¹⁶⁶⁹ Zie *supra* voetnoot 1662.

¹⁶⁷⁰ Cass. 15 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 25. Hoewel het Hof in dit arrest ook nog verwijst naar het *societas delinquere non potest*, maakt HAYOIT DE TERMICOURT duidelijk dat de omslag naar *societas delinquere sed non puniri potest* aan dit resultaat niets wijzigt. De rechtspersoon wordt immers nooit als beschuldigde voor de strafrechter gebracht. R. HAYOIT DE TERMICOURT, *Concl.* bij Cass. 16 december 1948, 150.

B.W. tot een duidelijk verschillend resultaat leidt. Alleen jammer dat dit resultaat – eufemistisch uitgedrukt – niet zeer gelukkig is. Proceseconomisch is het een miskleun van formaat. Het slachtoffer moet een afzonderlijke aansprakelijkheidsvordering inleiden voor de burgerlijke rechter, die bovendien pas kan worden behandeld *na* afloop van het strafproces (*le criminel tient le civil en état*). Niet verwonderlijk dat dit resultaat zelfs bij voorstanders van de orgaantheorie werd betreurd.¹⁶⁷¹ Beleidsmatig is het niet te verantwoorden dat het misdrijf van het topkaderlid *wél*, en dat van de bestuurder *niet* tot burgerlijke partijstelling tegen de rechtspersoon aanleiding kan geven.¹⁶⁷² Maar zelfs vanuit puur conceptueel-theoretisch oogpunt is het resultaat bijzonder ironisch voor de orgaantheorie. Hoe paradoxaal toch dat de strafrechter de rechtspersoon voor de burgerlijke veroordeling te zien krijgt in het geval hij “slechts” indirect aansprakelijk is voor zijn aangestelden en niet als hij dankzij de volle glorie van het organieke incarnatiemechanisme het misdrijf *zelf* beging.¹⁶⁷³ Als de orgaantheorie enige zin heeft, zou de band tussen strafvordering tegen het orgaan en burgerlijke vordering tegen de rechtspersoon net nauwer moeten zijn dan bij aangestelden. Het is zowel beleidsmatig als conceptueel voor de orgaantheorie dan ook eerder beschamend dat de wetgever op dit punt regelmatig *ad hoc* tussenkwam om in een welbepaald rechtsdomein haar perfide gevolgen te ondervangen door de rechtspersoon uitdrukkelijk op dezelfde manier “burgerlijk aansprakelijk” te verklaren voor schadevergoedingen (en ook boetes) waartoe organen én aangestelden worden veroordeeld, en dit principe zelfs uitbreidde tot (handels)organisaties zonder rechtspersoonlijkheid.¹⁶⁷⁴

5.1.2. De vordering tot staking van een inbreuk op de W.H.P.C.

433. De wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (W.H.P.C.) verleende een stakingsvorde-

¹⁶⁷¹ R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 16 december 1948, 150; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 434 en 439-440. Komt tot dezelfde conclusie: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 763. Het valt wel op hoe gelaten dit bizarre resultaat als rechtsdogmatisch onvermijdelijk werd aanvaard. Voor Cyr CAMBIER was dit natuurlijk een reden te meer om de orgaantheorie zelf te verwerpen: C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, 162; C. CAMBIER, noot bij Cass. 16 december 1948, *J.T.* 1949, 153.

¹⁶⁷² Reden waarom er in bijzondere wetten wel eens van wordt afgeweken. Zo verklaart art. 109 W.H.P.C. de rechtspersoon uitdrukkelijk “burgerlijk aansprakelijk voor” onder meer de schadevergoedingen en geldboeten waartoe “hun organen of aangestelden” worden veroordeeld.

¹⁶⁷³ Deze ironie ontging ook HAYOIT DE TERMICOURT niet, maar verleidde hem tot niet meer dan een wenk aan de wetgever: R. HAYOIT DE TERMICOURT, Concl. bij Cass. 16 december 1948, 150. Zie ook: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 763.

¹⁶⁷⁴ Wat betreft de collaboratiemisdrijven die aanleiding gaven tot het cassatiearrest van 15 januari 1946: art. 2 van de Besluitwet van 20 september 1945. Duidelijk op de tekst hiervan geïnspireerd: art. 109 W.H.P.C.

ring tegen inbreuken op haar bepalingen (art. 95 W.H.P.C.).¹⁶⁷⁵ De bepalingen van de W.H.P.C. bevatten vooral regels voor “*verkopers*” van producten of diensten (art. 1, 6 W.H.P.C.), wat een uitbreiding is tegenover het voordien gehanteerde “*handelaar*” (of ambachtsman). De vraag was natuurlijk hoe dit werkte indien de verkoper (vroeger: de handelaar) een rechtspersoon was, wat meestal het geval was.

In een cassatiearrest van 25 november 1954 bevestigde het Hof een beslissing waarin de beroepsrechter de stakingsvordering onontvankelijk had verklaard omdat zij gericht was tegen een vennootschap-handelaar terwijl de met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daden waren gepleegd door aangestelden (werknemers).¹⁶⁷⁶ De beroepsrechter had daarbij in de feiten vastgesteld dat niet bewezen was dat de “*patron*” van deze daden op de hoogte was of ze had getoleerd. Het Hof van Cassatie stelt vast dat de (toenmalige) stakingsvordering enkel was toegestaan tegen de handelaar die een oneerlijke handelsdaad had *begaan* (“*commis*”) of eraan had *deelgenomen* (“*participé*”).¹⁶⁷⁷ En daar “*si le fait de l'organe d'une société jouissant de la personnalité juridique est le fait de l'être morale, le fait du préposé n'est pas le fait du commettant qui n'a pas participé à l'acte*”, was het beroepsarrest wettig gemotiveerd.

434. Ook deze uitkomst wordt doorgaans op het conto van de orgaantheorie geschreven, en moet het belang van het onderscheid tussen organen en aangestelden illustreren.¹⁶⁷⁸ Opnieuw valt op hoe ongelukkig het resultaat op de keper beschouwd is. Hoe groter de organisatie, hoe meer van de commerciële activiteit wordt verricht en zelfs tot op het hoogste niveau aangestuurd door werknemers, of minstens door personen die individueel niet de hoedanigheid van orgaan hebben. In grote genoteerde NV's is zelfs het absolute topmanagement zelden of nooit individueel orgaan van de vennootschap. Het aantal concrete handelspraktijken dat een orgaan zelf verricht of waaraan het zelf deelneemt, is dan bijzonder klein. Maar zelfs in middelgrote organisaties zou het bijzonder kunstmatig (en beleidsmatig onwerkbaar) zijn indien stakingsvorderingen tegen een rechtspersoon werkelijk slechts kunnen slagen indien absoluut een orgaan aan de grondslag van de betwiste handeling moet worden gevonden. Zulk systeem kan enkel op papier standhouden indien in de praktijk het criterium dat het orgaan de handeling heeft

¹⁶⁷⁵ De W.H.P.C. werd recent opgeheven door de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming (de “Wet Marktpraktijken”). Net zoals voor de burgerlijke vordering uit misdrijf het geval was, blijft de hier gevoerde analyse echter relevant voor de beoordeling van orgaantheorie met behulp van de resultaten waartoe zij in aanpalende domeinen aanleiding gaf.

¹⁶⁷⁶ Cass. 25 november 1954, *Pas.* 1955, I, 269.

¹⁶⁷⁷ Voor de Wet Handelspraktijken van 1971 werd de stakingsvordering beheerst door het K.B. nr. 55 van 23 december 1934. Zie over het toenmalige regime: L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, II, 194 e.v.

¹⁶⁷⁸ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 120; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 434-435.

“getolereerd” zodanig ruim wordt ingevuld dat het elke betekenis verliest.¹⁶⁷⁹ Want als men werkelijk “*bij strikte toepassing van de orgaantheorie alleen onrechtmatige handelspraktijken van organen als daden van de rechtspersoon/verkoper zelf*”¹⁶⁸⁰ kan beschouwen, dan zal de orgaantheorie ook in deze materie niet veel vreugde brengen.

435. Het hoeft in feite niet te verbazen dat in de stakingspraktijk, en ondanks het cassatiearrest van 25 november 1954, blijkbaar weinig aandacht ging naar dit onderscheid. Jules STUYCK besluit dat verweerders zich bijzonder weinig beroepen op het argument dat de betrokken handelingen door personeelsleden op eigen initiatief werden gesteld, ook al is dat laatste naar de ervaring van deze auteur vaak wel het geval.¹⁶⁸¹ Dit wijst er al op dat de orgaantheorie in deze rechtsmaterie in feite minder te zoeken heeft dan haar traditionele opname in de lijst van gevallen waarin het onderscheid tussen orgaan en aangestelde relevant is, wil doen geloven. Het *buitencontractuele* onderscheid tussen artikel 1382-1383 B.W. als (beweerde) aansprakelijkheidsgrond voor organen en artikel 1384, lid 3 B.W. als aansprakelijkheidsgrond voor aangestelden, heeft in het kader van de moderne stakingsregels (gelukkig) niet zo veel belang. De W.H.P.C. bepaalde het toepassingsbereik van de stakingsvordering vrij objectief. De stakingsvordering stond onder gelding van de W.H.P.C. open tegen “*elke daad*” die een inbreuk op de bepalingen van de wet uitmaakt en de gebods- en verbodsbepalingen van de wet rusten op “*de verkoper*” van producten of diensten. Artikel 94/5 bepaalde in zeer algemene termen dat “*oneerlijke handelspraktijken (...) verboden [zijn]*”, terwijl artikel 94/4 verduidelijkte dat de afdeling betrekking had op “*oneerlijke handelspraktijken van verkopers*”. Het was vaak niet nodig te weten wie wat gedaan heeft om vast te stellen dat een verkoper de specifieke bepalingen van de W.H.P.C. schond. Dit zal onder gelding van de Wet Marktpraktijken, dat uniform bij het begrip “*onderneming*” aanknoopt, niet anders zijn, integendeel.¹⁶⁸² De commerciële activiteit van een onderneming wordt trouwens vanuit juridisch oogpunt meestal ontplooid via *rechtshandelingen*: kopen, verkopen, reclame voeren, personeel aanwerven, enzovoort. Ook met de wet strijdige praktijken zijn vaak terug te voeren op rechtshandelingen waarvan niet meer kan worden betwist dat zij de

¹⁶⁷⁹ En dan nog zou, strikt genomen, enkel het organieke “tolereren” de oneerlijke handelspraktijk van de rechtspersoon zelf zijn, en zou enkel hiertegen kunnen worden opgekomen door de stakingsvordering (en niet tegen de daad van de aangestelde die de materiële inbreuk uitmaakt). Voeg hieraan toe het standpunt van RONSE dat de overtreding van het stakingsbevel slechts een (strafbare) inbreuk is als *een orgaan* het bevel overtreedt (J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 435), en het systeem wordt manifest onwerkbaar.

¹⁶⁸⁰ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 120.

¹⁶⁸¹ J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (ed.), *Beginnelen van Belgisch privaatrecht*, XIII-2.A, 2e uitgave, Mechelen, Kluwer, 2004, 64. Deze auteur pleit voorts tegen de oplossing van het cassatiearrest van 25 november 1954 (p. 63-64).

¹⁶⁸² Zie bv. art. 86 en 95 Wet Marktpraktijken.

rechtspersoon werden toegerekend: verkoop met verlies, plaatsing van misleidende reclame, onrechtmatige bedingen, enzovoort. Het buitencontractuele onderscheid tussen organieke aansprakelijkheid op basis van artikel 1382-1383 B.W. en aanstellersaansprakelijkheid op basis van artikel 1384, lid 3 B.W., heeft dan weinig belang. Aan de rechtspersoon via vertegenwoordiging toegerekende rechtshandelingen, of die nu door tussenkomst een orgaan, een personeelslid of zelfs een extern bijzonder lasthebber tot stand kwamen, hebben enkel en alleen al op grond van het vertegenwoordigingsmechanisme als de zijne te gelden. Ongetwijfeld zijn ook (en zelfs in de eerste plaats) deze rechtshandelingen “*daden*” waarmee de “*verkoper*” de bepalingen van de W.H.P.C. kon overtreden. Daarnaast zijn er een heel aantal schendingen die rechtstreeks uit een *nalaten* volgen. Het nalaten is een inbreuk op een specifieke gebodsbepaling (bijvoorbeeld inzake prijsaanduiding, productsamenstelling, voorlichting, enzovoort). Ook hier volstaat de vaststelling dat de betrokken onderneming een inbreuk pleegt op de wetbepalingen, zonder dat het veel verschil maakt wie nu juist binnen zijn organisatie de nagelaten handeling(en) moest stellen. Met de stakingsvordering kan tegen een rechtspersoon worden opgekomen voor heel wat daden die *niet* door organen werden verricht of aangestuurd.

436. Hiermee is nadrukkelijk *niet* betoogd dat de stakingsvordering tegen rechtspersonen op artikel 1384, lid 3 B.W. steunt. Integendeel. Het argument is net dat de stakingsvordering in de eerste plaats vanuit de op die rechtfiguur meest direct toepasselijke rechtsregels moet worden beoordeeld *en niet* vanuit een kunstmatig door de orgaantheorie overgeplant onderscheid tussen organen en aange-stelden. De intellectuele onderbouw van de orgaantheorie geeft haar steile ambities in alle rechtsdomeinen waarin rechtspersonen aan bod komen. Hier wordt betoogd dat wat foutief bestuursoptreden betreft, artikel 1384, lid 3 B.W. een verklaring biedt die zowel eenvoudiger als accurater is. Het is niet de bedoeling in dezelfde val als de orgaantheorie te trappen, door in aanstellersaansprakelijkheid plots een mechanisme te zien dat in elke op de rechtspersoon toepasselijke rechtsregel relevant kan zijn. Het meest zinvolle alternatief voor de orgaantheorie bestaat er net in meer aansluiting te zoeken bij direct toepasselijke rechtstregels en minder bij abstracte en gedateerde deducties uit de natuur van de rechtspersoon. Artikel 1384, lid 3 B.W. is een buitencontractuele aansprakelijkheidsregel voor de aanknopng van een vergoedingsverbintenis uit onrechtmatige daad. De stakingsvordering is een specifiek geregeld juridisch instrument dat er historisch net op gericht is de beperkingen van het gemeen buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht te overwinnen.¹⁶⁸³ De meest zinvolle lezing van het cassatiearrest van 25 november 1954 doet hieraan recht: uit het loutere feit dat de rechtspersoon voor een handeling mogelijk aansprakelijk is op basis van artikel 1384, lid 3 B.W.,

¹⁶⁸³ L. FRÉDÉRICQ, *Traité*, II, 194-197; J. STUYCK, *Handelspraktijken*, 1-5.

volgt niet automatisch dat tegen hem de stakingsvordering openstaat.¹⁶⁸⁴ Het Hof heeft niet beslist dat een op grond van artikel 1382-1383 B.W. toegerekende onrechtmatige daad van een orgaan nodig is, eer de stakingsvordering tegen de rechtspersoon kan worden ingesteld. Elke feitenconstellatie moest autonoom worden getoetst aan de toepassingsvoorwaarden van de stakingsregels en vereiste vooral een interpretatie van regels. Het is goed denkbaar dat dit tot een striktere omschrijving leidt van de kring van personen en het soort van handelingen die een stakingsvordering tegen de rechtspersoon kunnen legitimeren, dan die zijn aanstellersaansprakelijkheid in het gedrang brengen. Maar evengoed is het zeer onwaarschijnlijk dat de stakingsregels beoogd hebben dat enkel handelingen van organen in organieke hoedanigheid gesteld, tot staking aanleiding kunnen geven. Deze oefening van wetsinterpretatie vereist evenmin een vlucht naar het criterium van de verkeersopvattingen.¹⁶⁸⁵ Een grootschalige misleidende reclame-campagne¹⁶⁸⁶ aanvechten met een stakingsvordering vraagt geen toetsing aan de vermeende (ongeschreven) regel of de reclamecampagne “in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als een optreden van” de rechtspersoon, als duidelijk is dat de reclame werd geplaatst door personen die in naam en voor rekening van de rechtspersoon konden handelen (organen, werknemers, of zelfs een extern reclamebureau dat hiertoe volmacht kreeg) en de orders hun neerslag vinden in contracten waarbij de rechtspersoon zelf partij is. Een eenvoudige oefening van wetsinterpretatie, samen met huis-tuin-en-keuken vertegenwoordiging, volstaan hiervoor.

437. Het besluit luidt als volgt. Neemt men het cassatiearrest van 25 november 1954 ernstig als een nog steeds geldende toepassing van de orgaantheorie in het domein van de stakingsvordering tegen rechtspersonen, dan is het resultaat zeer ongelukkig. Wie zou voorstander zijn van een systeem waarin de rechtspersoon slechts een stakingsbevel wegens oneerlijke praktijken kan krijgen opgelegd, indien een (formeel) orgaan die binnen bevoegdheid beging? En dat, bovendien, het stakingsbevel pas overtreden is indien het bevel door een orgaan werd overtreden.¹⁶⁸⁷ Het incarnatiemechanisme *sui generis* van de orgaantheorie, en de afzetting tegen andere toerekeningsmechanismen (vertegenwoordiging via lastgeving en aanstelling), kan hier enkel tot onderscheiden leiden die rechtsdogmatisch zeer kunstmatig en beleidsmatig zeer ongelukkig zijn.

¹⁶⁸⁴ Maar evenmin is het feit dat de rechtspersoon voor een handeling buitencontractueel *enkel* op basis van art. 1384, lid 3 B.W. tot schadevergoeding zou kunnen worden aangesproken, een beletsel voor het bestaan van de stakingsvordering.

¹⁶⁸⁵ Zoals DE WULF lijkt te denken: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 120 en 153. Zie over de theorie der verkeersopvattingen *infra* p. 511 e.v.

¹⁶⁸⁶ Dit is het voorbeeld dat DE WULF zelf geeft als illustratie van toerekening via verkeersopvattingen in het kader van de W.H.P.C. (p. 153).

¹⁶⁸⁷ Wat, merkwaardig genoeg, het standpunt van RONSE was: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 435.

In werkelijkheid wordt de soep al lang niet meer zo heet gegeten als ze werd opgediend. In de stakingspraktijk wordt bijzonder weinig nagegaan of de daden niet “slechts” door aangestelden werden verricht, en dus niet aan de rechtspersoon als de zijne zijn toe te rekenen. Zo het Hof van Cassatie dit in 1954 zou beslist hebben onder gelding van het K.B. nr. 55 van 1934¹⁶⁸⁸, en zelfs indien niet kan worden ontkend dat de handboeken dit arrest in herinnering blijven brengen¹⁶⁸⁹, lijkt de rechtspraak (zeker in het licht van de sinds 1954 sterk geëvolueerde wetsbepalingen zeer terecht) duidelijk stakingsvorderingen tegen rechtspersonen te aanvaarden zonder zich te storen aan het feit dat de daden in kwestie werden verricht door personen (meestal werknemers) die buitencontractueel als aangestelden zouden zijn te kwalificeren. Het arrest van 25 november 1954 lijkt dan ook *de lege lata* eerder te staan voor het standpunt dat het *enkele feit* dat de rechtspersoon voor de daad mogelijk op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. aansprakelijk is, niet volstaat om van een te staken daad onder de W.H.P.C. (of onder de Wet Marktpraktijken) te spreken. Gelet op de eigen functie en draagwijdte van de regels inzake marktpraktijken en consumentenbescherming, is dit noch verwonderlijk noch revolutionair. Maar dit betekent niet – zoals de auteurs die in dit arrest een toepassing van de orgaantheorie lezen, denken¹⁶⁹⁰ – dat de daad niet staakbaar is zodra de betrokkenen als aangestelden kwalificeren.

6. BESTUURDERS ALS AANGESTELDEN VAN DE RECHTSPERSOON

6.1. INLEIDING: EEN EVIDENTE VRAAG

438. De orgaantheorie blijkt zelfs voor foutief bestuursgedrag als constructie te falen. In zijn concrete toepassingen lijkt het regime sterk op de aanstellersaansprakelijkheid gecalqueerd. Deze gelijkenis wordt vaak gehandhaafd in weerwil van wat de logica en interne coherentie van de orgaantheorie zou vereisen. Het door de orgaantheorie gepropageerde systeem, dat steunt op een scherp onderscheid tussen organen en aangestelden, leidt tot arbitraire breuken in het aansprakelijkheidsregime binnen één en dezelfde organisatie, die beleidsmatig moeilijk te verdedigen zijn. Waar de orgaantheorie als juridische constructie oplossingen in aanpalende domeinen inspireert, zijn de resultaten teleurstellend. Als constructie die de buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen

¹⁶⁸⁸ Wat in dat geval zelfs onder de regels van dit K.B. betwistbaar zou zijn geweest, maar hierop wordt niet dieper ingegaan.

¹⁶⁸⁹ A. TALLON, *La procédure* in A. DE CALUWÉ (ed.), *Les pratiques du commerce*, Brussel, Larcier, 2008, 101; J. STUYCK, *Handelspraktijken*, 63-64 (maar *contra*).

¹⁶⁹⁰ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 120 (die dit standpunt weliswaar betreurt; zie ook p. 153); J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 434.

voor organiek optreden conceptualiseert, faalt de orgaantheorie dan ook op drie cruciale punten: beschrijvende waarde, interne consistentie en beleidsmatige meerwaarde, in vergelijking met het meest eenvoudige, minder barokke alternatief: artikel 1384, lid 3 B.W.

Het falen van de orgaantheorie leidt tot een acute vraag. Waarom hier vrede mee nemen? Waarom deze incoherenties, tegenstrijdigheden of ondoelmatige oplossingen voor lief nemen? Ongetwijfeld speelt hierin wat traditie. De orgaantheorie werd geadopteerd op een ogenblik dat ze jong, gesofisticeerd en modieus leek, en goed in lijn lag met de tijdsgeest. Intussen werd ze deel van het juridische meubilair. Daardoor vallen de beschadigingen en plekken die zij in de loop der jaren opliep, minder op. Maar daarnaast speelt ook een reël probleem. De orgaantheorie houdt een laatste troefkaart in de hand. Die luidt dat het positief-rechtelijk *eenvoudigweg niet mogelijk is* artikel 1384, lid 3 B.W. toe te passen. Zelfs al zou alle historische en theoretische ballast overboord worden gegooid, en volmondig worden toegegeven dat de orgaantheorie enkel een doorslagje van artikel 1384, lid 3 B.W. wil zijn “voor personen die geen aangestelden zijn”¹⁶⁹¹, dan nog is zij onontbeerlijk. Gelet op het vereiste van *ondergeschiktheid* kunnen bestuurders gewoonweg nooit aangestelden van de rechtspersoon zijn in de zin die artikel 1384, lid 3 B.W. hieraan geeft.¹⁶⁹²

439. Dit wordt nu bestreden. Hierbij zal geen aandacht meer gaan naar twee algemene bezwaren die eerder al werden ontkracht. Het feit dat bestuurders lasthebbers met vertegenwoordigingsopdracht zijn, verhindert *de lege lata* niet dat hun buitencontractuele fouten de rechtspersoon verbinden indien zij tevens als aangestelden kunnen worden gekwalificeerd.¹⁶⁹³ Daarnaast werd ook aangetoond dat *de lege lata* de rechtsverhouding die formeel-juridisch ondergeschiktheid omvat, daarnaast geen materieel-feitelijk gezag noodzaakt om toch aanstelling te zijn.¹⁶⁹⁴

De vraag luidt dus meteen of het *de lege lata* werkelijk zo moeilijk is bestuurders aangestelden van de rechtspersoon te noemen. Vanuit historisch oogpunt is het antwoord duidelijk negatief. Eerder bleek al dat toepassing van aansprakelijkheidsrecht op bestuurders in het privaatrecht een lange en rijke – maar deels vergeten – traditie heeft.¹⁶⁹⁵ Hierdoor is duidelijk dat receptie van de orgaantheorie als alternatief voor artikel 1384, lid 3 B.W. in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht veel meer rechtsdogmatische keuze dan juridische noodzaak was. Het is net die keuze die vandaag een stuk minder aantrekkelijk lijkt, nu het

¹⁶⁹¹ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 126.

¹⁶⁹² R.O. DALCQ, *Traité*, I, 470-471 (nr. 1422); H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 108; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 701; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 159.

¹⁶⁹³ Zie *supra* p. 101 e.v. en 131 e.v.

¹⁶⁹⁴ Zie *supra* p. 133 e.v.

¹⁶⁹⁵ Zie *supra* p. 333 e.v.

falen van de orgaantheorie duidelijk wordt. Dat beetje extra goede wil is voldoende om in te zien dat het *de lege lata* onder artikel 1384, lid 3 B.W. helemaal niet zo een grote sprong is om bestuurders aangestelden van de rechtspersoon te noemen. De algemene tendens, vooral vanuit rechtsvergelijkend opzicht, gaat ontegensprekelijk richting (her)ontdekking van de opties van aansprakelijkheid voor andermans daad buiten strikte ondergeschiktheidsverhoudingen (*infra* 6.2). Mede in die optiek, passen bestuurders zonder al te veel problemen binnen een modern aanstellingsbegrip (*infra* 6.3).

6.2. ONDERGESCHIKTHEID *STRICTO SENSU* OP DE TERUGWEG

6.2.1. Een korte blik over de grenzen: ondergeschiktheid op de terugweg als uniek en uniform aanknopingspunt

440. Een korte blik over de grenzen maakt duidelijk dat *inhoudelijke* denaturering van ondergeschiktheid onmiskenbaar hét kenmerk van de recente evolutie van de aanstellersaansprakelijkheid is.¹⁶⁹⁶ In Frankrijk schetst het toonaangevende werk van VINEY en JOURDAIN zonder schroom “[le] caractère de plus en plus fictif de la notion de subordination juridique”, zelfs waar ondergeschiktheid als criterium voor *préposition* formeel onaangetast blijft.¹⁶⁹⁷ Deze auteurs besluiten dan ook dat het essentiële kenmerk van aanstelling niet langer de ondergeschiktheid van de aangestelde is, maar eerder het feit voor rekening van de aansteller op te treden, in zijn belang en met de middelen die hij ter beschikking stelt.¹⁶⁹⁸ De auteurs stellen verder vast dat deze gevoelige verruiming van het aanstellingsbegrip niet eigen is aan Frankrijk.¹⁶⁹⁹ Ook in Nederland wordt de “steeds verdere oprekking van het ondergeschiktheidsbegrip en daarmee corresponderende vergroting van het toepassingsbereik van de aansprakelijkheid voor ondergeschikten” geconstateerd.¹⁷⁰⁰ De vroegere nadruk op het inhoudelijke en materiële luik

¹⁶⁹⁶ Vergelijk ook: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 522.

¹⁶⁹⁷ G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 980.

¹⁶⁹⁸ G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 981-982. De blijvende verwijzing naar ondergeschiktheid in de bronnen bestempelen deze auteurs dan ook als “quelque peu incantatoire”. Zie ook in het algemeen de indeling die zij hanteren binnen de gevallen van aansprakelijkheid voor andermans daad, enerzijds gesteund op “l’idée d’association à l’activité d’autrui”, waaronder aansprakelijkheid van de aansteller én van rechtspersonen voor organen (p. 973 e.v.), en anderzijds gesteund op “une relation d’autorité”, waaronder aansprakelijkheid van ouders (p. 1108 e.v.).

¹⁶⁹⁹ G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 982.

¹⁷⁰⁰ R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, 191. In dezelfde zin: J. HOEK-ZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 50-51 en 57; F. OLDENHUIS, *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad van anderen*, Deventer, Kluwer, 1985, 43.

van de gezagsverhouding maakt plaats voor “formele” ondergeschiktheid “*waarbij de zeggenschap niet verder gaat dan de aanstellings- en ontslagbevoegdheid en de werkzaamheden zelf geheel zelfstandig worden verricht*”.¹⁷⁰¹ In Nederland valt deze ruime interpretatie extra op omdat het (oude) Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838 het woordje “*preposé*” uit de *Code civil* had vertaald met “ondergeschikte”.¹⁷⁰² De rechtsleer merkt weliswaar op dat dit qua vertaling onnauwkeuriger (en inhoudelijk restrictiever) was dan het Belgische “aangestelde”¹⁷⁰³, maar de kracht van het tekstargument is onmiskenbaar voor wie aanstelling als ondergeschiktheid *stricto sensu* wil opvatten. Nochtans is dit niet de weg die in Nederland werd gekozen. Het Engelse recht kende een parallelle evolutie. Al in de jaren ’70 van de vorige eeuw signaleerden toonaangevende auteurs dat de aanwezigheid van “*control*” als uniek criterium voor de kwalitatieve aansprakelijkheid van de “*master*” niet langer voldeed, en langzaam aan meer fictie dan realiteit werd.¹⁷⁰⁴ Opgeld maakte de idee dat “*the test of being a servant does not rest nowadays on submission to orders. It depends on whether the person is part and parcel of the organisation*”¹⁷⁰⁵ of integendeel “*in business on his own account*” is.¹⁷⁰⁶ Een aantal indicieën, zoals wie de residuele winst of verlies van de activiteit draagt, met wiens middelen wordt gewerkt en of de betrokkene vrij is eigen personeel aan te werven om hem bij te staan in de taak, kunnen helpen deze vraag beantwoorden.¹⁷⁰⁷

¹⁷⁰¹ F. OLDENHUIS, *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad van anderen*, 43. Deze louter formele zeggenschap heeft een vaste plaats verworven: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 51; R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, 188-189 en 208 e.v. (deze auteur verdedigt verder wel een “totaalbenadering” waarbinnen de formele zeggenschap zijn plaats heeft: zie p. 213 e.v.). Voor een wel zeer verregaand voorbeeld van hoe ruim deze formele zeggenschap kan worden opgevat (Staat t.a.v. rechters): V. VAN BOGAERT, *De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief*, Apeldoorn, Maklu, 2005, 44 (voetnoot 82).

¹⁷⁰² Art. 1403 lid 3 van het vroegere B.W.: “*De meesters en degenen, die anderen aanstellen tot de waarneming hunner zaken, zijn verantwoordelijk voor de schade, door hunne dienstboden en ondergeschikten veroorzaakt in de werkzaamheden wartoe zij dezelve gebruikt hebben*”.

¹⁷⁰³ R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, 20; J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 40.

¹⁷⁰⁴ R. DIAS en B. MARKESINIS, *The English law of torts. A comparative introduction*, Brussel, Bruylant, 1976, 187; W. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on tort*, Londen, Sweet & Maxwell, 10e uitgave, 1975, 518. Zie ook: S. DEAKIN, A. JOHNSTON en B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's tort law*, Oxford, Clarendon Press, 5e uitgave, 2003, 571 (“*an air of fiction*”).

¹⁷⁰⁵ *Bank voor handel en scheepvaart v. Slatford* [1953], 1 QB 248 (Denning, LJ).

¹⁷⁰⁶ *Market Investigations Ltd. v. Minister of Social Security* [1969], 2 QB 173 (Cooke, J).

¹⁷⁰⁷ Om die reden wordt wel eens gesproken van een “*multi-factor approach*” of “*composite test*” die de eerdere “*control test*” verdrong: S. DEAKIN, A. JOHNSTON en B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's tort law*, 577 e.v.; R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, 216 e.v.; W. VAN GERVEN, *Tort Law*, 492 e.v.

441. Interessant is verder dat in elk van deze naburige rechtsstelsels, naast de discussie over ondergeschiktheid binnen de aanstellingsregels *stricto sensu*, een meer of minder uitgesproken evolutie aanwezig is naar aansprakelijkheid voor personen op basis van andere rechtsgronden. **Nederland** ging hierin het verst, met uitdrukkelijke wetsartikels die aansprakelijkheid bepalen voor niet-ondergeschikte hulppersonen (art. 6:170 Nederlands B.W.) en voor vertegenwoordigers (art. 6:172 Nederlands B.W.), en daarnaast een jurisprudentiële evolutie die misschien zelfs aansprakelijkheid in het algemeen aankondigt voor personen “waarvan het optreden in het maatschappelijke verkeer te gelden heeft als” optreden van een ander.¹⁷⁰⁸ In **Engeland** neemt op typisch casuïstische wijze de aansprakelijkheid voor “*independent contractors*” steeds meer uitbreiding, ook al wordt die rechtsdogmatisch hoofdzakelijk ingepast via de ontdekking van eigen “*non-delegable duties*” die op de opdrachtgever zelf rusten, en waarvan de overtreding hem aansprakelijk maakt, zelfs indien dit materieel door de zelfstandige hulppersoon gebeurde.¹⁷⁰⁹ In **Frankrijk** ontdekte het Hof van Cassatie in 1991 plots dat artikel 1384, lid 1 B.W. dan toch een zelfstandige aansprakelijkheidsgrond voor *personen voor wie men moet instaan* zou kunnen bevatten.¹⁷¹⁰ Hoewel de krijtlijnen van dit nieuwe aansprakelijkheidsdomein nog niet met zekerheid gekend zijn, zien sommigen er nu net een uitgelezen kans in om een regime van aansprakelijkheid voor economische agenten die momenteel buiten traditionele ondergeschiktheid vallen, uit te tekenen.¹⁷¹¹ Bestuurders staan dan eerste in lijn.¹⁷¹² De druk om de aanstellingsverhouding in het derde lid van artikel 1384 B.W. steeds uit te rekken, kan zo wat van de ketel.¹⁷¹³ Vanuit functioneel oogpunt, ontpoppen het eerste en het derde lid van artikel 1384 B.W. zich zo voor een stuk tot communicerende vaten.¹⁷¹⁴ Wie artikel 1384, lid 1 B.W. tot leven wekt, kan best met een strikt

¹⁷⁰⁸ Dit criterium (het zogenaamde *Babbelcriterium*: H.R. 6 april 1979, *Ned. Jur.* 1980, 34) werd ingevoerd voor optreden van rechtspersonen, maar wordt daarnaast meer en meer bepleit in gevallen waarin de aangesprokene een niet-rechtspersoonlijke organisatie of zelfs een natuurlijk persoon is: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 97 e.v.

¹⁷⁰⁹ Het ontgaat de rechtsleer niet dat het onderscheid met kwalitatieve aansprakelijkheid voor een ander hierbij soms zeer abstract wordt: S. DEAKIN, A. JOHNSTON en B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's tort law*, 599. Het Engelse recht inzake aansprakelijkheid voor “*independent contractors*” werd recent nog op zeer grondige en voor continentale juristen toegankelijke wijze uiteengezet in: R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, 71-118 en 428-439.

¹⁷¹⁰ Cass. Fr. 29 maart 1991, *Rec. Dall.* 1991, 324, noot C. LARROUMET (zaak Blieck).

¹⁷¹¹ G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 928, 946-947 en 963-964. Op p. 946, bijvoorbeeld, betogen deze auteurs dat het arrest-Blieck, in een bepaalde interpretatie, “*permet de créer des hypothèses de responsabilité pour autrui (...) qui s'inspirent d'avantage du modèle de la responsabilité du commettant pour le fait de son préposé et qui seraient fondées sur l'idée d'association à l'activité d'autrui et de profit tiré de cette activité*”.

¹⁷¹² J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, 139.

¹⁷¹³ G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 947 en 982.

¹⁷¹⁴ Een vergelijkbaar fenomeen deed zich in Frankrijk reeds voor m.b.t. art. 1386 B.W. (instorting gebouw) na de “ontdekking” eind 19e eeuw van de algemene aansprakelijkheid voor zaken

ondergeschiktheidsvereiste in het derde lid. Maar wie het eerste lid laat voortslapen, zoals in België het geval is¹⁷¹⁵, moet met een breed aanstellingsbegrip kunnen leven.

6.2.2. België: evolutie minder met naam genoemd, maar bouwstenen aanwezig

A. Een meer soepele aanpak heeft steun in artikel 1384, lid 3 B.W.

442. In ons land is die evolutie totnogtoe minder nadrukkelijk aanwezig, of wordt zij althans minder met naam genoemd. Nochtans kan ook ons rechtssysteem er niet aan ontsnappen. De verhouding van kasteelheer tot huisbediende of van fabrikseigenaar tot arbeider mag niet de mentale blauwdruk zijn waarmee het domein van professionele buitencontractuele aansprakelijkheid voor anderen voor de toekomst wordt benaderd. De steeds groeiende rol van organisaties allereerste in het maatschappelijke en economische weefsel enerzijds, en het sterk gediversifieerde spectrum van samenwerkingsvormen binnen die organisaties anderzijds, vragen een aangepaste benadering. Historische clichés over ondergeschiktheid mogen een meer soepele aanpak niet in de weg staan.¹⁷¹⁶

Het grote voordeel met ons artikel 1384, lid 3 B.W. is dat de bouwstenen hiervoor positiefrechtelijk al aanwezig zijn. Eerder werd al toegelicht dat, noch tekstueel, noch historisch, het aanstellingsbegrip uit artikel 1384, lid 3 B.W. voorbestemd was om tot ondergeschiktheid te worden herleid.¹⁷¹⁷ De wet neemt de woorden *ondergeschiktheid* of *gezag* niet eens in de mond. En zelfs de doorbraak van ondergeschiktheid als jurisprudentieel criterium heeft er nooit toe geleid dat de aanstellingsverhouding werd verengd tot de arbeidsrelatie¹⁷¹⁸, noch dat het ondergeschiktheidsvereiste zeer concreet en materieel moest worden ingevuld. Wel heeft de rechtspraak inzake terbeschikkingstelling wat verwarring gezaaid. Maar nader onderzoek heeft uitgewezen dat als algemene regel *de lege lata* nog steeds de formeel-juridische gezagsverhouding volstaat, waarin materieel-feitelijke gezagsuitoefening ver weg is.¹⁷¹⁹ Zelfs juridische zelfstandigheid over de inhoud van het te leveren werk of de te presteren diensten (bijvoorbeeld als gevolg van wettelijke, deontologische en/of contractuele bepalingen) is bestaanbaar met aanstelling als uit de rechtsverhouding in zijn geheel blijkt dat een rechtssubject in een bediening

onder bewaring in art. 1384, lid 1 B.W.: G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 680.

¹⁷¹⁵ Ons Hof van Cassatie lijkt niet geneigd het Franse voorbeeld te volgen: Cass. 19 juni 1997, *Pas.* 1997, I, 700, concl. PIRET. Een aantal auteurs is het Franse standpunt niettemin niet ongeneegen: zie W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 377-378.

¹⁷¹⁶ Vergelijk S. DEAKIN, A. JOHNSTON en B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's tort law*, 574: "The control test was more appropriate to the social conditions of an earlier age".

¹⁷¹⁷ Zie *supra* p. 333 e.v.

¹⁷¹⁸ Zie zeer recent nog: J.-M. GENICOT, Concl. bij Cass. 29 juni 2009, 343.

¹⁷¹⁹ Zie *supra* p. 133 e.v. en het besluit p. 165 e.v.

van een ander werd ingeschakeld.¹⁷²⁰ Ook in België gaat de algemene tendens inzake aanstelling richting inpassing van almaar meer professionelen waarvoor ondergeschiktheid in het beste geval een bijzonder formele betekenis heeft.

443. Een pleidooi voor verdere abstrahering en formalisering van de ondergeschiktheidsverhouding, zoals in de buurlanden, is dus niet eens vatbaar voor het verwijt van nieuwlichterij *contra legem*. Het strookt goed met zowel de tekst, de geschiedenis als de *algemene* lijn van de recente evolutie van ons artikel 1384, lid 3 B.W. Het eerste lid van artikel 1384 B.W. biedt hierbij nog wat bijkomende wettelijke manoeuvreerruimte. Misschien niet om, zoals in Frankrijk, dit slapende monster wakker te maken.¹⁷²¹ Maar minstens om extra moreel gezag te verlenen aan de overtuiging dat er vanuit de economie van artikel 1384 B.W. in zijn geheel geen enkele reden is om de aanstellingsverhouding in een beknellend keurslijf van strikte ondergeschiktheid te steken. Als formeel jurisprudentieel criterium hoeft ondergeschiktheid wellicht niet eens te sneuvelen.¹⁷²² Wie in de economische organisatie van een ander wordt ingeschakeld om voor diens rekening te werken, kan vanuit formeel oogpunt evengoed ondergeschikt worden genoemd, zelfs als hij geen enkele instructie te ontvangen heeft over de inhoud van zijn werk.¹⁷²³ Alleen lijkt peilen naar *ondergeschiktheid* dan een overbodige omweg te worden ten aanzien van de werkelijke oefening die erin bestaat de tekst van de wet (aanstelling in een bediening, *préposition à une fonction*) een zinvolle invulling te geven in de hedendaagse maatschappelijke context. De nadruk op ondergeschiktheid is deels een anachronistisch overblijfsel van het belang dat op een bepaald ogenblik gehecht werd aan de vermoede fout van de aansteller als aansprakelijkheidsgrondslag voor artikel 1384, lid 3 B.W., zelfs als deze wetsbepaling er in zijn toepassingsvoorwaarden geen aandacht voor heeft. Hoe concreter het gezag, hoe groter de kans dat de aansteller ook zelf iets te verwijten valt.¹⁷²⁴ Maar niets in de tekstuele betekenis van *aanstelling in een bediening*, noch in de context van de in het wetsartikel vervatte objectieve aansprakelijkheid, noodzaakt dit.

¹⁷²⁰ Zie *supra* p. 137.

¹⁷²¹ Zie *supra* voetnoot 1715.

¹⁷²² Maar minstens moet dan wel duidelijk zijn dat de vermeende nood aan “feitelijk” gezag op een misverstand berust (zie *supra* p. 144 e.v.).

¹⁷²³ Zie voor een voorbeeld van een betoog waarin alle rechtspersoonlijke agenten als aangestelden worden opgevat, zonder dat de gezagsidee formeel sneuvelt: J. GUYÉNOT, *La responsabilité des personnes morales publiques et privées*, 106-116 (“Le facteur essentiel est l'autorité, même diffuse, qu'exerce une personne morale sur ses agents ou un commettant sur ses préposés. Ce pouvoir de donner un sens à l'action d'un préposé est conçu d'une façon extrêmement souple”).

¹⁷²⁴ Het Duitse voorbeeld leert overigens dat rechters die, via een omkeerbaar foutvermoeden, verplicht worden eigen fouten van de aansteller te vinden, creatief genoeg zijn om er te vinden die wel bijzonder abstract zijn. Zie onder meer: W. VAN GERVEN, *Tort Law*, 485-487; C. VON BAR en U. DROBNIG, *The interaction of contract law and tort and property law in Europe*, 142.

B. Naar een (meer openlijke) multifactorbenadering in België?

444. Overigens is het maar de vraag of zelfs in de huidige Belgische rechtspraak, en ondanks de formele gehechtheid aan ondergeschiktheid, een multifactorbenadering zo ver weg is. Dit onderwerp wordt hier niet volledig uitgespit. Maar is het niet denkbaar dat het unitaire ondergeschiktheids criterium *de lege lata* al te nuanceren is? De rol van ondergeschiktheid lijkt nu al te variëren in functie van andere variabelen:

- i. Hoe structureler een persoon is ingebed in de organisatie van een ander, hoe minder relevant inhoudelijke ondergeschiktheid lijkt te worden. Feitelijke en/of juridische redenen waarom iemand zeer zelfstandig is, spelen veel minder rol als de betrokkene duidelijk in een organisatie – meestal een onderneming – geïntegreerd is. Hij werd er “aangesteld” in een “bediening”. Het Franse “*préposé*” en “*fonction*” in de wettekst (voor “aangestelde” en “bediening”) helpt nog beter de connotatie van functie binnen de organisatie van een ander te geven. De Nederlandse tekst is in dat verband minder scherp. Een advocaat, een aannemer of zelfs een leverancier kunnen worden “aangesteld”. “Aanstellen” mag geen synoniem worden voor “kiezen”, en zo elke begrenzing verliezen. Niet elkeen die voor een ander werk of diensten levert¹⁷²⁵, laat staan elke mededecontractant, is aangestelde in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. “*Commettre un préposé à une fonction*” geeft echter duidelijk de connotatie weer van iemand die men “voor zich plaatst” om mee de eigen activiteit vorm te geven, van een “functie” binnen de organisatie van de eigen activiteit. Die connotatie is meestal afwezig in de relatie tussen, bijvoorbeeld, de advocaat, aannemer of leverancier en de opdrachtgever of mededecontractant.¹⁷²⁶
- ii. Hoe minder structureel een persoon in de bediening van een ander is ingebed, anderzijds, hoe groter de nood aan concrete en materiële ondergeschiktheid wordt. De supermarkt is niet noodzakelijk aansteller van de chauffeur van een leverancier, zelfs indien vast staat dat het tussen partijen gebruikelijk was dat de chauffeur de aangeleverde waren netjes in de rekken stapelde volgens de instructies van de supermarkt, de schade uit het instorten van de stapel voortvloeide, en er zelfs een werknemer van de supermarkt toezicht hield op de levering.¹⁷²⁷ Een kredietinstelling is niet noodzakelijk aansteller van een zelfstandige agent, zelfs als vast staat dat deze moest werken volgens de richtlijnen en met de documenten van een kredietinstelling, die ook op ieder ogenblik

¹⁷²⁵ Lijkt – ten onrechte – van oordeel dat dit historisch wel het geval was: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, p. 453 j° p. 447.

¹⁷²⁶ Maar uitgesloten is het evenmin. Het slachtoffer is niet gebonden door de kwalificatie van partijen, en moet slechts het rechtsfeit “aanstelling” bewijzen. Zo heeft detachering (“*secondement*”) van advocaten naar de juridische dienst van ondernemingen de laatste jaren een grote vlucht genomen. Dit fenomeen vormt een goede *case study* voor de grenzen van het aanstellingsbegrip.

¹⁷²⁷ Het voorbeeld is ontleend aan: Cass. 7 mei 1981, *Pas.* 1981, I, 1026.

controles kon komen uitvoeren en verantwoording kon vragen.¹⁷²⁸ Een vrij hoog gehalte aan materieel-feitelijk gezag lijkt nodig waar structurele en juridisch gegrondveste inschakeling in de organisatie van een ander afwezig is. Het is natuurlijk geen toeval dat in dit laatste geval de grens met de eigen fout van diegene die toch instructies geeft, steeds vager wordt.

- iii. Ook de vraag of iemand een opdracht vervult *met*, of *aan* goederen en vermogensbestanddelen van een ander, speelt misschien een grotere rol dan openlijk wordt toegegeven. Zelfs de occasionele of eerder toevallige aard van de opdracht, en zelfs de afwezigheid van materieel gezag, lijken aanstelling niet te verhinderen indien de schadeveroorzaker voor de aangesprokene een opdracht uitvoerde die betrekking had op, of werd uitgevoerd met de goederen van de opdrachtgever. De doorbraak van de puur feitelijke gezagsverhouding¹⁷²⁹ in de Belgische cassatierechtspraak kwam er niet toevallig in twee van dit soort zaken. In het ene geval veroorzaakte de zoon van een werknemer een ongeval toe hij de wagen van de onderneming bestuurde in het kader van een beroepsverplaatsing van zijn vader. In het andere geval had de eigenaar van een paard met koets (sulky) iemand de opdracht gegeven ermee naar een paardenrace te rijden en weer terug, waarbij ook een ongeval werd veroorzaakt. In beide gevallen lijkt uit de gekende feiten af te leiden dat het om een occasionele opdracht ging, en de betrokkene verder niet voor de eigenaar van de zaak tewerkgesteld was. Maar evenmin zijn er elementen die wijzen op zeer concrete gezagsuitoefening van de aansteller-eigenaar. In het geval van de sulky valt uit niets af te leiden dat de concrete “instructie” meer was dan het geven van de opdracht, terwijl in die tijd mogelijkheid tot gezagsuitoefening eens de ruiter was vertrokken, al even abstract is. Maar zowel het formeel-juridische gezag dat de eigenaar altijd heeft over zijn zaak als het feit dat het gebruik van de zaak een zeer sterke aanwijzing is dat het een opdracht voor rekening en in het belang van de eigenaar betreft, hebben hier wellicht meegeïmagineerd. De vaststelling blijft, dat het gebruik van vermogensbestanddelen van een ander, meebrengt dat zowel structurele integratie als concrete gezagsdaden minder cruciaal worden om tot aanstelling te besluiten.¹⁷³⁰

445. Dit zijn slechts drie variabelen die illustreren dat, onder het ogenschijnlijk uniforme ondergeschiktheidsbegrip, misschien nu al een lading schuilgaat die

¹⁷²⁸ Het voorbeeld is ontleend aan: Cass. 19 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1297.

¹⁷²⁹ In de oorspronkelijke *inhoudelijke* betekenis van een niet op juridisch gezagsrecht gesteunde gezagsverhouding: zie *supra* p. 142 e.v. en 146 e.v.

¹⁷³⁰ Illustratief in dit verband is dat in Engeland de ontwikkeling van aansprakelijkheid voor “*independent contractors*” op basis van eigen “*non-delegable duties*” van de opdrachtgever vaak verband hield met gevallen waarin de zelfstandige medecontractant werken uitvoerde aan of met (vaak onroerende) eigendommen van de opdrachtgever. Zie de schets van de historische evolutie van dit leerstuk bij: R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulpverleners*, 77 e.v.

veel geschakeerder is dan op eerste gezicht lijkt. De wettekst zelf nodigt hiertoe uit. Hij spreekt van *aanstelling* in een *functie*, terwijl ondergeschiktheid hier slechts één mogelijke (poging tot) invulling van is.¹⁷³¹ Misschien kan ook in België deze meer gediversifieerde benadering, die ook al in het buitenland opgeld maakt, worden geëxpliciteerd. Naast het traditionele gezagselement is dan plaats voor aspecten als integratie in de organisatie van een ander, optreden ten aanzien van derden voor rekening van een ander, werken met middelen, materiaal en/of personeel van de ander, het belang (duur, omvang, enzovoort) van de opdracht in het geheel van de werkzaamheden van de betrokkene, de wijze van aanstelling en beëindiging van de opdracht, de wijze van betaling, enzovoort. Niet als alternatieve criteria die in de plaats van de wettekst komen, maar als cumulatieve indicies die kunnen helpen nader te bepalen of “aanstelling in een bediening” aanwezig is. Een hoog niveau van zelfstandigheid hoeft aanstelling niet uit te sluiten als de relatie hoog scoort op andere indicies: de betrokkene is volledig geïntegreerd in de organisatie, werkt ten aanzien van derden voor rekening van de organisatie en met materiaal en middelen van de organisatie. Omgekeerd, kan de inhoud van het werk minutieus door de opdrachtgever geregeld zijn, en de opdrachthouder zich naar instructies en toezicht in de uitvoeringsfase te schikken hebben, maar aanstelling toch afwezig zijn¹⁷³² omdat de opdrachthouder het werk uitvoert binnen zijn eigen onderneming, met eigen mensen en eigen materiaal, het residuaire risico bij hem ligt, enzovoort. De casuïstische aard van deze weg boezemt misschien angst in. Maar noch in België, noch elders is er voor dit type van aansprakelijkheid al een alternatief voor casuïstiek bedacht. Het monolitische ondergeschiktheids criterium verdoezelt dit slechts zeer oppervlakkig. Misschien is het dan beter openlijk uit te komen voor de aard van de oefening die men maakt.

446. Bij de koudwatervrees kan helpen dat deze piste misschien toelaat ook het verband tussen een schadeverwekkende daad van de aangestelde en zijn functie te differentiëren. Het ogenschijnlijk uniforme ondergeschiktheids criterium houdt de idee in stand dat het met aanstelling alles of niets is. De kans om – doorgaans bij werknemers – te ontsnappen aan aansprakelijkheid met het argument dat de schadeverwekkende daad niet binnen de bediening werd veroorzaakt, is legendarisch klein.¹⁷³³ Maar ook hier staat de tekst van de wet een meer evenwichtige en gedifferentieerde aanpak niet in de weg. Dat meer zelfstandige hulppersonen voor

¹⁷³¹ De Franse rechtsgeleerde Boris STARCK doorzag dit zeer goed in zijn proefschrift in 1947: B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, 232-233. Indien opeenvolgend criteria als keuze, ondergeschiktheid of zelfs economische afhankelijkheid telkens weer op zichzelf beschouwd overtuigend lijken, argumenteert deze auteur, is dit omdat zij elk afzonderlijk vaak *gepaard gaan met* aanstelling in een functie. Maar dit betekent niet dat aanstelling hiertoe te herleiden valt: “ils comportent tous un complément commun, la fonction que le préposé remplit pour le commettant”.

¹⁷³² Maar daarom niet noodzakelijk de eigen fout van de opdrachtgever.

¹⁷³³ Zie *supra* p. 349.

een welomschreven opdracht in bepaalde omstandigheden aangestelde kunnen zijn, betekent niet dat de opdrachtgever meteen aansprakelijk moet zijn voor elke diefstal, geweldpleging of aanranding die de betrokkene naar aanleiding van zijn ruimere professionele activiteiten begaat. Hoe beperkter de aanstelling, hoe minder binnen de functie valt waarin de aangestelde werd “gebezigd”.

447. Het gaat hier slechts om voorzichtige indrukken. Het onderwerp wordt niet uitgespit. Nog minder is het de bedoeling een geïntegreerd alternatief te presenteren. De schets helpt echter specifiek voor rechtspersoonlijke bestuurders inzien hoe *weinig* bezwaren er in wezen tegen hun inpassing in artikel 1384, lid 3 B.W. zijn. De moeilijke grensgevallen liggen elders. Zelfstandige aannemers, bijvoorbeeld, zijn normaal geen aangestelden, maar in welbepaalde omstandigheden kan dit wel het geval zijn, en dan gaat dit meestal gepaard met conflicterende indicieën.¹⁷³⁴ Maar bij bestuurders wijst alles in dezelfde richting. Het volstaat de historische spanring van ondergeschiktheid één tikje losser te draaien – of nog beter: het *formele* karakter van ondergeschiktheid, zoals dit nu al in de rechtspraak aanwezig is, zijn volle betekenis te geven – en alle indicieën wijzen ondubbelzinnig in de richting van aanstelling.

6.3. BESTUURDERS ZIJN AANGESTELDEN VAN DE RECHTSPERSOON

A. Bestuurders passen in een neoklassieke lezing van artikel 1384, lid 3 B.W.

448. De rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders, scoort zeer hoog op cruciale punten voor de toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. Zij worden door de rechtspersoon aangesteld om binnen de organisatie waarmee hij zijn activiteit ontplooit een functie te vervullen voor zijn rekening en in zijn belang, met gebruikmaking van zijn vermogen (*infra* a). De onafhankelijkheid die zij bij de vervulling van hun taak (meestal) hebben, staat aanstelling dan niet in de weg (*infra* b).

a) BESTUURDERS: AANGESTELD IN EEN FUNCTIE (BEDIENING) VAN DE RECHTSPERSOON IN DE ZIN VAN ARTIKEL 1384, LID 3 B.W.

449. **Aanstelling door de rechtspersoon.** De bestuurder wordt door de rechtspersoon aangesteld met als opdracht – alleen of samen met anderen – het bestuur waar te nemen. Dat de aanstelling tot stand komt via tussenkomst van andere –

¹⁷³⁴ De aannemer werkt bijvoorbeeld voor eigen rekening, als zelfstandige en factureert per uur, maar werkt voor een langere periode voltijds in de gebouwen van de opdrachtgever van wie hij gedetailleerde instructies krijgt over de uitvoering van het werk.

fysieke – personen doet hieraan geen afbreuk. De benoeming is een rechtshandeling die de rechtspersoon als de zijne wordt toegerekend, en de bestuursovereenkomst die hieruit mits aanvaarding door de bestuurder ontstaat, is een overeenkomst die *ab initio* met de rechtspersoon tot stand komt.¹⁷³⁵ Net zomin als bij werknemers, staat het feit dat de rechtspersoon zich de overeenkomst ziet toegerekend via het optreden van anderen, zijn hoedanigheid van aansteller in de weg. Vanuit juridisch oogpunt wordt de bestuurder door de rechtspersoon aangesteld.

450. Functie binnen de rechtspersoonlijke organisatie. Bestuurders zijn ook bij uitstek ingeschakeld in een “bediening” van de rechtspersoon. Zij zijn werkelijk “*préposés à une fonction*”. Van alle personen die een rol spelen binnen de organisatie waarmee een rechtspersoon naar buiten treedt, zijn bestuurders diegenen zijn die daarin vanuit juridisch oogpunt *het meest* geïntegreerd zijn. Zij zijn het enige “rechtspersoonlijke personeel” waar de rechtspersoon echt niet buiten kan. Zij zijn het eerste radertje in de organisatie waarmee de rechtspersoon zijn doelstellingen in het maatschappelijke verkeer nastreeft. Als zij in uitvoering van de hen toebedeelde opdracht handelen, staan zij in het hart van de rechtspersoonlijke organisatie. Men zal hen niet snel verwarren met externe dienstverleners of zelfstandige aannemers.

451. Optreden voor rekening en in belang van rechtspersoon. Bestuurders treden in de uitvoering van hun opdracht essentieel op voor rekening – en meestal ook formeel in naam – van de rechtspersoon. De kern van hun opdracht, van de verbintenis die zij jegens de rechtspersoon opnemen, bestaat erin diens zaken te besturen in zijn belang en met het oog op zijn maatschappelijke doel. Bestuurders krijgen van de rechtspersoon een van diens rechten afgesplitste bevoegdheid, maar de rechten zelf blijven aan de rechtspersoon toebehoren.¹⁷³⁶ Zij zijn ondergeschikt aan het belang van de rechtspersoon van wie zij het vermogen besturen. Bij aanstelling wordt wel eens gezegd, om te verklaren waarom de zelfstandige aannemer of leverancier die niettemin gebukt gaat onder zeer gedetailleerde contractuele instructies over het product, het werk of de dienst die hij

¹⁷³⁵ Zie *supra* p. 247 e.v. Vergelijk ook: J. GUYÉNOT, *La responsabilité des personnes morales publiques et privées*, 106-107.

¹⁷³⁶ Dit maakt dat, hoe zelfstandig het bestuur bij deze bevoegdheidsuitoefening (in sommige gevallen) ook is *ten aanzien van andere bevoegdheidshouders* (bijvoorbeeld de aandeelhouders), deze zelfstandigheid nooit bestaat ten aanzien van de rechtspersoon. Bestuursbevoegdheid is, zoals VAN GERVEN in 1962 al aangaf, conceptueel steeds gedelegeerde bevoegdheid. De bevoegdheid van het bestuur is “*een aan de eigen bevoegdheid van zijn opdrachtgever deelhebbende en in haar wortelende bevoegdheid en dus geen eigen, zelfstandige bevoegdheid van de opdrachthouder. Het is een gedelegeerde bevoegdheid in de echte zin van het woord*”: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 125 (en voor het volledige plaatje, in samenlezing met p. 122 en 126-127). Zie *supra* p. 189 e.v. Zie ook: J. GUYÉNOT, *La responsabilité des personnes morales publiques et privées*, 106-107.

aanlevert, toch niet aan de opdrachtgever ondergeschikt is, dat hij zich slechts “*sous l’empire du contrat*”¹⁷³⁷ heeft geplaatst. Hij staat daarom bij de uitvoering van die gedetailleerde contractuele “instructies” nog niet onder *gezag* van zijn medecontractant omdat er tijdens de uitvoeringsfase geen nadere invulling van de te leveren prestaties meer moet gebeuren. Zonder op de waarde van deze analyse in te gaan, is vast te stellen dat de bestuurder zich in *exact de omgekeerde* situatie bevindt. Zijn overeenkomst is het typevoorbeeld van een “open” overeenkomst, waarin het gelet op de aard van de opdracht onmogelijk (en zelfs contra-productief) zou zijn om de te verrichten handelingen gedetailleerd op te sommen.¹⁷³⁸ Zijn taak bestaat er net in, in alle vrijheid en met inzet van al zijn kennis en *know how*, de bestuurshandelingen te stellen die zich gelet op de steeds evoluerende omstandigheden opdringen. Maar die vrijheid is – net daarom – met handen en voeten gebonden aan één allesoverheersende instructie: steeds handelen in het belang van de rechtspersoon.¹⁷³⁹ Hans DE WULF besluit dan ook over de bestuurstaak:

“De verbintenis te besturen, zijnde het leiden van andermans zaken, impliceert op die manier een onderschikking van belangen van de bestuurder tegenover de vennootschap”, een “plicht tot onderschikking van het eigenbelang aan het belang van de principal”.¹⁷⁴⁰

Die allesoverheersende onderschikking aan de belangen van een ander, wijst, samen met de andere hier besproken indicies, op aanstelling. Net zoals men in de uitvoering van een taak met handen en voeten gebonden kan zijn (door contractuele bedingen) en toch zelfstandig blijven in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W.¹⁷⁴¹, kan het feit dat zeer grote vrijheid bij de taakuitvoering volledig ondergeschikt is

¹⁷³⁷ J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, 143.

¹⁷³⁸ In de – vooral rechtseconomisch getinte – Amerikaanse literatuur gaat veel aandacht naar de analyse van dit soort contracten, die vaak als open, onvolledige, relationele of langetermijncontracten worden aangeduid (zonder dat die categorieën naadloos overlappen). Een inleidend overzicht van deze literatuur ten behoeve van de Belgische rechtsbeoefenaar is te vinden bij: H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 370.

¹⁷³⁹ “Die plicht maakt deel uit van de instructies die zij (...) voor de uitoefening van hun bestuursopdracht bekomen”: A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht*, 605. Verder zal blijken dat dit feit meebrengt dat in vele rechtspersonen het bestuur wel degelijk onderhevig is aan tussentijdse instructies waarbij de vennoten of aandeelhouders dit abstracte criterium nader invullen en concretiseren. Hier volstaat de vaststelling dat, zelfs waar een “tussentijds” instructierecht uitdrukkelijk zou zijn uitgesloten (wettelijk of contractueel), het bestaan van de *fiduciaire verhouding* waarbij het gedrag van de ene kan worden getoetst aan een plicht tot onderschikking aan het belang van de ander, op zich een indicatie van aanstelling is. Zie ook: H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 382 (“*functioneel benadert dit het instructierecht van de werkgever tegenover zijn werknemers*”).

¹⁷⁴⁰ H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 468.

¹⁷⁴¹ Wat niet betekent dat de medecontractant vrijuit gaat: hoe gedetailleerder hij de te volgen koers aangaf, hoe groter de kans dat hij een eigen fout in de zin van art. 1382-1383 B.W. beging indien bij de uitvoering van de overeenkomst schade aan derden wordt veroorzaakt.

aan de noodzaak hierbij uitsluitend het belang van een ander na te streven (en aan dit criterium kan worden getoetst), op aanstelling wijzen.

452. Gebruik van het rechtspersoonlijke vermogen bij de uitvoering van de opdracht. De bestuursopdracht wordt op het meest fundamentele niveau met vermogensbestanddelen van de rechtspersoon uitgevoerd. In de kleine BVBA zal de zaakvoerder vaak ook in belangrijke mate fysiek werken met materiële zaken waarvan de rechtspersoon eigenaar is. In de grote genoteerde NV is de bestuurstaak meer gericht op rechtshandelingen met de vermogensrechten van de rechtspersoon. Maar in beide gevallen slaat de opdracht op vermogensbestanddelen van een ander, en worden die bij de uitvoering van de opdracht gebruikt en in actie gebracht in het maatschappelijke verkeer. De bestuursopdracht in rechtspersoonlijk verband is wat Walter VAN GERVEN in 1962 in zijn proefschrift een *bewindsopdracht* noemde: de opdracht tot het behoud, de vruchtdraging en de aanwas (soms ook de aanzuivering of vereffening) van het bestuurd vermogen.¹⁷⁴² De bewindvoerder wordt hierbij in een structurele verhouding tot het bestuurd vermogen geplaatst:

“Hij wordt over dit vermogen *aangesteld*; (...) zijn opdracht groeit uit tot een *functie*”.¹⁷⁴³

Dat deze functie, waarin de bestuurder wordt aangesteld, essentieel wordt uitgevoerd met het vermogen van de rechtspersoon, wijst opnieuw op aanstelling in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W.

Ook de aanwerving van personeel mag hierover geen verwarring zaaien. De vraag of iemand zelf kan beslissen eigen personeel aan te werven voor de uitvoering van de opdracht duikt in buitenlandse indicatielijstjes vaak op als indicatie van zelfstandigheid.¹⁷⁴⁴ Bestuurders werven vaak rechtstreeks of onrechtstreeks personeel aan om te helpen de rechtspersoonlijke activiteit te ontplooiën. Maar net zomin als in het geval van de personeelsdirecteur in een grote onderneming gaat het hier om de aanwerving van *eigen* personeel dat hen zou moeten bijstaan bij de uitvoering van de *eigen* bestuursverbintenissen jegens de rechtspersoon. Het personeel wordt in naam en voor rekening van de rechtspersoon aangeworven. De arbeidsovereenkomst ontstaat rechtstreeks tussen rechtspersoon en werknemer. Bestuurders die werknemers aansturen, doen dit op basis van de

¹⁷⁴² W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 19 en 50 e.v.

¹⁷⁴³ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, 25 (onderstreping toegevoegd). De auteur kiest er dan ook voor “de term aanstelling, die in de eerste plaats de in artikel 1384, 3^e lid, B.W. bedoelde verhouding verwoordt, ook hier te gebruiken om de band tussen bewindvoerder en bewindsvermogen weer te geven” (p. 264). VAN GERVEN spreekt zich in zijn proefschrift weliswaar niet rechtstreeks uit over de toepassing van art. 1384, lid 3 B.W. op bestuurders in het kader van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon.

¹⁷⁴⁴ R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, 229.

werkgeversrechten van de rechtspersoon. De werknemer verbindt zich ertoe arbeid te verrichten voor de rechtspersoon, niet voor de bestuurder(s) bij de uitvoering van hun bestuursstaak. Het is enkel die laatste hypothese waarop wordt gedoeld bij aanwerving van personeel als indicatie van zelfstandigheid die niet langer aanstelling is. De zelfstandige aannemer kiest en betaalt zelf het personeel dat hij bij de uitvoering van de hem toevertrouwde opdracht inschakelt. De bestuurder, anderzijds, werkt ook wat personeel betreft essentieel met de “middelen” van een ander. Het is net dit punt dat een belangrijke indicatie van aanstelling is.

453. Rechtspersoonlijke bestuurders scoren dus hoog op heel wat cruciale indicaties die passen in een moderne lezing van aanstelling in een functie in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. Aangezien die lezing vanuit historisch oogpunt helemaal niet zo radicaal is, kan ze misschien *neoklassiek* worden genoemd. Het bezwaar op grond van de inhoudelijke onafhankelijkheid die bestuurders – meestal – hebben bij de uitvoering van hun taak, blijkt bovendien meer op het theoretische *mantra* van de orgaantheorie dan op ernstige analyse onder het huidige ondergeschiktheids criterium gestoeld. Dit wordt nu toegelicht.

b) ONAFHANKELIJKHEID VAN DE BESTUURSFUNCTIE: GEEN BELETSEL VOOR ARTIKEL 1384, LID 3 B.W.

454. Bestuurders zijn vaak onafhankelijk in hun taakuitoefening. Zij passen niet in de karikatuur van de aangestelde die gebukt gaat onder het juk van zijn meester. Maar dit is evengoed het geval voor heel wat moderne professionelen die binnen grote organisaties werken. Het hedendaagse aanstellingsbegrip houdt hiermee nu al rekening bij het bepalen van de vraag of de rechtspersoon buitencontractueel aansprakelijk is voor onrechtmatig gedrag van in zijn organisatie geïntegreerde hooggekwalificeerde en materieel zeer onafhankelijke professionelen. Het kan dit evengoed doen voor bestuurders. Zoals toegelicht is hiervoor meer dan genoeg plaats in zowel een tekstuele als een historische interpretatie van artikel 1384, lid 3 B.W.

Het is dan ook deels ten overvloede, dat hier als laatste stap in het betoog wordt vastgesteld dat het met de beweerd fundamentele niet-ondergeschiktheid van bestuurders in de meeste rechtspersoonsvormen nogal meevalt (of misschien beter: tegenvalt). Het *mantra* dat bestuurders geen aangestelden zijn, steunt in de beste traditie van de orgaantheorie eerder op deductief-theoretische uitspraken over de zogenaamd fundamentele eigenheid van organiek handelen – *sui generis* in hart en nieren – dan op een nuchtere analyse van de werkelijke situatie. De bestuurder *kan* voor de orgaantheorie geen ondergeschikte zijn omdat hij deel

heeft aan een uniek *suigenerisproces* waarbij de oorspronkelijke wilsuiting van de rechtspersoon tot stand komt:

“Comment les organes d’une personne morale seraient-ils subordonnés à une volonté qu’ils expriment?”.¹⁷⁴⁵

Aangezien organiek handelen het eigen handelen van de rechtspersoon is, is er puur deductief al geen plaats voor ondergeschiktheid bij dit handelen. Wie zou bestuurders wel op de vingers tikken als zij de wil van de rechtspersoon op rechtstreekse wijze vertolken? Als zij spreken, spreekt toch de rechtspersoon?

455. Maar ook op dit punt blijkt de gezwollen retoriek niet bestand tegen een functionele en pragmatische analyse. Gezag over een opdracht en toerekening van handelingen in uitvoering van die opdracht zijn twee verschillende zaken. De vraag of een persoon onder gezag van een ander werkt, staat los van de vraag of hij kan handelen op een wijze die rechtstreeks aan die ander wordt toegerekend. Er is ook op dit punt weinig bijzonders aan toerekening uit organiek optreden. Elke vertegenwoordiger verricht rechtshandelingen die rechtstreeks aan de principaal worden toegerekend alsof ze zijn eigen rechtshandelingen zijn. Zelfs de meest beperkte vertegenwoordigingopdrachten laten daarbij meestal een zekere speelruimte die door de vertegenwoordiger op het ogenblik van het ontstaan van de rechtshandeling wordt ingevuld (bijvoorbeeld omdat hij een prijsvork meekreeg). Op het ogenblik dat de vertegenwoordiger de rechtshandeling voltrekt, neemt hij *binnen de grenzen van zijn bevoegdheid* beslissingen waarvan de rechtsgevolgen, in de rechtshandeling geïncorporeerd, rechtstreeks aan de principaal worden toegerekend zonder dat die daar nog onderuit kan. Dit feit heeft geen invloed op de vraag of de principaal gezag heeft over de vertegenwoordiger, *zelfs niet voor wie dit gezagsbegrip zeer concreet en materieel zou willen invullen*. Heel wat werknemers hebben de bevoegdheid de werkgever binnen bepaalde grenzen te vertegenwoordigen. Dat bestuurders de rechtspersoon vertegenwoordigen heeft dan ook geen enkele relevantie voor de voorliggende vraag, zelfs niet als die vertegenwoordiging wat kleurrijker wordt omschreven als rechtspersoonlijke wilsvorming. Nog minder kan de theoretische constructie die de orgaantheorie is, de positiefrechtelijke vraag afblokken of bestuurders misschien aan de rechtspersoon ondergeschikt zijn in de betekenis die daaraan door de rechtspraak in het kader van artikel 1384, lid 3 B.W. wordt gegeven.¹⁷⁴⁶

¹⁷⁴⁵ P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 317.

¹⁷⁴⁶ Contra: B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, 538 (“Verder is het onverenigbaar met de notie orgaan, dat dit staat onder de leiding en toezicht van een ander orgaan”). Dit is duidelijk een argument dat vooral op abstracte deductie uit de juridische constructie (orgaantheorie) steunt. Het volstaat het orgaan van dagelijks bestuur in de NV voor ogen te halen om er de positiefrechtelijke relativiteit van in te zien.

456. Ontdaan van die ballast, blijkt het dan helemaal niet zo moeilijk te besluiten dat namens de rechtspersoon over het bestuursoptreden gezag kan worden uitgeoefend, zelfs als we dit gezagsbegrip vrij klassiek analyseren met verwijzing naar de mogelijkheid om op de activiteit van een ander gezag, leiding en toezicht uit te oefenen. Hiervoor is niet eens vereist uitgebreid in te gaan op de discussie over het al dan niet bestaan van een “instructierecht” van de vennoten, leden of aandeelhouders – uitgeoefend namens de rechtspersoon – aan diens bestuur. Deze discussie is in hoofdzaak – expliciet of impliciet – beperkt tot de NV en in mindere mate de BVBA.¹⁷⁴⁷ Voor doeleinden van de hier verdedigde stelling zijn er vier belangrijke lessen uit te trekken.

457. In de eerste plaats, is duidelijk dat er voor de wet van 6 maart 1973 eigenlijk weinig onenigheid kon bestaan over de vraag of in NV en BVBA namens de vennootschap over het bestuur gezag kon worden uitgeoefend. Zelfs de auteurs die beleidsmatig voor meer zelfstandigheid pleitten, erkenden doorgaans dat voor die wet de rechtspersoon, via de algemene vergadering, het bestuur instructies kon geven.¹⁷⁴⁸ RONSE neemt zelfs het woord *zeggenschap* in de mond¹⁷⁴⁹, een veelzeggende term die in Nederland net gebruikt wordt om de gezagsverhouding te benoemen. En inderdaad, het was in onze rechtstraditie zeer gebruikelijk de macht van de algemene vergadering over vennootschapszaken *absoluut* of *soeverein* te noemen.¹⁷⁵⁰ De algemene vergadering was de “*opperste macht*” in de vennootschap, waaraan het bestuur “*hiërarchisch onderworpen*” was.¹⁷⁵¹ De wetswijziging van 1973 expliciteerde dat het bestuur principieel volledig bevoegd was om te besturen, dus “*alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap, behoudens die waarvoor volgens de wet alleen de algemene vergadering bevoegd is*”. Niettemin werd – en wordt tot op de dag van vandaag – het wetsartikel dat de hoogste macht van de algemene vergadering uitdrukte, gehandhaafd.¹⁷⁵² Bovendien werd uitdrukkelijk voorzien dat de algemene vergadering via de statuten in het bestuur een veel grotere rol kon worden toebedeeld dan de uitdrukkelijk wettelijk omschreven bevoegdheden.¹⁷⁵³ Dit

¹⁷⁴⁷ Ze wordt onder meer behandeld bij: H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 337 e.v.; A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht*, 695 e.v.; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 747-748.

¹⁷⁴⁸ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 161; J. VAN RYN, *Principes*, I, 443.

¹⁷⁴⁹ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 161. Zie ook p. 162, voetnoot 1: “*dat de zeggenschap van de algemene vergadering in feite vaak niet met de werkelijkheid overeenstemt is algemeen bekend*”. Men is geneigd zoveel parallellisme met de oude aanstellingsrechtspraak te vervolledigen: *maar het zeggenschapsrecht volstaat om de aanstellingsverhouding te grondvesten*. Zie *supra* voetnoot 596.

¹⁷⁵⁰ Verslag PIRMEZ in J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873*, 120 (nr. 62); P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, 280.

¹⁷⁵¹ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 161.

¹⁷⁵² Toenmalig art. 70 Venn.W., huidig art. 266 W.Venn. (BVBA) en 531 W.Venn. (NV).

¹⁷⁵³ Art. 257, tweede lid W. Venn (BVBA) en art. 522 § 1, tweede lid W. Venn (NV). De afwijkende statutaire regeling is echter in beginsel niet tegenwerpelij aan derden.

brengt automatisch mee dat de algemene vergadering deze macht te allen tijde naar zich kan toehalen.¹⁷⁵⁴ Zo kan de algemene vergadering ook na 1973 het bestuur verplichten haar kwantitatief of kwalitatief omschreven bestuursaangelegenheden voor te leggen en haar beslissingen hieromtrent uit te voeren, indien de statuten dit voorzien.¹⁷⁵⁵ Als gevolg van verschuiving van het juridische zwaartepunt naar de raad van bestuur in 1973 enerzijds, en wijzigende opvattingen over de nood aan bestuursautonomie anderzijds, wordt vandaag wel verdedigd dat het bestuur *binnen de aldus door de wet en de statuten omschreven perken*, geen instructies te ontvangen heeft over bestuursbeslissingen.¹⁷⁵⁶ En zelfs dat wordt dan nog betwist.¹⁷⁵⁷ *Zelfs voor de NV* wordt dus snel duidelijk hoe abstract en theoretisch het was, toen in de jaren dertig en veertig van de 20e eeuw voor de orgaantheorie en tegen artikel 1384, lid 3 B.W. werd gekozen, te beweren dat dit de enige mogelijkheid was omdat bestuurders te zelfstandig waren om als aangestelden door het leven te gaan. Die zelfstandigheid bestond enkel in het gesloten theoretische systeem van de orgaantheorie, omdat wilsincarnatie door het bestuur als *eerste beweging* werd geconstrueerd. Niet in de Belgische positieve rechtsregels.

458. Ten tweede is het zelfs na de wet van 6 maart 1973, zelfs als de vraag wordt toegespitst op het bestuur van de NV, en zelfs als het instructierecht per hypothese wordt verworpen, nog steeds niet evident bestuurders uit de gezagsanalyse te sluiten. Het verweer van Hans DE WULF tegen pleidooien voor instructierecht is illustratief.¹⁷⁵⁸ Het klopt, zegt deze auteur, dat de algemene vergadering in het wettelijke systeem al heel wat *mogelijkheid* tot zeggenschap heeft, al wordt die zelden feitelijk uitgeoefend. Het klopt verder dat de algemene vergadering via de statuten deze zeggenschap nog kan uitbreiden. Maar de algemene vergadering moet het bestuur wel een kern van zelfstandige bestuursbevoegdheid laten, en binnen de bestuursbevoegdheid is er geen plaats voor *juridisch bindende* instructies *ad hoc*. Dit zijn rechtstreekse instructies over een concreet en specifiek geval.

¹⁷⁵⁴ Het feit dat de algemene vergadering hiervoor de procedure van statutenwijziging moet volgen, verandert niets aan deze vaststelling.

¹⁷⁵⁵ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 164. Frank HELLEMANS merkt op dat de statuten in wezen ook het wettelijke systeem, dat op dit punt suppletief is, kunnen omkeren en de residuaire bevoegdheid aan de algemene vergadering toekennen: F. HELLEMANS, *De algemene vergadering*, Kalmthout, Biblo, 2001, 683. Wel wordt in dat verband verdedigd dat de statutaire regeling het bestuur, naast de wettelijk voorbehouden bevoegdheden, een minimale kern van zelfstandige bestuursbevoegdheid moet laten: H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 340; F. HELLEMANS, *De algemene vergadering*, 683; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 166.

¹⁷⁵⁶ H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 337 e.v.; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 162.

¹⁷⁵⁷ T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 747-748.

¹⁷⁵⁸ H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 339. Voor de duidelijkheid: deze auteur bespreekt de vennootschapsrechtelijke vraag naar instructierecht van de algemene vergadering ten aanzien van het bestuur, niet het buitencontractuele leerstuk van ondergeschiktheid in de zin van art. 1384, lid 3 B.W.

Maar de algemene vergadering kan dan wel zijn afkeuring over de recalcitrante beslissing uitspreken, het voltallige bestuur *ad nutum* ontslaan, *décharge* weigeren en de *actio mandati* instellen.¹⁷⁵⁹ De redenering is hier toch wel zeer diep afgedaald in materiële interventies over inhoudelijke aspecten van de taakvervulling eer ze op een punt komt waar volgens *tegenstanders van het instructierecht* het bestuur het been stijf kan houden. En dan nog is onmiddellijk ontslag mogelijk.¹⁷⁶⁰ Dit begint sterk te lijken op het soort materiële en concrete gezagsuitoefening dat zelfs in een uitsluitend op ons huidig ondergeschiktheidsbegrip gestoelde benadering van aanstelling *niet eens vereist is*. Aanstelling is immers *de lege lata* al verenigbaar met een grote mate van zelfs juridische vrijheid bij de taakvervulling.¹⁷⁶¹ Van inmenging met de inhoud van het werk, laat staan van juridisch bindende instructies *ad hoc*, hoeft geen sprake te zijn. Kan dan het besluit anders luiden dan dat de rechtspersoon *de lege lata*, en zelfs met het jurisprudentiële ondergeschiktheids criterium, minstens vanuit formeel-juridisch oogpunt gezag over zijn bestuurder heeft? Zeker nu in België bovendien, met de prominente rol die referentieaandeelhouders hier historisch spelen, het bestaan van een zogenaamd *feitelijke instructiemacht* geen geheim is.¹⁷⁶² Als het voornaamste twistpunt omtrent instructierecht luidt of de algemene vergadering, binnen de grenzen van de bevoegdheid die zij via de statuten aan het bestuur laat, *juridisch bindende instructies ad hoc* kan geven over concrete dossiers, is duidelijk dat zelfs binnen het huidige ondergeschiktheids criterium de gezagsintensiteit vereist om van aanstelling te spreken ruimschoots wordt overschreden.

¹⁷⁵⁹ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, 162.

¹⁷⁶⁰ “Celui à qui ses pouvoirs peuvent être retirés d’un instant à l’autre est difficilement indépendant”, zie FLOUR reeds (over lastgeving in het algemeen): J. FLOUR, *Les rapports de commitment à préposé*, 234. Zie ook: H. DE WULF, *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 383 (afzetbaarheid van bestuurders *ad nutum* is functioneel vergelijkbaar met het instructierecht van de werkgever tegenover zijn werknemers).

¹⁷⁶¹ Zie *supra* p. 137 e.v. De Franse auteur QUIÉVY, die recent sterk voor het conceptuele belang van organieke incarnatie en tegen toepassing van begrippen uit het gemeen recht heeft gepleit, verliest dit uit het oog. Hij verdedigt het besluit dat bestuurders geen aangestelden zijn onder meer met verwijzing naar het feit dat de vennootschap het bestuur geen orders of instructies kan geven *die zouden toelaten de schade te voorkomen* (J.-F. QUIÉVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, 270). Art. 1384, lid 3 B.W. wordt hier opnieuw – ten onrechte – met de eigen fout van de aansteller in verband gebracht. Dan nog moet deze auteur om het argument te doen slagen, bepleiten dat de algemene vergadering geen enkele macht heeft om een dreigende onrechtmatige daad van het bestuur te voorkomen, wat op zich al niet overtuigt.

¹⁷⁶² Zie hierover: A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht*, 695-699. Men zou hiertegen kunnen aanvoeren dat deze feitelijke instructiemacht niet van de rechtspersoon uitgaat, optredend via de algemene vergadering. Wel van de individuele referentieaandeelhouder(s), vaak via informele overlegkanalen. Dit is echter geen bezwaar. De feitelijke instructiemacht steunt immers wel degelijk op lidmaatschap van de algemene vergadering. Het bestuur aanvaardt de feitelijke instructiemacht, omdat het bij een machtsstrijd met de referentieaandeelhouder voor de algemene vergadering de duimen zal moeten leggen en tot ontslag kan worden gedwongen.

459. Ten derde is de categorieke ontkenning van gezag namens de rechtspersoon over bestuurders uitgeoefend, nog moeilijker vol te houden naarmate ook minder strak geregelde rechtspersoonsvormen dan de NV in de analyse worden betrokken. Dit is vooral relevant omdat het net de orgaantheorie is die fundamenteel afhankelijk is van een constructie die, omdat ze via een theoretische redenering deductief uit rechtspersoonlijkheid worden afgeleid, uniform is voor alle rechtspersonen. Pleidooien voor bestuursautonomie en ontkenning van instructierechten, anderzijds, betreffen vooral de NV, en dan nog vooral open of publieke vennootschappen met minderheidsaandeelhouders.¹⁷⁶³ In de meeste andere rechtspersoonsvormen is de vrijheid om de bestuursbevoegdheid beperkter te omschrijven – en het bestuur dus nog nadrukkelijker onder gezag te plaatsen – nog groter.¹⁷⁶⁴ Nu is dit beeld niet eenduidig. Enerzijds zijn er rechtspersoonsvormen waarin de onafhankelijkheid van het bestuur structureel groter is, zoals de Comm.V.¹⁷⁶⁵ of de stichting.¹⁷⁶⁶ Anderzijds kan in rechtspersoonsvormen met grote contractsvrijheid, zoals de VOF, die vrijheid evengoed worden aangewend om het bestuur net onafhankelijker te maken. In de VOF kan via het vennootschapscontract een statutair zaakvoerder worden aangeduid die – zeker als hij vennoot is – quasi-onafzetbaar kan worden gemaakt en zeer ruime en autonome bestuursbevoegdheid kan krijgen.¹⁷⁶⁷ Commanditaire vennootschapsvormen, die aan de stille vennoten bovendien beperking van aansprakelijkheid bieden, worden wel eens voor deze doeleinden gebruikt. In individuele gevallen kan men hier op de grenzen stuiten van wat nog onder *traditionele* ondergeschiktheid kan worden gebracht, en wordt beroep op de eerder bepleitte *ruimere* aanstellingsbenadering, met meer nadruk op de functie binnen een organisatie, onvermijdelijk.¹⁷⁶⁸

460. Ten vierde wordt de puur theoretische aard van het argument dat rechtspersoonlijk gezag over bestuurders categoriek ontkent, nog duidelijker geïllustreerd indien ook andere bestuursniveaus worden bekeken. In heel wat rechtspersoonsvormen is het mogelijk het bestuur horizontaal te lagen, met naast een

¹⁷⁶³ H. DE WULF, *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, 383, voetnoot 1011: “de ‘zelfstandige bestuursbevoegdheid’ moet gezien worden als een impliciete structurele begrenzing van de meerderheidsmacht”.

¹⁷⁶⁴ B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 14.

¹⁷⁶⁵ Art. 207 § 1 W.Venn. Weliswaar slaat dit verbod slechts op externe bestuurshandelingen. Zie verder: F. HELLEMANS, *De algemene vergadering*, 92 e.v. Maar zie ook: J. RUYSEVELDT, *De gewone commanditaire vennootschap*, 136 en 144 (vennoten kunnen bindende beleidsinstructies geven).

¹⁷⁶⁶ Die geen leden of vennoten heeft: art. 27 VZW-wet.

¹⁷⁶⁷ Zie ook art. 33 W.Venn.

¹⁷⁶⁸ Ironisch genoeg is net voor deze meer “contractuele” vennootschapsvormen, waar het bestuur in concrete gevallen zeer autonoom kan zijn, de traditie om bestuurders (al dan niet vennoten) *institores* of *préposés* te noemen, in de oude bronnen het sterkst. Zie bijvoorbeeld: R. TROP-LONG, *Du contrat de société*, 246 (nr. 681), 281 (nr. 774), 286 (nr. 792), 291 (nr. 809), 294-295 (nr. 823), 296 (nr. 825). Zie ook *supra* voetnoten 778 en 779.

primair bestuursniveau ook secundaire bestuursniveau's.¹⁷⁶⁹ Het typevoorbeeld is de NV, waar naast de raad van bestuur een directiecomité (art. 524bis W.Venn.) én een orgaan van dagelijks bestuur kan bestaan (art. 525 W.Venn.). Hoewel ook hier concrete statutaire regelingen anders kunnen bepalen, zal het primaire bestuursorgaan in principe namens de rechtspersoon gezag, en vaak zelfs zeer concreet leiding en toezicht kunnen uitoefenen over de secundaire bestuursniveau's.¹⁷⁷⁰ Ondergeschiktheid is hier nog minder problematisch dan voor de raad van bestuur zelf. Dit wordt zelfs in recente cassatierechtspraak met zoveel woorden erkend.¹⁷⁷¹ Opnieuw is dit een probleem voor de orgaantheorie, omdat die sterk afhankelijk is van abstracte deducties die voor alle organen van alle rechtspersonen gelden. Ondergeschiktheid is voor de orgaantheorie *conceptueel-theoretisch* onmogelijk: leden van bestuursorganen *kunnen, mogen* geen aangestelden zijn.¹⁷⁷² Maar een analyse van de werkelijke situatie maakt snel duidelijk dat ook op dit punt de positieve stof de wacht aanzet aan de orgaantheoretische constructie.

B. Blijvende steun in hedendaagse bronnen: traditie nooit volledig verdwenen

461. Bestuurders passen dus goed in een niet eens zo radicale – neoklassieke – lezing van artikel 1384, lid 3 B.W. En hoewel dit standpunt in de huidige stand van de Belgische rechtspraak en rechtsleer duidelijk niet prominent is, valt het op dat de traditie nooit volledig teloor ging, en hier en daar zelfs tekenen van een renaissance opduiken.

¹⁷⁶⁹ In een aantal gevallen is dit voorzien door de wet (bijvoorbeeld NV, Comm. VA, VZW), in andere gevallen behoort dit tot de contractsvrijheid (VOF, CV, Comm.V.; *contra*: B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 538-539 en verwijzingen). Voor de BVBA kan discussie bestaan over de vraag of de wet dit impliciet uitsluit (B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 537).

¹⁷⁷⁰ Over de discussies hieromtrent specifiek wat betreft het directiecomité van de NV, zie: A. FRANÇOIS, "Tweestrijd omtrent het directiecomité" in X (ed.), *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, 445 e.v.; J.-M. NELISSEN GRADE, "Les aménagements statutaires et contractuels", 132 e.v. Hierbij is op te merken dat de vraag of het directiecomité (als niet in een uitdrukkelijke regeling werd voorzien) *exclusief* dan wel *concurrent* bevoegd is in zijn verhouding tot de raad van bestuur, voor de hier behandelde vraag eerder van semantische aard is, als hoe dan ook algemeen wordt aanvaard dat de raad van bestuur de "overgedragen" bevoegdheden steeds geheel of gedeeltelijk kan terugnemen om ze zelf uit te oefenen.

¹⁷⁷¹ Cass. 29 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1055: "dat de omstandigheid dat iemand gelast is met de dagelijkse leiding van de rechtspersoon, niet uitsluit dat hij ter zake optreedt als aangestelde" (onderstreping toegevoegd). Daarnaast is er natuurlijk de vaste rechtspraak die aanvaardt dat het dagelijks bestuur onder een arbeidsovereenkomst wordt uitgeoefend: Cass. 22 januari 1981, *Pas.* 1981, I, 543; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, "Overzicht van rechtspraak: Vennootschappen 1992-1998", *T.P.R.* 2000, 276-277. Kritisch over deze rechtspraak: P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, "Examen de jurisprudence (1979-1990): les sociétés commerciales (suite)", *R.C.J.B.* 1993, 751-752.

¹⁷⁷² Zie bijvoorbeeld de uitspraken van TILLEMANN en COULOMBEL *supra* voetnoten 1745 en 1746.

462. Rechterlijke beslissingen waarin bestuurders als aangestelden worden benaderd, zijn nooit volledig van de radar verdwenen.

In ons land overwoog het Hof van Cassatie in een arrest van 29 april 2003 dat artikel 1384, lid 3 B.W. ondergeschiktheid veronderstelt, “*dit wil zeggen dat de aangestelde onder het gezag en het toezicht van de aansteller handelt*” en dat “*de omstandigheid dat iemand gelast is met de dagelijkse leiding van de rechtspersoon, niet uitsluit dat hij ter zake optreedt als aangestelde*”.¹⁷⁷³ In wezen vloeit dit al voort uit de rechtspraak die aanvaardt dat de functie van orgaan van dagelijks bestuur het voorwerp van een arbeidsovereenkomst kan uitmaken.¹⁷⁷⁴ Aan de andere kant, besliste het Grondwettelijk Hof in een recent arrest onder meer dat onze gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel niet schenden, ook al laten zij toe dat bestuurders jegens derden en jegens de rechtspersoon volledig aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad, daar waar werknemers (art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978) en ambtenaren (art. 2 van de wet van 10 februari 2003) slechts aansprakelijk zijn voor bedrog, zware fout of gewoonlijk voorkomende lichte fout.¹⁷⁷⁵ Op dit punt is het arrest zeer summier. Het steunt echter duidelijk op het argument dat de afwezigheid van gezagsverhouding in het geval van bestuurders een objectieve en redelijke verantwoording biedt voor het verschil in behandeling met werknemers en overheids-personeel op het vlak van de aansprakelijkheidsbeperking.¹⁷⁷⁶ Maar behalve dat de afwezigheid van gezag tussen rechtspersoon en bestuurders de meest verspreide opvatting is, valt uit deze grondwettelijke gelijkheidstoets privaatrechtelijk niet al te veel uit af te leiden. Niet enkel omdat het wellicht niet de bedoeling was, en de draagwijdte van de gelijkheidstoets evenmin toelaat, af te wijken van het vaste standpunt dat minstens met het *orgaan van dagelijks bestuur* – ook bestuurder in de zin waarin het Grondwettelijk Hof de term gebruikt¹⁷⁷⁷ – *wel* een ondergeschiktheidsverhouding kan bestaan. Maar ook omdat privaatrechtelijk dit verband tussen gezagsverhouding en immuniteit niet evident is. Het algemene

¹⁷⁷³ Cass. 29 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1055. Men moet steeds opletten geen zinsnedes uit cassatiearresten uit hun context te lichten en als rechtsregel te presenteren. Toch is hier de vraag of deze formulering kans zou hebben gemaakt in de jaren na W.O. II toen de cassatierechtspraak het meest nadrukkelijk aansluiting zocht bij de orgaantheorie en aanstelling principieel van de tafel veegde. Zie bijvoorbeeld Cass. 7 september 1950, *Pas.* 1950, I, 846, waarin eiser net had opgeworpen dat een gedelegeerd bestuurder onder toezicht stond van de raad van bestuur en dus aangestelde was, en het Hof dit kordaat afwimpelde met de vertrouwde stelling dat hij orgaan was en dus geen aangestelde kon zijn. Hierin werd doorgaans gelezen dat de rechtspersoon ook voor het orgaan van dagelijks bestuur rechtstreeks aansprakelijk was via de orgaantheorie en *dus niet* via aanstelling (J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 426-427). Het arrest van 29 april 2003, zo het er al niet tegenin gaat, brengt hier minstens een nuance bij aan.

¹⁷⁷⁴ Zie *supra* voetnoot 1771.

¹⁷⁷⁵ GwH 4 maart 2008, 36/2008.

¹⁷⁷⁶ Zie punt B.14.2 van het arrest op pagina 15.

¹⁷⁷⁷ Het Hof spreekt afwisselend van “vennootschapsorganen” en “bestuurders.”

aanstellingsbegrip van artikel 1384, lid 3 B.W.¹⁷⁷⁸ steunt jurisprudentieel nu net ook op de gezagsverhouding, terwijl de aangestelde *niettemin* volgens het gemeen recht voor zijn gewone fout aansprakelijk is. De gedeeltelijke immuniteit is een afwijking specifiek voor werknemers (in 2003 uitgebreid tot overheidspersoneel), niet voor aangestelden in het algemeen.¹⁷⁷⁹

In Frankrijk wordt nog regelmatig verwezen naar een cassatiearrest van 27 mei 1986, waarin werd beslist dat “*la qualité de mandataire ainsi attribuée à certains organes dirigeants d’une société n’est pas nécessairement exclusive de celle de préposé*”.¹⁷⁸⁰ In Nederland besliste de Hoge Raad in de zaak Shell/Van Dooren dat “*een bestuurder van een besloten vennootschap voor de toepassing van art. 1403 lid 3 B.W. als ondergeschikte van die vennootschap moet worden aangemerkt*”.¹⁷⁸¹ De Nederlandse situatie is bovendien specifiek, aangezien er zonder veel moeite erkend wordt dat bestuurders een arbeidsovereenkomst kunnen hebben met de rechtspersoon die ze besturen.¹⁷⁸² In dat geval heeft de rechtspersoon over zijn bestuurders hoe dan ook “*formele zeggenschap*” en staat de kwalificatie als ondergeschikte buiten kijf.¹⁷⁸³ Maar uit het geciteerde arrest blijkt dat, zelfs waar werknemerschap in de zin van het arbeidsrecht ontbreekt, ondergeschiktheid in de zin van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht de regel zal zijn.¹⁷⁸⁴

463. Ook in de *rechtsleer* is bestuur als aanstelling nooit helemaal verdwenen. In Nederland heeft het standaardwerk van ASSER-VAN DER GRINTEN-MAEIJER zich bij de *Shell*-rechtspraak aangesloten.¹⁷⁸⁵ Terecht zien deze auteurs in dat de

¹⁷⁷⁸ Het aangesteldenbegrip is ruimer dan het werknemersbegrip. Zie *supra* p. 137.

¹⁷⁷⁹ Recent nog zeer duidelijk: Cass. 29 juni 2009, *J.T.T.* 2009, 343, concl. J.-M. GENICOT.

¹⁷⁸⁰ Fr. Cass. 27 mei 1986, *Bull. Civ.*, I, nr. 134.

¹⁷⁸¹ H.R. 4 november 1988, *Ned. Jur.* 1989, 244. Art. 1403 lid 3 van het oude Nederlandse B.W. bevatte het equivalent van ons art. 1384, lid 3 B.W.

¹⁷⁸² C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 43.

¹⁷⁸³ R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, 191.

¹⁷⁸⁴ R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, 192. Zie ook: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 56.

¹⁷⁸⁵ C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 115. De auteurs lijken uitzondering te maken voor de bestuurders die niet in “betekenende mate”, dit wil zeggen slechts “incidenteel” voor de rechtspersoon werkzaam zijn (terecht anders – en dus ruimer – op dit punt: F. OLDENHUIS, *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad van anderen*, 47). Vermoedelijk wordt hiermee bedoeld op externe bestuurders in grote vennootschappen wiens rol zich in normale omstandigheden beperkt tot het bijwonen van (enkele) vergaderingen van de raad van bestuur. Het lijkt nochtans verkeerd hierin een principieel bezwaar tegen aanstelling te zien (omdat het sporadisch of zelfs incidenteel karakter van de bediening geen bezwaar vormt). Dat de hypothese doet twijfelen, heeft meer te maken met het feit dat dit type bestuurder weinig onrechtmatige daden “binnen de bediening” zal stellen waarvoor zijn individuele kwalificatie als aangestelde veel verschil zou maken. Ons mentale model van aanstelling leidt té snel tot de vrees dat aanstelling aanvaarden meteen de sluis openzet voor aansprakelijkheid voor allerlei onrechtmatige daden die met de bediening weinig verband vertonen. Dit is ook zo, in de huidige rechtspraak, voor voltijdse opdrachten, vooral bij werknemers, omdat de aangestelde simpelweg een groot deel van zijn wakkere tijd met zijn functie bezig is. Maar voor

“dienstbaarheid van de bestuurder aan de rechtspersoon (...) een duidelijke verwantschap heeft met de dienstbaarheid van ondergeschikten”.¹⁷⁸⁶ De grondslagen die doorgaans aan de aanstellersaansprakelijkheid worden gegeven, zoals “*profijt, vereenzelviging, instrument gelden voor bestuurders van een rechtspersoon niet minder dan voor ondergeschikten*”.¹⁷⁸⁷ Voor doeleinden van de aanstellersaansprakelijkheid, luidt het besluit dan ook dat “*de professionele bestuurders van een rechtspersoon dienen (...) te worden beschouwd als ondergeschikten van de rechtspersoon*”.¹⁷⁸⁸ Mede hierdoor is het onderscheid orgaan-aangestelde in Nederland nooit uitgegroeid tot de *summa divisio* die er in België in wordt gelezen, en is het belang van deze vraag minder groot. Coëxistentie van de verschillende aansprakelijkheidsgronden doordat de dader verschillende hoedanigheden cumuleert, is geen probleem.¹⁷⁸⁹ Sinds de invoering van aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikte hulppersonen (art. 6:171 N.B.W.) en vertegenwoordigers (art. 6:172 N.B.W.) enerzijds, en de Babelrechtspraak over aansprakelijkheid voor gedragingen die in het maatschappelijke verkeer te gelden hebben als gedragingen van de rechtspersoon anderzijds, begint het zelfs een beetje op *l’embarras du choix* te lijken.

Ook in Frankrijk lijkt de rechtsleer zich steeds vaker vragen te stellen bij het gangbare orgaantheoretische postulaat dat de rechtspersoon (enkel) uit eigen daad (art. 1382) aansprakelijk is voor bestuursoptreden.¹⁷⁹⁰ VINEY en JOURDAIN noemen het “*tout à fait théorique et même fictive*”.¹⁷⁹¹ Zij zien overigens het aansprakelijkheidsregime voor organen en voor aangestelden, ondanks de theoretische tweespalt, in de praktijk meer en meer naar mekaar toegroeien.¹⁷⁹² Aurélie BALLOT-LÉNA onderschrijft dit standpunt en is van oordeel dat “*l’assouplissement qu’a connu la notion de préposé permettrait, selon nous, de qualifier le dirigeant de*

veel beperktere aanstellingen, is de grens van de bediening niet noodzakelijk tandenloos. Als een universiteitsprofessor onafhankelijk bestuurder is in een genoteerde vennootschap, is het niet nodig aanstelling te ontkennen om aansprakelijkheid te vermijden voor onrechtmatige daden die de betrokkene in zijn les zou begaan. Het volstaat vast te stellen dat die met de bestuursopdracht niet het vereiste verband houden.

¹⁷⁸⁶ C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 115.

¹⁷⁸⁷ C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 115.

¹⁷⁸⁸ C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 115. Over de nuance vervat in de kwalificatie “professioneel”, zie *supra* voetnoot 1785 en de ruimere opvatting van F. OLDENHUIS, *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad van anderen*, 47.

¹⁷⁸⁹ C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 116; J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 97 en 217-218.

¹⁷⁹⁰ A. BALLOT-LÉNA, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, Parijs, L.G.D.J., 2008, 316; J.-C. PAGNUCCO, *L’action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, 139-140; B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, *Obligations. I. Responsabilité délictuelle*, 5e uitgave, Parijs, Litec, 1996, 190-191; G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 915 en 1073-1074.

¹⁷⁹¹ G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 915.

¹⁷⁹² G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 1074.

prépose".¹⁷⁹³ Anderen zijn akkoord dat de buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen voor bestuursoptreden beter via het mechanisme van artikel 1384 B.W. dan via de orgaantheorie is te benaderen, maar zien dit eerder lopen via het nieuw ontdekte eerste lid.¹⁷⁹⁴

464. In de (recente) Belgische rechtsleer is dit standpunt nog niet met zoveel woorden verdedigd. Toch lijkt het toegelaten te denken dat er evolutie is. De rechtspraak over de uitoefening van dagelijks bestuur onder arbeidsovereenkomst, bracht er FORIERS toe uitdrukkelijk aan te merken dat "*ni la qualité de mandataire ni celle d'organe ne sont exclusives d'un lien de préposition*".¹⁷⁹⁵ Hans DEWULF van zijn kant, heeft voorzien dat wat in België voor orgaantheorie door gaat "*bij licht bekeken*" sterk op artikel 1384, lid 3 B.W. lijkt¹⁷⁹⁶, en er "*eigenlijk slechts een variante*" van is.¹⁷⁹⁷ En hoewel deze auteur *in fine* toch aan de traditionele *summa divisio* van de orgaantheorie lijkt vast te houden¹⁷⁹⁸, is deze steun weinig enthousiast.¹⁷⁹⁹ Volgens Joeri VANANROYE is het niet uitgesloten dat "*een vennoot of zaakvoerder zelfs in zijn bestuurstaak in een band van ondergeschiktheid staat ten aanzien van de vennootschap. Dit zou eventueel tot een aan de orgaantheorie equivalente oplossing kunnen leiden*".¹⁸⁰⁰ Deze uitspraak heeft wel-

¹⁷⁹³ A. BALLOT-LÉNA, *La responsabilité civile en droit des affaires*, 316 (en voetnoot 344). Zie reeds: B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, 265-266. Vergelijk ook (maar vooral wat betreft de gedeeltelijke buitencontractuele immuniteit die in Frankrijk zowel voor aangestelde als bestuurder geldt): P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, 236-240.

¹⁷⁹⁴ J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, 139.

¹⁷⁹⁵ P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 174. Zie ook in dezelfde zin: X. DIEUX, "La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers: une révolution de velours", 240 (voetnoot 40). *Contra*, ten onrechte, D. PHILIPPE en G. GATHEM, "A quelles conditions le dirigeant peut-il engager sa responsabilité aquilienne personnelle à l'égard des tiers? Les pièges de l'article 1382 du Code Civil", 105 (voetnoot 46).

¹⁷⁹⁶ H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 156.

¹⁷⁹⁷ H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 160.

¹⁷⁹⁸ H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 108, 110, 152 en 160-161.

¹⁷⁹⁹ H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 120 ("*niet altijd wenselijk*"), 153 ("*kunstmatig*") en 157 ("*interne contradictie*"). In eerder werk had DE WULF GIERKE ook al aangemerkt als "*wat mij betreft, 'schuldige'*" aan de uitvinding van de orgaantheorie: H. DE WULF, "Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders", 537. Zie ook *supra* p. 404 e.v. omtrent het feit dat DE WULF in feite de orgaantheorie *à la belge*, die zoals hier wordt betoogd in feite op onrechtstreekse aansprakelijkheid in de zin van art. 1384, lid 3 B.W. neer komt, verdedigt tegen het pleidooi van VANANROYE voor een daadwerkelijk rechtstreekse aansprakelijkheid (met name op basis van het uit Nederland geïmporteerde criterium van de verkeersopvattingen).

¹⁸⁰⁰ J. VANANROYE, "Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap", 271.

is waar betrekking op de maatschap (zonder rechtspersoonlijkheid). Nadien heeft deze auteur uit onvrede met de orgaantheorie voor de vlucht vooruit gekozen en toerekening op grond van verkeersopvattingen bepleit.¹⁸⁰¹ Maar aan de hier geciteerde uitspraak mag worden herinnerd, omdat het bestuur in vennootschappen met rechtspersoonlijkheid niet noodzakelijk onafhankelijker is dan in de maatschap.

Tot slot heeft Jan RONSE, in een aantal ietwat weggedoken paragrafen van zijn *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, duidelijk met de vraag geworsteld. Deze steeds pragmatische auteur werd duidelijk wat ongemakkelijk toe hij vanuit *la rigueur des principes* van de orgaantheorie moest besluiten dat bij collegiale bestuursorganen, de rechtspersoon niet buitencontractueel aansprakelijk was voor de onrechtmatige daad van een individueel handelende bestuurder omdat die noch orgaan, noch aangestelde is.¹⁸⁰² RONSE lijkt plots te beseffen dat hierdoor een wel erg brede kier ontstond in de aansprakelijkheidsdekking. Handelingen die, hoewel duidelijk in verband met de functie en voor rekening van de vennootschap, slechts onrechtmatig waren in hoofde van één of meerdere individuele bestuurders maar niet van een formeel (collegiaal) orgaan, vallen tussen de plooiën. “Aan deze mogelijkheid is niet voldoende aandacht besteed”, zegt hij.¹⁸⁰³ Door de orgaantheorie misschien niet, maar de oudere aanstellingsbenadering heeft er weinig moeite mee. Heel voorzichtig waagt RONSE zich op deze weg: “de hoedanigheid van orgaan is op zich zelf niet zo onverenigbaar met die van aangestelde als soms gezegd wordt”.¹⁸⁰⁴ Vervolgens zoekt hij het in de occasionele en feitelijke verhouding van ondergeschiktheid die tussen een bestuurder en de raad van bestuur als college kan bestaan, zelfs als deze laatste het gezag dat hem rehtens toekomt niet in feite uitoefent.¹⁸⁰⁵ De omweg via occasionele en feitelijke ondergeschiktheid van individuele bestuurders ten aanzien van de raad van bestuur als geheel is, naar de letter genomen, weinig vruchtbaar. De redenering breekt hier dan ook nogal abrupt af. Maar in wezen lijkt RONSE hier niet vijandig ten opzichte van de idee van *formeel-juridische* ondergeschiktheid van de bestuurder ten aanzien van de rechtspersoon-opdrachtgever. Minstens is duidelijk dat de eminente vennootschapsjurist de tekortkoming van de orgaantheorie aanvoelt en de idee dat bestuurders aangestelden kunnen zijn, niet langer categoriek uitsluit.

465. Zeer interessant, tot slot, is dat ook het zeer recente Ontwerp Gemeenschappelijk Referentiekader voor Europees privaatrecht (OGRK) aansprakelijkheid voor het handelen van bestuurders van rechtspersonen uitdrukkelijk als een

¹⁸⁰¹ Zie *infra* p. 511 e.v.

¹⁸⁰² J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 428.

¹⁸⁰³ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 429.

¹⁸⁰⁴ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 429.

¹⁸⁰⁵ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 429-430.

geval van aansprakelijkheid voor andermans daad benadert.¹⁸⁰⁶ De orgaantheorie wordt dus ook daar begraven.¹⁸⁰⁷

6.4. BESLUIT: TIJD VOOR HERONTDEKKING

466. Bestuurders als aangestelden van de rechtspersoon kwalificeren, blijkt een stuk makkelijker dan onder invloed van de orgaantheorie wordt beweerd. Niet enkel vanuit historisch oogpunt. Ook in een moderne lezing van artikel 1384, lid 3 B.W. passen bestuurders verrassend vlot. Rechtsvergelijkend is ondergeschiktheid *stricto sensu* hoe dan ook op de terugweg. Zelfs als het ondergeschiktheids criterium formeel behouden blijft, raakt het inhoudelijk steeds meer gedenatureerd. Gewijzigde samenwerkingsvormen binnen steeds complexere organisaties eisen een andere invulling van ondergeschiktheid. In ons land wordt die evolutie minder met naam genoemd. Maar het potentieel zit al vervat in de tekst van artikel 1384, lid 3 B.W. zelf. Van opzet is dit wetsartikel steeds ruimer geweest dan ondergeschiktheid *stricto sensu*. Het neemt de woorden “gezag” of “ondergeschiktheid” zelfs niet in de mond. En zelfs de huidige jurisprudentiële nadruk op ondergeschiktheid – en ondanks enige verwarring hierover – belet niet dat relaties die enkel formeel-juridisch een gezagsverhouding kunnen worden genoemd, als algemene regel onder aanstelling vallen. Onder de oppervlakte is de benadering pluralistischer dan het unitaire ondergeschiktheids criterium kan doen denken. *Aanstelling in een bediening* nodigt daar ook toe uit. Zo ontstaat een *neoklassieke* interpretatie van artikel 1384, lid 3 B.W., die het oorspronkelijke opzet, de tekst van de wet, en de moderne evoluties combineert.

Op grond van die bevindingen, viel vooral op hoe *klein* het probleem voor rechtspersoonlijke bestuurders wel is. In een neoklassieke lezing van artikel 1384, lid 3 B.W. voelen zij zich wonderwel thuis. Zij zijn door en voor de rechtspersoon *aangesteld in een bediening* in de werkelijke betekenis van het woord. De onafhankelijkheid die zij vaak hebben bij hun taakuitoefening, staat hier niet aan in de weg. Stilaan lijkt dit besef in hedendaagse bronnen opnieuw veld te winnen. Terecht. Bestuurders mogen als aangestelden van de rechtspersoon in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. worden gekwalificeerd.

¹⁸⁰⁶ Zie art. VI-3:201 en de commentaarsectie in C. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law. Draft common frame of reference (DCFR): Full edition*, Munchen, Selier, 2009, IV, 3453-3459. De bedoeling daarbij is uitdrukkelijk het in sommige rechtstelsels moeilijke onderscheid tussen ondergeschikten en andere vertegenwoordigers kort te sluiten: p. 3459.

¹⁸⁰⁷ Daarnaast, evenwel, lijkt het OGRK ook *eigen, rechtstreekse* foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon te aanvaarden, maar dan zonder orgaantheorie: zie art. VI-1:103 (b) en de commentaar hierbij in C. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law. Draft common frame of reference (DCFR): Full edition*, IV, 3114-3115. Zie hierover ook *infra* voetnoot 1945.

7. BESLUIT VAN HOOFDSTUK 2

467. In dit hoofdstuk werd de orgaantheorie als juridische grondslag voor buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen naar aanleiding van foutief bestuursoptreden getoetst. Dit is het domein waarin zij de meest herkenbare en door het Hof van Cassatie midden 20e eeuw ogenschijnlijk bekrachtigde aanspraak maakt: de rechtspersoon is voor de schade die zijn bestuurders foutief veroorzaken aansprakelijk voor eigen fout op grond van artikel 1382-1383 B.W., en niet op grond van de aanstellersaansprakelijkheid van artikel 1384, lid 3 B.W. Dit past naadloos in het ruimere theoretische verhaal dat de orgaantheorie optrekt.

De idee dat de rechtspersoon zelf een fout begaat als zijn bestuurders een fout begaan, is naar moderne maatstaven duidelijk een juridische constructie. Zij wordt niet afdoende gegrondvest door een juridische eenheid tussen de rechtspersoon en zijn organen als *petitio principii* te postuleren.¹⁸⁰⁸ Zij moet inductief kunnen worden geabstraheerd uit de postieve rechtsstof, en daarbij een meerwaarde bieden op het vlak van beschrijving en verklaring, coherentie, doelmatigheid van de resultaten, en elegantie. Volgens de methode die in dit onderzoek wordt gevolgd, werd dit onderzocht aan de hand van een vergelijking met de meest eenvoudige oplossing van gemeen recht waarop de orgaantheorie beweert een verbetering te zijn: artikel 1384, lid 3 B.W. Eerder bleek immers al dat noch de contractuele kwalificatie van bestuurders als *lasthebbers*, noch het feit dat zij de rechtspersoon in de uitvoering van die lastgevingsopdracht voor rechtshandelingen *vertegenwoordigen*, vanuit gemeenrechtelijk oogpunt bezwaar oplevert om de rechtspersoon voor hun foutief optreden aansprakelijk te houden, indien zij als *aangestelden* in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. zouden kunnen worden gekwalificeerd.¹⁸⁰⁹

In dit hoofdstuk, werd dan eerst vastgesteld dat aanstellersaansprakelijkheid *prima facie* goed toegerust lijkt om aansprakelijkheid van de rechtspersoon adequaat te grondvesten.¹⁸¹⁰ Tot groot verschil met het Duitse recht waaraan de orgaantheorie ontsproot, bevat de betrokken wetsbepaling immers *objectieve* aansprakelijkheid voor de daad van een ander. De aansteller ontleent geen verweer aan zijn eigen onschuld. Ook het concrete regime van aanstellersaansprakelijkheid lijkt op eerste gezicht goed compatibel met het op te lossen probleem. Op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. zou de onrechtmatige daad van de bestuurder die een objectief en feitelijk verband vertoont met zijn bestuursfunctie, tot integrale schadevergoedingsplicht bij de rechtspersoon leiden. De bestuurder zelf, blijft door het slachtoffer van zijn daad aanspreekbaar. En de rechtspersoon kan op zijn bestuurders verhaal halen voor de schade waartoe hij als gevolg van hun onrechtmatige daad zou worden veroordeeld. De orgaantheorie, zo bleek vervolgens, volgt in

¹⁸⁰⁸ Zie *supra* p. 63 e.v.

¹⁸⁰⁹ Dit werd uitgebreid behandeld in Deel 2, *supra*, p. 71 e.v.

¹⁸¹⁰ Zie *supra* p. 332 e.v.

wezen hetzelfde stramien.¹⁸¹¹ Voor haar waarde als juridische constructie is deze vaststelling *op zich al* problematisch.¹⁸¹² Maar nog veel erger is dat die gelijkenis in belangrijke mate volgt uit miskennen van de eigen logica van de orgaantheorie, ten voordele van de logica van artikel 1384, lid 3 B.W. Dit werd vastgesteld voor het orgaanvereiste¹⁸¹³, het verband tussen daad en functie¹⁸¹⁴, de persoonlijke aansprakelijkheid jegens derden¹⁸¹⁵ en het interne verhaal.¹⁸¹⁶ De beschrijvende en verklarende waarde van de orgaantheorie, is op al deze punten dus verrassend klein. Bovendien was dit geen toeval. Vaak zou het alternatief moeilijk werkbaar of inopportuun zijn. Met persoonlijke immuniteit jegens derden, zou zelfs een openlijk conflict ontstaan met één van de meest fundamentele regels van privaatrecht: artikel 1382-1383 B.W. Het resultaat is dat het buitencontractuele aansprakelijkheidsregime bij foutief bestuursoptreden in zijn concrete oplossingen meer op een slechte imitatie van aanstellersaansprakelijkheid dan op orgaantheorie lijkt. Zelfs in dit traditionele koninginnenstuk staat de orgaantheorie als juridische constructie dus verbazend zwak. Dit vond extra illustratie in twee aanpalende domeinen, waar het buitencontractuele onderscheid tussen organen en aangestelden wel werd gebruikt, maar met opvallend weinig succes qua doelmatigheid en opportuniteit van de daardoor geïnspireerde oplossingen: de burgerlijke vordering uit misdrijf, en de vordering tot staking bij inbreuk op de W.H.P.C.¹⁸¹⁷

Dit falen van de orgaantheorie leidde in het laatste deel van dit hoofdstuk tot een evidente vraag.¹⁸¹⁸ Zou de rechtsdogmatiek niet coherenter worden als bestuurders vanuit buitencontractueel oogpunt gewoon aangestelden van de rechtspersoon werden genoemd? Het lijkt de eenvoudigste verklaring. Eerder bleek het bovendien historisch goed verdedigbaar.¹⁸¹⁹ Receptie van de orgaantheorie steunde in historisch opzicht meer op abstracte theorievorming dan op positiefrechtelijke problemen met de aanstellingskwalificatie. Nu de theorie pluimen laat, mag die keuze met onbevangen blik worden herbekeken. Dan bleek al snel dat bestuurders ook in een moderne interpretatie van artikel 1384, lid 3 B.W. zeer goed passen. In het ruimere aanstellingsleerstuk is ondergeschiktheid *stricto sensu* duidelijk op de terugweg. In ons land strookt dit bovendien goed met de tekst en de historiek van artikel 1384, lid 3 B.W. Zelfs in de huidige rechtspraak volstaat als algemene regel ondergeschiktheid die sterk *formeel-juridisch* van aard is. Onderliggend lijkt het pluralisme dat *aanstelling in een bediening* als enig wetelijk criterium in zich draagt, nooit helemaal verdwenen. Voor bestuurders van

¹⁸¹¹ Zie *supra* p. 358 e.v.

¹⁸¹² Zie *supra* p. 370 e.v.

¹⁸¹³ Zie *supra* p. 372 e.v.

¹⁸¹⁴ Zie *supra* p. 381 e.v.

¹⁸¹⁵ Zie *supra* p. 387 e.v.

¹⁸¹⁶ Zie *supra* p. 402 e.v.

¹⁸¹⁷ Zie *supra* p. 409 e.v.

¹⁸¹⁸ Zie *supra* p. 418 e.v.

¹⁸¹⁹ Zie *supra* p. 333 e.v.

rechtspersonen, stellen zich dan ook weinig problemen. Zij zijn aangesteld in een bediening door en voor de rechtspersoon. Hun eventuele onafhankelijkheid staat hieraan niet in de weg. Dit besef lijkt ook in bepaalde rechtsgeleerde commentaren en zelfs rechterlijke uitspraken voorzichtig opnieuw door te dringen.

468. Hiermee is voor schadeverwekkend handelen van mensen die de rechtspersoonlijke activiteit in het maatschappelijke verkeer (mee) vorm geven, de kiem van een evenwichtiger en coherenter aansprakelijkheidsregime gelegd. Van hoog tot laag kan dit dezelfde principes volgen. Het is voor buitencontractuele aansprakelijkheid niet nuttig een scherpe en theoretisch fundamentele breuklijn te trekken op het ogenblik dat het gedrag waarbij wordt aangeknoopt zich op bestuursniveau afspeelt. Zeker niet als dit via een in alle rechtsmateries uniform orgaanbegrip sterk formeel-juridisch moet worden ingekleurd. De orgaantheorie heeft een dogmatische en monistische “bedrijfscultuur” die bijzonder slecht strookt met de pluralistische, feitelijk georiënteerde en diverse benadering die het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht kenmerkt. Het contractenrecht vertrekt van de rechtshandeling van de actor. Maar het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht vertrekt van de schade van het slachtoffer, en zoekt dan aanknopingspunten op basis van feiten die meestal op verschillende wijze kunnen worden voorgesteld, en in verschillende aansprakelijkheidsbepalingen passen. Voor toerekening van rechtshandelingen merkte RONSE al terecht op dat “*vertegenwoordiging krachtens volmacht (...) in de praktijk vaak belangrijker [is] dan organieke vertegenwoordiging*”.¹⁸²⁰ Hetzelfde geldt voor buitencontractuele aansprakelijkheid, en in de aansprakelijkheidspraktijk voor *rechtspersonen van privaatrecht* is dit al langer duidelijk. Misschien was de voornaamste bijdrage van de orgaantheorie dat zij *eventuele* existentiële twijfel over het *principe zelf* dat rechtspersonen buitencontractueel aansprakelijk kunnen zijn, heeft helpen verjagen¹⁸²¹ en toeliet dat de aansprakelijkheidsaanknopning onderliggend gewoon volgens de gekende stramien doorging. Het beeld dat hieruit vandaag naar voren komt is een feitelijk en pluralistisch systeem van hoofdzakelijk objectieve aansprakelijkheid: voor fouten van mensen binnen de organisatie, voor gebrekkige zaken, voor dieren, via bijzondere aansprakelijkheidsregimes enzovoort. Uitbreiding van artikel 1384, lid 3 B.W. tot bestuurders voltooit dit model. Het past de rechtspersoon veel beter dan de theoretische complicatie van eigen foutaansprakelijkheid die op abstracte deducties uit gedateerde rechtspersoonlijkheidstheorieën steunt, en wordt geoperationaliseerd via een formeel-juridisch gedefinieerd handelingsapparaat *sui generis*. De manier waarop moderne organisaties met rechtspersoonlijkheid hun

¹⁸²⁰ J. MAEIJER en J. RONSE, *De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht*, 59.

¹⁸²¹ Maar zelfs dit vereist een zekere welwillendheid. De niet-aansprakelijkheid van rechtspersonen is nooit veel meer dan een theoretisch probleem geweest, en zelfs als theoretische probleem werd vooral *door de orgaantheorie zelf* in de verf gezet. Zie *supra* p. 333 e.v. en in het bijzonder voetnoten 1333 en 1338.

activiteiten ontplooiën en aan het maatschappelijke verkeer deelnemen, is vaak veel diverser en complexer dan het simplistische model van de orgaantheorie aanneemt. De groeiende rol van bijzondere aansprakelijkheidsmechanismen, die vaak objectief zijn, weerspiegelt dit. Het is niet meer zinvol op fundamenteel theoretisch niveau een heel eigen, zware en gedateerde rechtsdogmatiek *sui generis* te ontwikkelen alleen voor bestuurders. Ook zij hebben hun plaats in een gemeenschappelijk verklaringsmodel. Omdat zij eerder in onze rechtstraditie al in artikel 1384, lid 3 B.W. pasten, kan dit model misschien “neoklassiek” worden genoemd.

469. Verwerping van de orgaantheorie en het pleidooi voor bestuurders als aangestelden van de rechtspersoon betekent dus *net niet* dat het hele rechtspersoonlijke aansprakelijkheidsregime nu uitsluitend door de bril van artikel 1384, lid 3 B.W. moet worden bekeken. Het neoklassieke model laat net toe *ook op theoretisch niveau* opnieuw meer aansluiting te zoeken bij het pluralisme dat aan ons buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht inherent is, en dat in de praktijk nooit is verdwenen. In het volgende deel wordt hiervoor een eerste aanzet gegeven aan de hand van twee onderwerpen die, ontdaan van de ballast van de orgaantheorie, in een nieuw licht kunnen worden gezien: de mogelijkheid van 1382-aansprakelijkheid van rechtspersonen *zonder* orgaantheorie, en persoonlijke aansprakelijkheid van rechtspersoonlijke bestuurders.

HOOFDSTUK 3

AANSTELLING ALS HOEKSTEEN VOOR EEN RUIMER NEOKLASSIEK MODEL

1. INLEIDING

470. Stilaan raken de contouren zichtbaar van een regime dat aansprakelijkheid in rechtspersoonlijk verband opnieuw uitdrukkelijker in het gemeen aansprakelijkheidsrecht integreert, zonder toevlucht tot organieke incarnatie als noodzakelijk en uniform rechtspersoonlijk toerekeningsmechanisme *sui generis*. Voor objectieve aansprakelijkheid was het in Hoofdstuk 1 enkel expliciteren wat de orgaantheorie vandaag wellicht zelf al zou toegeven: dat zij bijzonder weinig toevoegt. En waar het aansprakelijkheid voor foutief bestuursgedrag aangaat, bleek in Hoofdstuk 2 dat artikel 1384, lid 3 B.W. een grondslag biedt die eenvoudiger, coherenter, en accurater is. De orgaantheorie is hiermee afgeschreven als theoretische grondslag om de rechtspersoon in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht te begrijpen. Ook inzake buitencontractuele aansprakelijkheid, mag de rechtspersoon zich stilaan opnieuw thuis beginnen voelen in het gemeen privaatrecht. Maar hiermee vindt tegelijk een interessante perspectiefwijziging plaats. Het wordt mogelijk *ook op theoretisch niveau* opnieuw meer aansluiting te zoeken bij het pluralisme dat aan ons buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht inherent is, en dat in de praktijk steeds het uitgangspunt bleef. De orgaantheorie leidt op niveau van de theorievorming tot onnodige en verwarrende fixatie op bestuurders en *hun* fouten.¹⁸²² Hierdoor fungeert zij als een soort zwart gat waarin veel vragen over aansprakelijkheid in rechtspersoonlijk verband minstens op theoretisch niveau vervormd raakten. Van bestuur als aanstelling, anderzijds, is theoretisch veel duidelijker dat het maar een onderdeel is van een ruimer gemeenrechtelijk regime. Dit laat toe twee interessante vragen in nieuw perspectief te zien. In de eerste plaats dat foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon ingevolge onderliggende evoluties in ons begrip van artikel 1382-1383 B.W. misschien intussen ook *zonder* orgaantheorie mogelijk is (*infra* 2). En ten tweede dat het regime voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders, zowel intern als extern, een

¹⁸²² Vergelijk, maar zonder het waardeoordeel: X. DIEUX en Y. DE CORDT, "Examen de jurisprudence (1991-2005): Les sociétés commerciales", 515 ("Mais, à notre avis, ce serait donner au droit positif une vision incomplète que de présenter cette méthode d'imputation comme exclusive").

stuk genuanceerder is dan de karikaturale denkwijze waartoe de orgaantheorie theoretisch leidt (*infra* 3).

2. NAAR 1382-AANSPRAKELIJKHEID VAN DE RECHTSPERSOON ZONDER ORGAANTHEORIE

2.1. 1382-AANSPRAKELIJKHEID ZONDER ORGAANTHEORIE: ONVERWACHT MAAR ACTUEEL

2.1.1. Een onverwachte vraag?

471. De orgaantheorie is niet noodzakelijk om foutief bestuursgedrag aan de rechtspersoon “toe te rekenen”. Het volstaat te erkennen dat bestuurders aangestelden van de rechtspersoon zijn. De rechtspersoon is dan op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. buitencontractueel aansprakelijk voor de schade die bestuurders in het kader van hun bestuursfunctie foutief hebben veroorzaakt. Die zienswijze verklaart heel wat positiefrechtelijke oplossingen een stuk beter dan de orgaantheorie. Mocht de orgaantheorie op die punten echt volgens haar eigen logica worden toegepast, dan zou zij bovendien tot oplossingen aanleiding geven die beleidsmatig moeilijk verdedigbaar zijn. Als juridische constructie doet de orgaantheorie het dus op cruciale punten minder goed dan het meest eenvoudige – want gemeenrechtelijke – alternatief. Het besluit was onvermijdelijk dat de orgaantheorie zelfs in het domein van buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor foutief bestuursgedrag – haar *core business* – moest worden verworpen.

Het neoklassieke alternatief dat zo stilaan vorm krijgt, geeft in dit stadium al een performante aansprakelijkheidsdekking. Er worden geen kunstmatige breuken gecreëerd in het externe aansprakelijkheidsregime van toepassing op de rechtspersoonlijke organisatie. Foutief door mensen in het kader van hun functie veroorzaakte schade is van hoog tot laag via hetzelfde aansprakelijkheidsprocédé op het rechtspersoonlijke vermogen verhaalbaar.¹⁸²³ Samen met de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsgronden voor zaken waarvan de rechtspersoon eigenaar en/of bewaarder is (art. 1384, lid 1 B.W., art. 1385 en art. 1386 B.W.) geeft dit ongetwijfeld een maatschappelijk aanvaardbare *gemeenrechtelijke* aansprakelijkheidsdekking.¹⁸²⁴ Voor de rechtspersoon werkzame mensen en bij de rechtspersoonlijke activiteit gebruikte zaken zijn ongetwijfeld de twee voornaamste oorzaken

¹⁸²³ Dit is ook de optie die wordt genomen in het recente Ontwerp Gemeenschappelijk Referentiekader voor een Europees privaatrecht. Zie art. VI-3:201 en de commentaarsectie in C. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law. Draft common frame of reference (DCFR): Full edition*, Munchen, Selier, 2009, IV, 3453-3459.

¹⁸²⁴ Die wordt daarnaast nog aangevuld met heel wat bijzondere aansprakelijkheidsbepalingen.

van buitencontractuele schade aan derden. De neoklassieke interpretatie laat zonder problemen toe de rechtspersoon hiervoor aan te spreken via de artikelen 1384 tot en met 1386 B.W.¹⁸²⁵ We zijn ver van de “*solution monstrueuse*”¹⁸²⁶ die de pleitbezorgers van de orgaantheorie vreesden.

472. Verwerping van de orgaantheorie brengt echter een vraag aan de oppervlakte die net door het succes van de orgaantheorie in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht theoretisch is weggekijnd. Althans ogenschijnlijk. Ietwat ironisch luidt die vraag of de rechtspersoon ook niet op grond van artikel 1382-1383 B.W. kan worden aangesproken? Maar dan zonder “hulp” van de orgaantheorie. Is het niet mogelijk de rechtspersoon op grond van artikel 1382-1383 B.W. aan te spreken zonder toerekeningsconstructie die ons dwingt hiervoor conceptueel via incarnatie bij de fout van een orgaan aansluiting te zoeken? Kan de rechtspersoon niet op grond van artikel 1382-1383 B.W. “rechtstreeks” aansprakelijk zijn voor schade die op één of andere manier uit zijn activiteit volgt, zonder dat een organieke fout aanwezig is?

Het praktische belang van deze vraag is misschien beperkt. Als op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. de lichtste fout van elke persoon van hoog tot laag in de rechtspersoonlijke organisatie tot aanstellersaansprakelijkheid aanleiding kan geven zonder “eigen fout” van de rechtspersoon, dan beschikt een goed functionerend rechtssysteem ongetwijfeld over voldoende instrumenten om de aansprakelijkheidsdekking scherp te stellen.¹⁸²⁷ Maar dit neemt niet weg dat de vraag vanuit theoretisch oogpunt onmogelijk te vermijden is. Een neoklassiek alternatief voor de orgaantheorie kan moeilijk voorbij aan de meest klassieke onder de aansprakelijkheidsregels: artikel 1382-1383 B.W. Ironisch genoeg bestaat de mogelijkheid dat, onder invloed van de orgaantheorie, ons begrip op dit punt is blijven steken in de 19e eeuw. Moest de vraag zich vandaag *de novo* stellen, zou dan echt aan organieke incarnatie worden gedacht om de toepassing van artikel 1382-1383 B.W. op rechtspersonen te onderzoeken? Zijn er intussen geen evoluties geweest in onze opvattingen over artikel 1382-1383 B.W. geweest? Ietwat vermomd blijkt al snel dat deze vraag bijzonder actueel is.

2.1.2. Een actuele vraag

473. De vraag naar 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon zonder orgaantheorie, is vandaag aan de orde als onrechtstreeks gevolg van actuele dis-

¹⁸²⁵ Wat natuurlijk niet betekent dat hij steeds aansprakelijk zal zijn. Alle toepassingsvoorwaarden van de aansprakelijkheidsregel moeten voorts verenigd zijn.

¹⁸²⁶ H. MAZEAUD en L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, II, 394.

¹⁸²⁷ Het Duitse voorbeeld leert dat zelfs waar de aansteller aansprakelijkheid kan ontlopen door het tegenbewijs van eigen zorgvuldig gedrag, de rechtspraak bijzonder creatief is om “eigen fouten” te vinden. Zie onder meer: W. VAN GERVEN, *Tort Law*, 485-487; C. VON BAR en U. DROBNIG, *The interaction of contract law and tort and property law in Europe*, 142.

cussies over externe bestuurdersaansprakelijkheid. Over persoonlijke externe aansprakelijkheid van bestuurders die als orgaan optraden en foutief schade veroorzaakten, heeft de orgaantheorie twee mogelijke antwoorden: integrale aansprakelijkheid of integrale immuniteit.

Ofwel zijn bestuurders op grond van artikel 1382-1383 B.W. onverkort aansprakelijk ten aanzien van derden voor de fout die zij in organieke hoedanigheid begingen. De fout is immers maar de eigen fout van de rechtspersoon omdat een orgaan ze beging. De rechtspersoon kan maar een 1382-fout begaan omdat het orgaan een 1382-fout beging. De orgaantheorie schakelt de algemene werking van artikel 1382-1383 B.W. niet uit, dus heeft het slachtoffer een vordering tegen de rechtssubjecten die de fout van de rechtspersoon feitelijk begingen.

Ofwel zijn bestuurders volledig immuun voor de als gevolg van hun organieke hoedanigheid aan de rechtspersoon toegerekende 1382-fout. Incarnatie betekent dat het voor het recht is alsof niet zijzelf maar de rechtspersoon de fout beging. Aangezien de *fout zelf* aan de rechtspersoon werd toegerekend – hij is niet “slechts” onrechtstreeks aansprakelijk voor de fout van een ander – is er na deze toerekening bij de bestuurders persoonlijk vanuit juridisch oogpunt geen fout meer te vinden. Organieke incarnatie is dan daadwerkelijk een uniform toerekeningsmechanisme over rechtshandelingen en onrechtmatige daden heen.

De tweede oplossing is coherenter vanuit de interne logica van de orgaantheorie.¹⁸²⁸ Maar als om vooral pragmatische redenen voor de eerste oplossing wordt gekozen, zoals *de lege lata* in rechtspraak en rechtsleer traditioneel gebeurt, en niettemin aanknopng bij de orgaantheorie blijft gezocht, is het in wezen logisch dat orgaan en rechtspersoon voor *dezelfde fout* aansprakelijk zijn. Bestuurders hebben die fout begaan die op grond van organieke incarnatie aan de rechtspersoon als eigen werd toegerekend. Als zij hiervoor extern aansprakelijk blijven, kan het maar voor diezelfde fout zijn. De orgaantheorie heeft voor persoonlijke externe aansprakelijkheid van de bestuurders die als orgaan handelden, theoretisch dus enkel de twee uiterste oplossingen in de etalage staan: integrale medeaansprakelijkheid of integrale immuniteit. Beide oplossingen steunen op dezelfde idee van foutidentiteit. Het is de *fout zelf* die via incarnatie wordt toegerekend.

474. In actuele discussies over bestuurdersaansprakelijkheid staat die foutidentiteit onder druk.¹⁸²⁹ Een katalyserende rol lijkt hierin te zijn gespeeld door pogin-

¹⁸²⁸ Maar legt dan scherp de rechtsdogmatische problemen bloot waartoe deze constructie leidt: zie *supra* p. 387 e.v.

¹⁸²⁹ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 171; P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 21 e.v.; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak: Vennootschappen 1992-1998”, 319-320; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 775; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 189; M. WAUTERS, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders” in K. GEENS (ed.), *Vennootschaps- en financieel recht*, Themischahier 47, Brugge, die Keure, 2007-2008, 55.

gen van de fiscale administratie om na faillissement belastingschulden van de vennootschap – in het bijzonder ingehouden en niet doorbetaalde bedrijfsvoorheffing en BTW – op het persoonlijke vermogen van bestuurders te verhalen. Het succes dat hiermee soms voor de rechter werd behaald (onder meer¹⁸³⁰) op grond van het argument dat de schending van een specifieke wettelijke norm automatisch een 1382-fout is, werd door de rechtsleer scherp op de korrel genomen. De wettelijke plicht rust immers op de rechtspersoon en niet op de bestuurders persoonlijk.¹⁸³¹ Enkel als zij een algemene zorgvuldigheidsnorm ten aanzien van derden hadden geschonden, kan de aansprakelijkheidsvordering slagen. Toepassing van ditzelfde principe werd gelezen in eerdere cassatierechtspraak die een halt had toegeroepen aan een tendens om bestuurders automatisch buitencontractueel aansprakelijk te verklaren voor de schending van de specifieke regel die voorschreef dat de vennootschap binnen de (toen nog) drie dagen na staking van betaling het faillissement moest indienen.¹⁸³² Hoewel de vraag nog niet zo lang in

¹⁸³⁰ Een gedetailleerde bespreking van de rechtspraak in dit domein valt buiten het bestek van dit werk.

¹⁸³¹ Y. DE CORDT en M.A. DELVAUX, “La responsabilité des dirigeants et droit des sociétés et en droit financier”, 50-51; D. DESCHRIJVER, “In hoeverre zijn vennootschapsbestuurders persoonlijk aansprakelijk voor door de vennootschap onbetaald gebleven bedrijfsvoorheffing?”, *T.R.V.* 2001, 559 e.v.; D. DESCHRIJVER, “De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor onbetaald gebleven voorheffingen en belastingen betreffende de vennootschap, vereniging of stichting”, noot bij Antwerpen 12 november 2004 en 19 april 2005, Gent 22 februari 2005 e.a., *T.R.V.* 2005, 352; H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 175; P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 24-25; J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, 89; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen*, 189; M. WAUTERS, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders”, 63. WAUTERS (p. 63 voetnoot 48) is van oordeel dat een cassatiearrest van 17 november 2006 (Cass. 17 november 2006, *T.R.V.* 2007, 138) dit standpunt bekrachtigt. Formeel is dit wellicht zo, maar het valt toch op dat de stap tussen schending van de wettelijke plicht en schending van de zorgvuldigheidsnorm in het beroepsarrest bijzonder klein was. Maar omdat ze minstens formeel aanwezig was, miste het cassatiemiddel gesteund op het feit dat de beroepsrechter de bestuurders zou hebben veroordeeld op grond van een wettelijke plicht van de vennootschap, *feitelijke grondslag*. Intussen werd de materie via de art. 14 en 15 van de Programmawet van 20 juli 2006 voorwerp van een bijzonder wettelijk ingrijpen dat de fiscus in een aantal gevallen uitdrukkelijk een vordering tegen bestuurders toekent. Deze nieuwe regels gaven aanleiding tot heel wat commentaar, waarop hier niet dieper wordt ingegaan. Zie onder meer: D. DESCHRIJVER, “Door een vennootschap of een VZW onbetaald gebleven bedrijfsvoorheffing en/of B.T.W. Aspecten van de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders na de programmawet van 20 juli 2006”, *T.R.V.* 2007, 75 e.v.; H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 174 e.v.; M. WAUTERS, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders”, 62 e.v. Zie voor een zeer recente en interessante toepassing onder gelding van het oude regime: Antwerpen 8 januari 2009, *R.W.* 2010-2011, 146, noot B. VAN DEN BERGH (verplichting tot doorstorting rust op vennootschap, maar dit neemt niet weg dat zaakvoerder een onrechtmatige daad heeft gepleegd).

¹⁸³² Cass. 22 september 1988, *R.C.J.B.* 1990, 203, noot R.O. DALCQ; Cass. 18 mei 1990, *Pas.* 1990, I, 1069; Cass. 7 september 1990, *T.R.V.* 1991, 86, noot M.W.; I. CORBISIER, “Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu’a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d’une personne morale”, 81; L. CORNELIS, “Fout en wetsovertreding in het han-

die termen wordt gesteld, lijkt in de recentste rechtsleer duidelijk consensus te groeien over het feit dat de “fout van de rechtspersoon” niet automatisch een “fout van het orgaan” is.¹⁸³³

“Quoiqu’il en soit, si l’on généralise la portée de l’enseignement de la Cour de cassation¹⁸³⁴, on s’aperçoit alors que la théorie de l’organe est “à sens unique”: si toute faute de l’organe implique automatiquement une faute de la société à laquelle il s’identifie, une faute de la société ne constitue pas nécessairement une faute de son organe (...).”¹⁸³⁵

“Elke onrechtmatige daad van een orgaan verricht binnen de formele kring van zijn bevoegdheid geldt als een onrechtmatige daad van de rechtspersoon; het omgekeerde is echter niet noodzakelijk waar”.¹⁸³⁶

Sommigen spreken in dit verband ook van – te verwerpen – “omgekeerde toerekening”.¹⁸³⁷ De fout van het orgaan wordt aan de rechtspersoon toegerekend, maar de fout van de rechtspersoon mag niet zomaar aan het orgaan worden toegerekend.

475. Hoewel de klemtoon bij de auteurs die deze vraag behandelen doorgaans op bestuursaansprakelijkheid ligt – niet op de aansprakelijkheid van de rechts-

delsverkeer: enkele beschouwingen” in X (ed.), *Mélanges Roger Dalcq. Responsabilités et assurances*, 1994, 44 en 52; H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 171; P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 22; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS EN J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak: Vennootschappen 1992-1998”, 319; J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, 81.

¹⁸³³ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 171; P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 24; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS EN J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak: Vennootschappen 1992-1998”, 320; K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA”, 18; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 775-776; J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, 85; M. WAUTERS, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders”, 55. Zie reeds: L. CORNELIS, “Fout en wetsovertreding in het handelsverkeer: enkele beschouwingen”, 42.

¹⁸³⁴ De auteur doelt hier op de cassatierechtspraak over laattijdige aangifte van het faillissement.

¹⁸³⁵ P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 24.

¹⁸³⁶ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS EN J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak: Vennootschappen 1992-1998”, 319-320.

¹⁸³⁷ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 171; M. WAUTERS, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders”, 55.

persoon¹⁸³⁸ – is duidelijk dat zich hier onvermijdelijk de vraag naar 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon *zonder* orgaantheorie stelt. Expliciet wordt weliswaar enkel verdedigd dat een fout van de rechtspersoon niet noodzakelijk een fout van het orgaan is. Maar impliciet houdt dit *prima facie* enkel steek als de rechtspersoon een 1382-fout kan begaan zonder hulp van het organieke incarnatiemechanisme dat de orgaantheorie nu net zo onmisbaar acht voor eigen 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon.¹⁸³⁹ De gevolgen voor de orgaantheorie zijn veel ernstiger dan de vaststelling dat zij “*à sens unique*” is.¹⁸⁴⁰ Vooral de vraag zich stelt of een “fout van de rechtspersoon” aan het orgaan kan worden “toegerekend”, moet immers vaststaan dat de rechtspersoon een eigen 1382-fout beging. De vraag naar “omgekeerde toerekening” heeft maar zin als er nog heel andere manieren zijn dan organieke fouten waarop de rechtspersoon eigen 1382-aansprakelijkheid kan oplopen. In onze beweerd op de orgaantheorie gesteunde rechtsdogmatiek voor buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen, is dit vloeken in de kerk. Hoe begaat de rechtspersoon immers onder gelding van de orgaantheorie die eigen 1382-fout anders dan via een orgaan?¹⁸⁴¹ Zelfs als de orgaantheorie een eenrichtingsstraatje is, dan vereist de vaststelling van FORIERS en JAFFERALI dat naast dit straatje een andere weg ligt – misschien veel breder – waarlangs buitencontractuele aansprakelijkheid op grond van artikel 1382-1383 B.W. zijn weg naar de rechtspersoon vindt. Het pittoreske kronkelbaantje wordt misschien vooral onderhouden voor toeristen, terwijl veel van het reguliere verkeer gewoon via de autosnelweg verloopt.¹⁸⁴² Het actuele debat over foutidentiteit, zelfs al handelt het vooral over externe bestuursaansprakelijkheid, illustreert acuut de vraag naar 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon zonder hulp van de orgaantheorie.

¹⁸³⁸ De uitzondering is: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 753-793, die uit deze vaststelling een nieuw systeem van aansprakelijkheid van de rechtspersoon afleidt. Deze bijdrage komt dan ook verder uitgebreid aan bod (*infra* p. 511 e.v.). Zie ook, beperkter van opzet: P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 27-29.

¹⁸³⁹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 767 (“een onoplosbaar *whodunit*”).

¹⁸⁴⁰ Zeker nu – op de keper beschouwd – ook de meer “zuivere” vorm van orgaantheorie die met de absorptieleer van TILQUIN en SIMONART wordt bepleit, tot eenrichtingsverkeer leidt. De fout van het orgaan verdwijnt via het organieke toerekeningsmechanisme naar rechtspersoonlijk niveau en keert niet meer terug.

¹⁸⁴¹ P. VAN OMMEFLAGHE, “La théorie de l’organe: évolutions récentes”, 779 (“*la faute de la personne morale (...) de nature à impliquer sa responsabilité directe, suppose un comportement fautif dans le chef d’une ou de plusieurs personnes qui sont ses organes*”). Zie, nog algemener: R.O. DALCQ, *Traité*, I, 732 (nr. 2311) (“*Le problème de la responsabilité des personnes morales se confond dès lors avec celui de la responsabilité de ses organes*”). En zie ook bij deze auteur, 463, nr. 1392 (zeer uitdrukkelijk voor voorliggende vraag, zij het met betrekking tot overheidsaansprakelijkheid: “*(...) cette attitude est absolument contraire à toute la théorie de l’organe*”).

¹⁸⁴² In wezen is dit de kern van het argument van VANANROYE. De autosnelweg heet dan “autonome foutaansprakelijkheid op grond van verkeersopvattingen” (*infra* p. 511 e.v.).

Het feit dat die vraag opnieuw opduikt, heeft wellicht deels te maken met twee faciliterende evoluties uit aanverwante rechtsdomeinen. Zowel in het strafrecht als inzake overheidsaansprakelijkheid, kreeg de orgaantheorie rond de milleniumwissel klappen.¹⁸⁴³ Misschien hielp dit haar aura van rechtsdogmatische ongenaaikbaarheid te verliezen. Tegelijk groeit ook in het privaatrecht het besef dat er met de orgaantheorie op zich iets schort.¹⁸⁴⁴ Maar dat de idee van eigen foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon vandaag zelfs louter burgerrechtelijk minder moeilijk lijkt dan op het ogenblik dat de orgaantheorie zich als enige oplossing aandienende, heeft vooral te maken met twee meer fundamentele evoluties in het privaatrechtelijke foutleerstuk: de relativisering van subjectieve schuld ten voordele van objectieve onrechtmatigheidsbeoordeling *in abstracto* enerzijds (*infra* 2.2), en de eenheidsleer die inbreuk op specifieke rechtsregel zonder verdere gedragsbeoordeling “automatisch” onrechtmatig noemt anderzijds (*infra* 2.3). In die optiek is eigen 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon zonder orgaantheorie vandaag inderdaad denkbaar. Maar dit noodzaakt geen grote nieuwe theorieën. Het inzicht vloeit immers voort uit toepassing van het gemeen recht, niet uit een nieuw rechtspersoonlijk toerekeningsmechanisme (*infra* 2.4). Samenspel met artikel 1384, lid 3 B.W., ook voor bestuurders, blijft dan ook specifiek voor rechtspersonen onontbeerlijk (*infra* 2.5). Voor het algemene foutcriterium dat steunt op inbreuk op algemene zorgvuldigheidsnorm, heeft de oefening immers weinig tot geen toegevoegde waarde (*infra* 2.6).

2.2. SUBJECTIEVE SCHULD EN OBJECTIEVE ONRECHTMATIGHEID IN DE FOUT

476. De rechtspersoon kan, psychologisch bekeken, geen subjectieve fout begaan.¹⁸⁴⁵ Het leidt nochtans weinig twijfel dat het foutbegrip in de Frans-Belgische traditie gestoeld op artikel 1382-1383 B.W. een grotendeels objectief en abstract begrip is.¹⁸⁴⁶ Het valt wel op dat in recente bijdragen en handboeken de tendens opduikt om de fout van bij aanvang te ontdebellen in wat dan vaak een objectief en een subjectief bestanddeel wordt genoemd.¹⁸⁴⁷ Maar die tweedeling is

¹⁸⁴³ Wet van 4 mei 1999 over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen en wet van 10 februari 2003 betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen.

¹⁸⁴⁴ Zie *supra* de algemene probleemstelling p. 1 e.v. en ook de discussie tussen DE WULF en VANANROYE p. 404 e.v.

¹⁸⁴⁵ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 373.

¹⁸⁴⁶ R. DEKKERS, *Précis*, II, 125; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 867-870 en 943-944.

¹⁸⁴⁷ I. CLAEYS, “Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ...” in B. TILLEMAN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 7; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 131 e.v. (waarin opvalt dat de behandeling op dit punt in deze editie nauwer aansluit bij de behandeling bij VAN GERVEN dan bij het werk van DEKKERS en DE PAGE, elk verder in deze voetnoot genoemd); G. JOCQUÉ, “Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid” in X (ed.), *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering*

beter pedagogisch dan inhoudelijk te begrijpen. Inhoudelijk bewijst de nevenschikking het subjectieve luik te veel eer. Als algemene regel moet het slachtoffer de onrechtmatigheid van de daad *in abstracto* bewijzen, maar hoeft hij niet de psychologische schuld of subjectieve verwijtbaarheid van de dader *in concreto* aan te tonen.¹⁸⁴⁸ Alleen zijn er *als uitzondering op de regel* gevallen waarin de mentale toestand van de dader zodanig van de norm afwijkt, dat hij verweer ontleent aan zijn subjectieve onschuld *in concreto*, zelfs ten aanzien van daden die zonder twijfel onrechtmatig zijn *in abstracto*. Dit zijn de schuldonbekwamen of ontoerekeningsvatbaren. Niet toevallig gaat dit meestal over vrij objectief vaststelbare categorieën rechtssubjecten, zoals jonge kinderen of geestesgestoorden.¹⁸⁴⁹ Wat een nevenschikking subjectief bestanddeel van het foutbegrip daarbuiten naar Belgisch recht zou moeten betekenen, is niet duidelijk.¹⁸⁵⁰ Dit blijkt alleen al uit het feit dat – wellicht in een poging tot systematisering – ook de zogenaamde rechtvaardigingsgronden soms onder dit subjectieve element worden ondergebracht.¹⁸⁵¹ Dit leerstuk is nog lang niet in het klare getrokken, en blijft bron van veel verwarring.¹⁸⁵² Het gaat immers meestal om *externe* feitelijke omstandigheden die toe-

en andere schadevergoedingssystemen, Mechelen, Kluwer, 2007; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1558; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 361; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 125 en 147. Dit is een vrij recente evolutie. Vergelijk: L. CORNELIS, *Beginnelen*, 21; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 162 e.v.; R. DEKKERS, *Précis*, II, 124-125; R. DEKKERS, *Handboek*, II, 123-124; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 933 e.v.;

¹⁸⁴⁸ L. CORNELIS, *Beginnelen*, 34; L. CORNELIS, “Fout en wetsovertreding in het handelsverkeer: enkele beschouwingen”, 49; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 166 (nr. 262-264); R. DEKKERS, *Précis*, II, 125-126; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 943-944.

¹⁸⁴⁹ H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 868. Dan nog was de immuniteit beperkt tot de minimumgrens waaronder het beoordelingscriterium op grond van normaal en redelijk gedrag gewoon geen zin meer heeft (H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 943-944; F. LAURENT, *Principes*, XX, 472-474). Van aansprakelijkheid zou in die omstandigheden weinig preventieve werking uitgaan. Enkel de slachtoffervergoedende functie pleit dan nog voor aansprakelijkheid (R.O. DALCQ, *Traité*, I, 731, nr. 2310: “*heurte l’équité*”).

¹⁸⁵⁰ Bij de auteurs die het hanteren, is hier moeilijk een lijn in te trekken, zelfs op niveau van elementaire terminologie (zie ook de vaststelling bij: I. CLAEYS, “Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ...”, 5). Vergelijk de uiteenlopende terminologie gehanteerd door de auteurs genoemd *supra* voetnoot 1847 (en vergelijk ook met: L. CORNELIS, *Beginnelen*, 21 e.v.).

¹⁸⁵¹ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1694 e.v.; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 370 en 375-376. Vergelijk: L. CORNELIS, *Beginnelen*, 27 e.v. (onder “ontoerekeningsvatbaarheid”). Maar zie zeer recent ook: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 299 e.v.

¹⁸⁵² I. CLAEYS, “Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ...”, 8-10 en 42; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 299 e.v. VAN GERVEN, bijvoorbeeld, behandelt onder het subjectief element de gronden van “ontoerekenbaarheid”, die hij opsplijt in rechtvaardigingsgronden en schuldsluitingsgronden (p. 375). De rechtvaardigingsgronden blijken echter het *objectief element* van de fout, de onrechtmatigheid van de gedraging, weg te nemen (vergelijk: H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtma-

laten de redelijkheid van het gedrag *in abstracto* te beoordelen.¹⁸⁵³ Elke foutbeoordeling onder artikel 1382-1383 B.W. moet het gedrag van de aangesprokene beoordelen binnen de (externe) feitelijke omstandigheden.¹⁸⁵⁴ Wie uit noodtoestand door het rode licht rijdt of uit noodweer een aanvaller verwondt, is de controle over zijn gedrag niet kwijt. Hij wordt geconfronteerd met externe feitelijke omstandigheden die maken dat dit hem het meest aangewezen gedrag lijkt.¹⁸⁵⁵ Elke goede huisvader zou *in abstracto* hetzelfde hebben gedaan.¹⁸⁵⁶ Dat hiermee schade werd veroorzaakt (schade en causaal verband), betekent nog niet dat de daad foutief is, zelfs niet *prima facie*¹⁸⁵⁷, vooraleer hij in zijn context werd beoordeeld. Gelet op deze en andere onduidelijkheden in dit leerstuk, wordt er hier niet dieper op ingegaan. Toepassing van rechtvaardigingsgronden in rechtspersoonlijk verband, is een domein dat ongetwijfeld nog interessante inzichten kan opleveren.¹⁸⁵⁸ Maar het zijn niet deze al bij al vrij uitzonderlijke verweermiddelen die

tige daad (1994-1999)", 1558, 1688 en 1694). Bij JOCQUÉ is dwang een toestand die nu eens subjectieve verwijtbaarheid, en dan weer objectieve onrechtmatigheid wegneemt: G. JOCQUÉ, "Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid", 59 en 61. Alleen al de gebruikte terminologie loopt bij alle auteurs uiteen.

¹⁸⁵³ Aanwezigheid van de rechtvaardigingsgrond wordt grotendeels *in abstracto* beoordeeld: L. CORNELIS, *Beginselen*, 29 (genuanceerd); I. CLAEYS, "Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ...", 31 (m.b.t. de onoverkomelijke dwaling); T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 308 en 310. Dat de objectieve gedragsbeoordeling nadrukkelijk aanwezig blijft, blijkt alleen al uit het feit dat de rechtvaardiging meestal verdwijnt zodra de dader *in abstracto* een onzorgvuldigheid kan worden verweten die hem in die toestand heeft gebracht.

¹⁸⁵⁴ L. CORNELIS, *Beginselen*, 36; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 166 (nr. 264); H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 944; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 368-369; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 128.

¹⁸⁵⁵ G. JOCQUÉ, "Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid", 60 e.v. Het is ietwat merkwaardig dat rechtvaardigingsgronden vaak met ontstentenis van vrije en/of bewuste wil worden verbonden (I. CLAEYS, "Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ...", 27; L. CORNELIS, *Beginselen*, 28; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 302-304) terwijl de daad in kwestie meestal een stuk gewilder en bewuster werd gesteld dan veel gevallen van lichtste fout bij nalaten. Nooit wordt verklaard waarom, in het veelgenoemde voorbeeld, de stuurman van een vrachtschip die onder tijdsdruk beslist om een aanlegsteiger te rammen eerder dan een opdoemend passagiersschip, minder bewust en uit vrije wil handelt dan de stuurman die de steiger ramt omdat hij tijdens het laatste uur van een vermoeiende shift in slaap was gesukkeld. In het eerste geval deed hij exact wat van een goed schipper in die omstandigheden mag worden verwachten, terwijl hij in het tweede geval aan zijn plicht tekort schoot. Omgekeerd is de vraag, als het gebrek aan vrije wil in die fractie van een seconde dat de schipper moest beslissen werkelijk doorslaggevend is om het rammen van de steiger niet foutief te noemen, of hij dan ook niet bevrijd is als hij *wel* het passagierschip tot zinken brengt met talloze slachtoffers tot gevolg? Terwijl in dat geval net zeer snel tot fout zal worden besloten als blijkt dat hij het roer nog *had kunnen omgooien* maar het niet heeft gedaan.

¹⁸⁵⁶ *Contra*: L. CORNELIS, *Beginselen*, 33 (m.b.t. onoverkomelijke dwaling) en 39-40.

¹⁸⁵⁷ Althans volgens de traditionele dogmatiek. Vergelijk: I. CLAEYS, "Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ...", 28 en 42 *in fine*.

¹⁸⁵⁸ Dit zou echter eerst heel wat werk over het algemene leerstuk vergen, dat het kader van dit onderzoek te buiten gaat.

over de principiële mogelijkheid of onmogelijkheid van toepassing van artikel 1382-1383 B.W. op rechtspersonen beslist.

477. Inhoudelijk is het zogenaamde subjectieve bestanddeel naar Belgisch recht dus eerder relevant als uitzondering dan als nevengeschikte toepassingsvoorwaarde van de regel.¹⁸⁵⁹ Naast pedagogisch, is de tendens tot rechtsdogmatische nevenschikking misschien ook schatplichtig aan het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1992. In Nederland wordt subjectieve schuld als verwijtbaarheid aan de dader *in concreto* uitdrukkelijk gebruikt in de wettelijke omschrijving van het foutbegrip (art. 6:162 Nederlands B.W.). Alleen is dit vooral een regel die dient om een nieuwe uitzondering vorm te geven. Een afzonderlijk subjectief en *in concreto* te beoordelen schuldelement, wordt immers meteen gecompenseerd via een breed gespannen opvangnet van toerekening van een onrechtmatige daad *in abstracto* buiten schuld op grond van verkeersopvattingen.¹⁸⁶⁰

478. Het probleem vandaag met inpassing van rechtspersonen in artikel 1382-1383 B.W. lijkt dan ook niet in de eerste plaats dat zij niet “subjectief schuldig” kunnen zijn.¹⁸⁶¹ Dat zij geen geest hebben, maakt inderdaad dat bij hen geen “schuldige” subjectieve toestand aanwezig zal zijn. Maar dit is voor mensen evenmin nodig. Foutaansprakelijkheid wordt afgeleid uit objectief waarneembaar gedrag, niet uit psychologische schuld. Het is *dit gedrag* dat wordt getoetst en dat foutief moet zijn, niet de geestesgesteldheid. De fout blijft in de eerste plaats “*une erreur de conduite*”.¹⁸⁶² Hierop bestaat dan een “subjectieve” uitzondering die duidelijk op maat van mensen is gedacht, namelijk wanneer iemand gedrag ontplooit dat *in abstracto* onrechtmatig is, maar zijn concrete mentale toestand zodanig van de norm afweek, dat dit objectief vaststelbare gedrag niet foutief kan worden genoemd (zoals bij jongekinderen en geestesgestoorden). Deze gesubjectieerde uitzondering heeft duidelijk maar zin voor mensen. Maar ze betekent niet dat *de regel* het positieve bewijs van een “schuldige” psychologische toestand vereist. Natuurlijk verbond de 19e eeuwse juridische geest fout sterk met vrije wil.¹⁸⁶³ Maar tot meer dan wat filosofisch ongemak¹⁸⁶⁴ zou dit wellicht niet hebben geleid

¹⁸⁵⁹ Zeer duidelijk op dit punt: H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 881 en 943-944.

¹⁸⁶⁰ Zie hierover in het algemeen: C. ASSER en A. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, in *Asser-rechts*, 4/III, *De verbintenis uit de wet*, 11e uitgave, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2002, 81 e.v.; C. SIEBURGH, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2000, 306p. Subjectieve verwijtbaarheid speelt dus een grotendeels pedagogische rol. Met een wettekst zoals art. 1382 B.W. die zich tot één woordje (“*faute*”) beperkt, anderzijds, kunnen subjectieve factoren niet anders dan naar het achterplan verdwijnen. Hierop wordt verder nog ingegaan. Zie ook *infra* p. 540 e.v. en voetnoot 2186.

¹⁸⁶¹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 772. *Contra*: W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 373 (maar op dit punt is er duidelijk evolutie: zie p. 374 en voetnoot 60).

¹⁸⁶² R.O. DALCQ, *Traité*, I, 165 (nr. 257); H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 934.

¹⁸⁶³ F. LAURENT, *Principes*, XX, 474 (“*un acte dépendant de la volonté*”).

¹⁸⁶⁴ Zie bijvoorbeeld: L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, II, 231.

moest de rechtspersoon wél in het luik objectieve gedragsbeoordeling van het foutbegrip passen. Moest de rechtspersoon een objectief onrechtmatig gedrag kunnen worden aangewreven, net zoals dit bij het kind of de geestgestoorde kan, dan was het hele probleem van subjectieve schuld met één moment van conceptuele goede wil opgelost.¹⁸⁶⁵ Als vandaag zonder gewetensbezwaar wordt erkend dat foutiviteit bij de mens niet vereist dat wordt bewezen dat de aangesprokene vanuit psychologisch oogpunt *in concreto* subjectief of moreel schuldig is, wordt het gebrek aan psychologische processen bij de rechtspersoon een wel heel kunstmatig middel om hem buiten artikel 1382-1383 B.W. te houden.¹⁸⁶⁶ De behandeling van rechtspersonen bij ontoerekeningsvatbaren is inderdaad kunstmatig.¹⁸⁶⁷

479. Veel problematischer voor de toepassing van artikel 1382-1383 B.W. dan het gebrek aan subjectieve schuld, is de vaststelling dat de rechtspersoon geen objectief op onrechtmatigheid beoordeelbaar eigen gedrag ontplooit. De rechtspersoon heeft niet enkel geen geest, maar ook geen lichaam. Afwezigheid van schuldbesef is een zinvolle uitzondering voor mensen, zoals kinderen en geestgestoorden, die fysiek zeer goed in staat zijn schade te veroorzaken op een wijze die *in abstracto* onrechtmatig is. Transplantatie van die uitzondering op rechtspersonen is dan zeer kunstmatig. Dit kan misschien rechtsdogmatisch interessant zijn, maar het probleem is hiermee voor rechtspersonen niet opgelost. Relativering van het “subjectieve element” is niet voldoende. Hoe begaat de rechtspersoon immers een “objectieve onrechtmatigheid”? De *gedragsbeoordeling* die zo centraal staat in de klassieke interpretatie van het foutbegrip, is moeilijk toe te passen op een rechtssubject dat fysiek, materieel geen eigen gedrag vertoont. Het probleem is niet dat de rechtspersoon materieel foutief gedrag vertoont, maar omwille van het ontbreken van normale subjectieve processen niet schuldig kan zijn. Het probleem is dat hij geen materieel foutief gedrag vertoont. Als telkens concreet en in feite is na te gaan waarin het gedrag van het aangesproken rechtssubject afwijkt van het in die omstandigheden objectief te verwachten redelijke gedrag, is die oefening moeilijk denkbaar voor een rechtssubject zonder eigen gedrag. Beoordeling van de zorgvuldigheid en redelijkheid van individueel gedrag steunt traditioneel net sterk op de idee dat de te volgen gedragsnormen zich spontaan aan nor-

¹⁸⁶⁵ Het had volstaan te zeggen dat de rechtspersoon wiens objectief waarneembaar gedrag *in abstracto* foutief is, bepaalde onlosmakelijk met de menselijke psyche verbonden verweermiddelen niet ter beschikking staan. Dit was wellicht niet zo moeilijk geweest aangezien de – puur theoretische – onverantwoordelijkheid van rechtspersonen steeds werd opgevoegd om ze te bestrijden.

¹⁸⁶⁶ In dit verband valt eraan te herinneren – zonder dat dit punt historisch werd uitgediept – dat zelfs SAVIGNY geen probleem zag in het feit dat rechtspersonen civielrechtelijk “*verklagt werden*” voor “*Rechtsverletzung*”, die immers meestal een “*blos materielle Natur*” had. Het Savigniaanse deliktsbegrip valt niet samen met de 1382-fout (*supra* voetnoot 108).

¹⁸⁶⁷ Terecht: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 759. VAN GERVEN stelt op dit punt voor de volgende druk overigens een wijziging in het vooruitzicht: W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 374.

maal voorzichtige en redelijke mensen openbaren in functie van de voortdurend evoluerende interactie tussen hun zeer concrete gedrag en de externe feitelijke omstandigheden waarin zij zich bevinden. Het lijkt kunstmatig die oefening op een zinvolle manier inhoud te geven voor rechtspersonen zonder impliciet hetzij de zorgvuldigheid bij mensen binnen de rechtspersoonlijke organisatie te toetsen, hetzij de zorgvuldigheidstoets zodanig te abstraheren dat ze objectieve aansprakelijkheid wordt.

480. Maar hier komt een tweede evolutie in het foutbegrip misschien te hulp, ditmaal *binnen* het onrechtmatigheidsluik van de foutbeoordeling. Wetsovertreding via inbreuk op een specifieke rechtsregel werd immers uitdrukkelijk afgesplitst van de algemene zorgvuldigheidstoets tot een nevengeschikte beoordelingscategorie. Volgens de eenheidsleer levert zulke inbreuk “automatisch” een fout op, of toch minstens een objectieve onrechtmatigheid. Kan de rechtspersoon, nu het belang van psychologische schuld *als regel* werd gerelativeerd¹⁸⁶⁸, vandaag niet minstens onder dit onderdeel van de onrechtmatigheidsbeoordeling worden gevat?

2.3. OBJECTIEVE ONRECHTMATIGHEID EN WETSOVERTREDING VIA INBREUK OP SPECIFIEKE RECHTSREGEL

481. Het valt op dat de kritiek op foutidentiteit tussen rechtspersoon en orgaan¹⁸⁶⁹ meestal uitdrukkelijk of impliciet hetzelfde voorbeeld neemt: het geval waarin de fout bestaat in de inbreuk op een specifieke rechtsregel die op de rechtspersoon rust.¹⁸⁷⁰ Inbreuk op een specifieke rechtsregel als grondslag voor foutaansprakelijkheid is een rijkgeschakeerd leerstuk, dat bovendien de laatste tijd

¹⁸⁶⁸ De uitzondering blijft ook bij inbreuk op specifieke norm relevant voor mensen die schuldonbekwaam zijn (zoals kinderen en geesteszieken): L. CORNELIS, *Beginselen*, 60; G. JOCQUÉ, “Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid”, 7; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1688. Maar zoals zal blijken is het bij specifieke rechtsnormen moeilijk algemene uitspraken te doen. Het leidt weinig twijfel dat de specifieke regel hiervan uitdrukkelijk zou kunnen afwijken, en ook kinderen en geestsgestoorden in haar toepassingsgebied betrekken.

¹⁸⁶⁹ Zie *supra* p. 451 e.v.

¹⁸⁷⁰ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 171; P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 29; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS EN J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak: Vennootschappen 1992-1998”, 319; M. WAUTERS, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders”, 55. De uitzondering is opnieuw VANANROYE, die het inzicht generaliseert tot de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm (J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 766 en 772-774; J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, 85-86).

ogenschoon sterk in ontwikkeling is.¹⁸⁷¹ Het zal hier niet autonoom worden uitgediept.¹⁸⁷² Algemeen wordt aangenomen dat overtreding van een specifieke wettelijke¹⁸⁷³ norm voldoende is om tot de foutiviteit, of minstens het onrechtmatige karakter van het normoverschrijdend gedrag in de zin van artikel 1382-1383 B.W. te besluiten.¹⁸⁷⁴ Dit wordt ook wel eens de *eenheidsleer* tussen fout en wets-overtreding genoemd.¹⁸⁷⁵ De regel moet wel *specifiek* zijn, wat inhoudt dat hij het rechtssubject dat onder zijn toepassingsvoorwaarden valt een welbepaald gebod of verbod oplegt.¹⁸⁷⁶ In dat geval volstaat de overtreding van dit gebod of verbod om tot onrechtmatigheid te besluiten.

De exponentiële toename van de regeldichtheid in ons rechtssysteem, heeft deze foutcategorie natuurlijk sterk aan belang doen winnen. De eenheidsleer brengt dan voor rechtspersonen een evidente vraag aan het licht. Als de fout zodanig geobjectiveerd is dat zij volgt uit de loutere wetsovertreding, zonder verdere beoordeling van de zorgvuldigheid of redelijkheid van het gedrag, kan de rechtspersoon minstens deze klasse fouten dan niet “zelf” begaan, ook zonder orgaantheorie? FORIERS en JAFFERALI denken alvast van wel.

“Ayant manqué à une obligation légale précise mise à sa charge, [la société] méconnaît l'article 1382 du Code civil et commet une faute aquilienne, qui résulte peut-être du comportement négligeant d'un de ses organes, mais pourrait aussi bien découler de la faute d'un de ses agents d'exécution, mandataires ou préposés.

¹⁸⁷¹ Cass. 26 juni 1998, *R.C.J.B.* 2001, 21, noot B. DUBUISSON; Cass. 25 oktober 2004, *N.J.W.* 2004, 1316, concl. J.F. LECLERCQ; Cass. 23 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1437; Cass. 16 september 2005, *Pas.* 2005, I, 1663, *R.W.* 2008-09, 405; I. CLAEYS, “Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn wetschending en fout nog één?” in X (ed.), *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 193-231.

¹⁸⁷² Zelfs in Nederland, waar de uitsplitsing van onrechtmatigheid in deelcategorieën al langer tot de rechtstraditie behoort, blijft tot vandaag de discussie actueel of het hier in werkelijkheid niet om veruitwendigingen van een onderliggend algemeen zorgvuldigheids criterium gaat: C. SIEBURGH, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, 45-48 en 58 e.v.

¹⁸⁷³ In de materiële betekenis: L. CORNELIS, *Beginselen*, 59.

¹⁸⁷⁴ Katalyserend was Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1982, I, 1056, concl. J. VELU. Zie verder: I. CLAEYS, “Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn wetschending en fout nog één?”, 199-200; L. CORNELIS, *Beginselen*, 60; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1563; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 364; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 137.

¹⁸⁷⁵ I. CLAEYS, “Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ...”, 203.

¹⁸⁷⁶ I. CLAEYS, “Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ...”, 199; L. CORNELIS, “Fout en wetsovertreding in het handelsverkeer: enkele beschouwingen”, 53; B. DUBUISSON, “Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile”, noot bij Cass. 26 juni 1998, *R.C.J.B.* 2001, 35; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1563; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 364. Niet elke overtreding van een wet in de materiële betekenis is dus automatisch een fout, indien de wetsbepaling geen welbepaald verbod of gebod bevat: L. CORNELIS, *Beginselen*, 60-61.

Il s'agit donc, en quelque sorte, d'un cas de responsabilité de la société sur la base de la constatation objective et directe qu'elle a manqué à ses obligations légales, sans qu'il faille rechercher quelle est la personne qui l'a placée dans cette situation".¹⁸⁷⁷

482. Een typevoorbeeld lijkt het geval dat aanleiding gaf tot het cassatiearrest van 26 september 2002.¹⁸⁷⁸ Een man kwam ernstig ten val in de draaideur bij het verlaten van een ziekenhuis. Of dit kwam doordat hij door de deur werd aangetikt op de hiel, dan wel omdat hij in een poging contact te vermijden sneller ging dan in zijn toestand mogelijk was, liet het beroepsarrest in het midden. Maar de val – zo stelt de feitenrechter vast – was hoe dan ook het gevolg van gebruik van de draaideur. Een specifieke rechtsnorm verbood het gebruik van draaideuren of draaibomen aan de uitgang van ziekenhuizen, en dit als maatregel in het kader van brand- en paniekbeveiliging in ziekenhuizen.¹⁸⁷⁹ Aangezien dus de draaideur er aan die uitgang “niet mocht zijn”, leverde de aanwezigheid ervan een fout op in de zin van artikel 1382-1383 B.W. die aan het ziekenhuis (een VZW) toe te rekenen was. De uitspraak hield stand in cassatie.¹⁸⁸⁰

De objectieve vaststelling dat de draaideur aanwezig was, en dat dit in strijd was met een verbod dat specifiek op het ziekenhuis rustte, volstond dus als fout. Als de regel het gebod of verbod zodanig resultaatsgericht omschrijft, en de onrechtmatigheid zodanig objectief uit een materiële toestand kan worden afgeleid, lijkt het vandaag inderdaad moeilijk voor te houden dat rechtspersonen de overtreding niet “zelf” kunnen begaan, enkel en alleen omdat mensen binnen zijn organisatie er noodzakelijk materieel van aan de basis liggen. Van heel wat van dit soort regels weet men vanaf het begin dat zij quasi-exclusief op organisaties met rechtspersoonlijkheid van toepassing zullen zijn. Uit de toepassingsvoorwaarden kan dan ook vaak worden afgeleid dat de normbestemming die rechtspersoon is, zich in de logica van de rechtsregel zelf in een toestand van wetsovertreding kan bevinden.

Een vergelijkbaar voorbeeld stelt zich wellicht als de overtreding van een verbod op zich al uit het loutere bestaan van een rechtshandeling kan worden afgeleid. Als de rechtshandeling door iemand binnen de organisatie bevoegd werd verricht, is hij aan de rechtspersoon als eigen toegerekend. De bevoegd verrichte

¹⁸⁷⁷ P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 29. Zie ook: J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, 85.

¹⁸⁷⁸ Cass. 26 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1968.

¹⁸⁷⁹ K.B. van 6 november 1979, *B.S.* 11 januari 1980.

¹⁸⁸⁰ De enige echte rechtsvraag die aan het Hof werd voorgelegd betrof weliswaar de interpretatie van de specifieke regel uit het veiligheidsK.B. Het was immers *prima facie* geen uitgemaakte zaak of het K.B. van 1979 wel het type zeer brede moderne draaideuren voor ogen had waarvan de panelen losstaande vleugels zijn die net als een gewone deur steeds naar buiten kunnen worden opengeduwd in de evacuatie-richting. Het interessante aan de zaak vanuit die optiek, is dat door de technologische vooruitgang die deuren misschien alles bij elkaar de meest veilige keuze zijn geworden, maar toepassing van de eenheidsleer die keuze niettemin foutief maakt.

en aan de principaal toegerekende rechtshandeling die ten aanzien van derden tegelijk een onrechtmatige daad uitmaakt, leidt ook buiten de hypothese van inbreuk op specifieke regel tot aansprakelijkheid van de principaal.¹⁸⁸¹ Alleen is dit voor foutaansprakelijkheid onder de algemene zorgvuldigheidsnorm wellicht eerder uitzonderlijk, omdat van een rechtshandeling zelden kan worden gezegd dat zij *als zodanig* onrechtmatig is. Feitelijke omstandigheden die betrekking hebben op het gedrag van de vertegenwoordiger die ze heeft verricht, zijn doorgaans nodig om tot inbreuk op een algemene zorgvuldigheidsnorm te kunnen besluiten. Maar als uit de toepassingsvoorwaarden van een specifieke regel kan worden afgeleid dat de rechtshandeling in kwestie *als rechtshandeling* verboden is, dan lijkt er weinig bezwaar om uit het feit dat ze werd verricht en aan de rechtspersoon als eigen werd toegerekend af te leiden dat de specifieke regel in hoofdte van de rechtspersoon op wie het verbod rustte, werd geschonden.¹⁸⁸²

483. Alleen is het opletten geblazen met veralgemening. Schending van een specifieke regel is als categorie veel heterogener dan de eenheidsleer gemakshalve aanneemt.¹⁸⁸³ Het feit dat een regel een specifiek gebod of verbod oplegt, maakt overtreding niet als zodanig “rechtstreeks” beoordeelbaar bij rechtspersonen. Dit hangt af van de toepassingsvoorwaarden van de regel in kwestie. Het is niet omdat de zorgvuldigheid van gedrag niet meer beoordeeld moet worden als de norm is overtreden, dat normovertreding steeds kan worden vastgesteld zonder gedrag te beoordelen. Niet alle overtredingen vallen zo objectief af te leiden uit een materiele toestand als de al dan niet aanwezigheid van een draaideur. Vaak moet een zeker menselijk gedragspatroon worden vastgesteld eer de regel kan overtreden zijn. Soms is dit *noodzakelijk eigen gedrag* van de aangesprokene. Aansprakelijkheid voor schending van de specifieke regel die voorschrijft niet sneller te rijden dan vijftig kilometer per uur in de bebouwde kom, vereist gedragsbeoordeling onder de norm (hoe snel reed de betrokkene?) én eigen gedrag van het aangesproken rechtssubject. Het feit dat het ook hier om een specifieke norm gaat, brengt

¹⁸⁸¹ L. CORNELIS, *Beginselen*, 419-424; P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 271; L. SIMONT, “Exposé introductif”, 11; L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux (suite et fin)”, 538-539.

¹⁸⁸² Zie bijvoorbeeld art. 5, § 2 van de wet van 27 maart 1995 betreffende de verzekerings- en herverzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen, dat aan “verzekeringsondernemingen” verbiedt “beroep te doen op” verzekeringstussenpersonen die niet zijn ingeschreven bij de CBFA.

¹⁸⁸³ Dit is één van de fundamentele problemen met de eenheidsleer, vooral als de specificiteit van het voorschrift op de achtergrond raakt ten voordele van wetsovertreding in het algemeen (zie ook: L. CORNELIS, *Beginselen*, 61). Zeker als het criterium zonder onderscheid moet worden toegepast op overheid en particulieren, levert dit problemen op. Niet in elk geval waarin *ex post* wetsovertreding komt vast te staan, was *ex ante* sprake van een zeer specifiek voorschrift met een duidelijke gedragslijn. Niet voor niets, staat de eenheidsleer mede daarom de laatste tijd schijnbaar onder druk, vooral bij overheidsaansprakelijkheid. Zie: I. CLAEYS, “Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn wetschending en fout nog één?”, 208 e.v.; B. DUBUISSON, “Faute, illégalité et erreur d’interprétation en droit de la responsabilité civile”, 71-72.

niet mee dat de rechtspersoon hem “zelf” kan overtreden. Maar soms ook is materieel gedrag weliswaar nodig om overtreding van de norm te beoordelen, alleen hoeft dit gedrag *niet noodzakelijk eigen gedrag* van de normbestemming te zijn. De specifieke regels die aan aannemers voorschrijven inlichtingen in te winnen en/of peilingen te doen omtrent de aanwezigheid van ondergrondse kabels en leidingen op plaatsen waar zij werken aanvatten¹⁸⁸⁴, vereist gedragsbeoordeling om te weten of de norm overtreden is. Overtreding van de norm levert weliswaar een fout op, maar tot overtreding kan pas worden besloten na een soms intensief feitenonderzoek over wie waar welke plannen aanvroeg, of er hiaten in de antwoorden zaten, of die tot bijkomende vragen om inlichtingen aanleiding hadden moeten geven, enzovoort. Gevallen zoals het draaideurongeval mogen niet de illusie wekken dat de wetsovertreding steeds quasi-mechanisch kan worden afgeleid uit een materiële toestand. De wetsovertreding als automatische fout verbergt vaak heel wat gedragsbeoordeling, maar dan onder de specifieke norm eerder dan onder de algemene zorgvuldigheidsnorm.¹⁸⁸⁵ Maar ook in dit geval lijkt conceptueel het besluit mogelijk dat de rechtspersoon de norm *zelf* overtrad, al wordt die overtreding afgeleid uit de beoordeling van materieel gedrag van binnen de organisatie werkzame mensen. Objectieve onrechtmatigheid is in dit soort gevallen onmogelijk zonder beoordeling van materieel gedrag onder de norm, maar dit materiële gedrag hoeft niet van de normbestemming zelf uit te gaan. Een rechtssubject kan zelf de wet overtreden, zonder zelf de inbreuk materieel te begaan. Ook hier zijn moeilijk *in abstracto* algemeen geldende uitspraken over te doen, gelet op de heterogeniteit van de categorie “inbreuk op specifieke regel”. In wezen vereist de oefening steeds een interpretatie van de regel in kwestie. Maar vaak zal het niet onredelijk zijn uit de norm af te leiden dat de normbestemming voor de naleving ervan instaat, ook door personen die hij met de naleving ervan heeft belast of die hij met activiteiten heeft belast waarin de naleving van belang is.

484. In al deze gevallen is duidelijk dat de eigen fout van het orgaan om tot aansprakelijkheid van de rechtspersoon te kunnen besluiten, ver af is. Niet enkel omdat de specifieke regel niet op bestuurders persoonlijk rust. Hij rust evenmin op de personeelschef die bijvoorbeeld de inbreuk materieel beging. Maar vooral omdat het materiële gedrag dat overtreding uitmaakt, niet noodzakelijk – zelfs niet bij wege van nalaten – door een orgaan werd begaan. Die vaststelling laat zich niet meer vatten via het ezelsbruggetje van de “anonieme fout” van een orgaan.

¹⁸⁸⁴ Over dit probleem bestaat heel wat rechtspraak. Zie K. UYTTERHOEVEN, “Ondergrondse constructies in het Belgische aansprakelijkheidsrecht” in C. ADRIAANSENS en V. SAGAERT (eds.), *Ondergrondse constructies in het Belgische en Nederlandse recht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 76 e.v.

¹⁸⁸⁵ Het volstaat hiertoe de voorbeelden te lezen die bijvoorbeeld in de rechtspraakoverzichten opduiken bij 1382-aansprakelijkheid op grond van inbreuk op een specifieke regel. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1566 e.v.

Bij overheden werkte dit vrij goed, omdat de overheid veel organen had. Het was snel onwaarschijnlijk dat niet minstens een orgaan een nalaten had begaan. Maar voor rechtspersonen van privaatrecht ligt de zaak anders. Voor feiten zoals onvoldoende peilingen op een lokale bouwplaats van een multinationale bouwgroep of zelfs de keuze van een deur binnen een toegekend budget in een ziekenhuis, kan moeilijk worden aangenomen dat de overtreding steeds wel ergens door een orgaan moet zijn begaan.¹⁸⁸⁶ En aangezien de anonieme fout vooral een bewijsrechtelijk procedé is, zou dit ook niet voldoende zijn. In hoofde van een rechtspersoon die positief bewijst dat de inbreuk door een verkoopsdirecteur werd begaan en zijn raad van bestuur steeds zeer plichtsbewust heeft gehandeld en niets te verwijten valt, kan onder omstandigheden toch een eigen wetsovertreding worden vastgesteld, maar geen “anonieme” fout van een orgaan meer.

485. De vaststelling van FORIERS, VANANROYE en de overige genoemde auteurs is dus in die zin correct. Het lijkt conceptueel niet onmogelijk de rechtspersoon “rechtstreeks” op grond van artikel 1382-1383 B.W. tot schadevergoeding te veroordelen wegens overtreding van een specifieke norm die materieel door een ander werd begaan, zonder dat de vraag of een orgaan een fout beging aan de orde is. Er is wel meer te benadrukken dat dit niet noodzakelijk enkel volgt uit het feit dat de norm als zodanig niet op het orgaan rust dat hem overtrad. Vaak is ook de materiële overtreding van de norm niet op organiek niveau begaan. Hoe groter de organisatie, hoe groter die kans. En toch begaat, als de toepassingsvoorwaarden van de specifieke regel dit toelaten, de rechtspersoon zelf de wetsovertreding. Even duidelijk is dan dat uit de wetsovertreding op zich niet kan worden afgeleid dat bestuurders zelf een fout begingen waarvoor zij ten aanzien van derden aansprakelijk zijn. De 1382-aansprakelijkheid loopt hier via een ander kanaal dan de fout van het bestuursorgaan. Het is de zoveelste nagel in de kist van de orgaantheorie. Maar het komt er nu op aan geen oude ketens voor nieuwe te ruilen. Hier werd geen nieuw *suigenerispad* naar rechtspersoonlijke aansprakelijkheid blootgelegd. Onder de wildgroei van de orgaantheorie, werd in hoofdzaak gewoon het gemeen recht herontdekt.

2.4. GEEN NIEUW AUTONOOM RECHTSPERSOONLIJK TOEREKENINGSMECHANISME

486. De rechtspersoon kan dus bij overtreding van een specifieke regel voor eigen fout aansprakelijk zijn op grond van artikel 1382-1383 B.W. zonder hulp van

¹⁸⁸⁶ En zelfs waar het orgaan zelf een fout beging, is duidelijk dat dit dan niet noodzakelijk de fout is waarover het slachtoffer zich wil beklagen. Als de raad van bestuur van de multinationale bouwgroep een gebrekkig intern *compliancebeleid* moet worden verweten, zal het slachtoffer heel wat werk hebben om causaal verband met zijn schade aan één kabel op een lokale bouwplaats aan te tonen.

de orgaantheorie. Hiermee werd echter geen nieuw rechtspersoonlijk toerekeningsmechanisme blootgelegd. Met autonome 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon zonder orgaantheorie bij inbreuk op specifieke regel werd gewoon het gemeen recht herontdekt. Het afwerpen van de orgaantheorie laat toe te zien wat zij nodeloos compliceerde. Wetsovertreding door de normbestemming zonder dat hij de materiële inbreuk zelf beging, heeft *vanuit theoretisch oogpunt* niet veel specifiek rechtspersoonlijks om het lijf. Zijn de gevallen waarin de rechtspersoon zelf een wetsovertreding beging zonder dat eigen materieel gedrag nodig is, immers niet in grote lijnen gevallen waarin *ook mensen* die normbestemming waren in vergelijkbare omstandigheden de wetsovertreding zouden hebben begaan?

Vanuit *praktisch oogpunt* zal die vraag zich niet zo vaak stellen omdat rechtspersonen zo alomtegenwoordig werden in het maatschappelijke verkeer. De natuurlijke persoon die zelf handelaar of industrieel is, is in de praktijk met uitsluiten bedreigd, zeker als de activiteit een zekere omvang bereikt en personeel wordt ingeschakeld. Maar theoretisch blijft het een relevant vergelijkingspunt. Het eigene van sommige specifieke regels is nu net dat hun overtreding vrij objectief kan worden afgeleid uit de aanwezigheid of de afwezigheid van een bepaalde materiële toestand, van een bepaald “resultaat”, eventueel in combinatie met gedrag dat niet noodzakelijk eigen gedrag van de normbestemming is. Het is – weliswaar steeds afhankelijk van de concrete toepassingsvoorwaarden van de regel – niet altijd nodig dat de overtreding materieel werd begaan door eigen gedrag van de normbestemming om toch tot overtreding van de regel in zijn hoofde te besluiten. De werkgever die natuurlijke persoon is, schendt evengoed “zelf” de regel indien bedrijfsvoorheffing niet wordt doorgestort door een personeelslid of een boekhouder belast met de betalingen.¹⁸⁸⁷ De natuurlijke persoon die een ziekenhuisactiviteit zou uitbaten¹⁸⁸⁸, is evengoed onderworpen aan het verbod op draaideuren bij de uitgang. Het is niet nodig dat hij de draaideur zelf geplaatst heeft, of zelf de beslissing tot plaatsing heeft genomen, om met het voorschrift in overtreding te zijn. De aannemer die natuurlijke persoon is, kan zelf sommige specifieke veiligheidsvoorschriften ten aanzien van derden overtreden, ook al werd de overtreding materieel begaan door een bouwvakker. De normbestemming is meestal niet bevrijd door het loutere feit dat hij een ander heeft ingeschakeld bij de naleving en hem geen eigen materieel onzorgvuldig gedrag kan worden verweten (bijvoorbeeld bij de keuze van zijn personeel, bij het geven van instructies, enzovoort). Opnieuw is het opletten met veralgemening. Het ant-

¹⁸⁸⁷ Dit is het voorbeeld dat FORIERS en JAFFERALI geven, maar dan in het kader van een BVBA waar de zaakvoerder instructie geeft aan een werknemer om een belastingschuld te betalen, en de werknemer dit nalaat binnen de gestelde termijn: P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 28.

¹⁸⁸⁸ Opnieuw: het feit dat dit voorbeeld theoretisch is, doet niets af aan de waarde als vergelijkingspunt.

woord hangt in de eerste plaats af van een interpretatie van de specifieke regel in kwestie. Maar een ding is duidelijk. Als overtreding van een specifieke regel door een normbestemming als gevolg van materieel gedrag van personen waarop de normbestemming een beroep doet, in een aantal gevallen inderdaad eigen wets-overtreding oplevert, dan is het een leerstuk dat evengoed voor natuurlijke personen opgaat. Het feit dat de regel in zijn specifieke vorm niet als zodanig op de hulppersonen rust, verhindert niet dat hun materieel gedrag aanleiding geeft tot vaststelling van de overtreding in hoofde van de normbestemming. Maar met een bewijs het feit dat de normbestemming bij wie die overtreding werd vastgesteld een rechtspersoon is, niet dat plots een nieuw rechtspersoonlijk toerekeningsmechanisme werd ontdekt.

487. Wel blijkt hier dat het succes van de eenheidsleer binnen het foutbegrip van artikelen 1382-1383 B.W. nog heel wat vragen onbeantwoord laat. Moet elke inbreuk op specifieke norm via de eigen foutaansprakelijkheid van artikelen 1382-1383 B.W. worden gekanaliseerd, als de band met een eigen foutieve daad soms zeer abstract wordt? Objectieve aansprakelijkheid lijkt soms niet ver af.¹⁸⁸⁹ Meer algemeen is buitencontractuele aansprakelijkheid niet altijd de meest zinvolle manier om de sanctie op inbreuk van een specifieke regel te begrijpen. Het sanctieregime is steeds de eerste plaats in de specifieke regel zelf, en in de logica van de rechtsmaterie waarin hij zich inschrijft, te zoeken.¹⁸⁹⁰ Niet elke technische discussie in een welbepaald materieel rechtsdomein moet een existentiële uitdaging worden voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht doordat de inpassing via “inbreuk op specifieke regel” juridisch-technische moeilijkheden oplevert. Inbreuk op specifieke regel als nevens geschikt foutcriterium, loopt anders het risico een paard van Troje te worden.

Zo is met betrekking tot het weerkerende voorbeeld van onbetaalde belastingsschulden de vraag toch of dit meest zinvol via buitencontractuele aansprakelijkheid voor inbreuk op een specifieke regel wordt benaderd. FORIERS en JAFFERALI geven het voorbeeld van de zaakvoerder van een BVBA die aan een werknemer de opdracht geeft een belastingsschuld te betalen, maar die werknemer dit niet doet.¹⁸⁹¹ Benaderd via inbreuk op specifieke regel, levert dit vuurwerk op. De rechtspersoon is aansprakelijk op grond van artikelen 1382-1383 B.W. zonder dat het orgaan een fout beging, en het orgaan is niet aansprakelijk ook al beging de rechtspersoon een eigen 1382-fout. Maar de verplichting om

¹⁸⁸⁹ Ook in dat geval is er natuurlijk weinig bijzonders aan het feit dat die aansprakelijkheid op de rechtspersoon “zelf” rust. Eerder werd al vastgesteld dat objectieve aansprakelijkheid best zonder orgaantheorie tot “rechtstreekse” aansprakelijkheid van de rechtspersoon kan leiden. Zie *supra* p. 320 e.v.

¹⁸⁹⁰ L. CORNELIS, “Plaidoyer pour une responsabilité uniforme en cas d’abus de fonction”, 318-319.

¹⁸⁹¹ P.A. FORIERS en R. JAFFERALI, “La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes”, 28.

belastingsschulden te betalen, wordt jegens de belastingplichtige niet in de eerste plaats afgedwongen via artikelen 1382-1383 B.W. Als die verplichting wordt miskend, zijn artikelen 1382-1383 B.W. evenmin nodig om van de rechtspersoon-belastingplichtige betaling te vorderen. De vraag kan wel zijn of mensen die materieel voor de betaling instonden en dit nalieten, persoonlijk voor de belastingsschuld van de opdrachtgever kunnen worden aangesproken (normaal bij insolventie). Maar brengt het dan veel bij voor het antwoord hierop te vertrekken van de idee dat de rechtspersoon voor de betaling van zijn belastingsschulden buitencontractueel aansprakelijk is wegens inbreuk op een specifieke regel? Of volstaat de vaststelling dat belastingsschulden – behoudens uitdrukkelijke wettelijke uitzondering – persoonlijk zijn aan het rechtssubject dat er de schuldenaar van is? Niet voor elke aanspraak op de rechtspersoon is buitencontractuele foutdissociatie nodig om diezelfde aanspraak op natuurlijke personen binnen zijn organisatie af te weren. Soms volstaat de vaststelling dat de aanspraak op de rechtspersoon, ook al volgt zij uit een specifieke regel van materieel recht, niet op het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht steunt. Net zoals de verplichting tot naleving van contractuele verbintenissen niet op het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht steunt en zij enkel van de schuldenaar kunnen worden afgedwongen. Zoals bij contractuele verbintenissen de maat van de aanspraak in de eerste plaats in de overeenkomst is te zoeken, is bij verbintenissen uit specifieke rechtsregel de maat ervan in de eerste plaats in de rechtsregel zelf te zoeken.¹⁸⁹² In het geval van belastingsschulden zijn die meestal op grond van de specifieke regel zelf, en de rechtsregels waarin die zich inschrijft, persoonlijk aan de schuldenaar.

2.5. SAMENSPEL MET ARTIKEL 1384, LID 3 B.W. BLIJFT NODIG

2.5.1. Artikelen 1382-1383 B.W. niet de heilige graal voor rechtspersonen

488. Het enthousiasme voor de ontdekking van autonome 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon zonder orgaantheorie bij overtreding van een specifieke norm, mag dus niet uit de hand lopen. Het is maar een facet van een stilaan hernieuwd beeld van rechtspersoonlijke aansprakelijkheid dat meer aansluiting zoekt bij het gemeen recht, weg van het radicale *suigenerisverhaal* van de orgaantheorie. Dit is niet het moment om oude ketens door nieuwe te vervangen en het

¹⁸⁹² Hierbij lijkt het onvermijdelijk dat relatieve onrechtmatigheid of “*Schutznormtheorie*”, waarvan misschien wat snel wordt aangenomen dat zij in het Belgische recht niet geldt, bij inbreuk op specifieke regel impliciet steeds een rol heeft te spelen. Zie: B. DUBUISSON, *Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle (1)*, in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Prel. titel – boek 3, Brussel, Editions Kluwer, 2003, 41-42. Zie ook in het algemeen: L. CORNELIS, *Beginselen*, 37.

hele rechtspersoonlijke aansprakelijkheidsregime nu via het patroon van “rechtstreekse” en “eigen” aansprakelijkheid bij schending van specifieke norm te dwingen.¹⁸⁹³ Het is net het pluralisme van het gemene aansprakelijkheidsrecht, met zijn onderscheiden aansprakelijkheidsgronden toegepast op de verschillende rechtssubjecten of risicofactoren die bij de rechtspersoonlijke activiteit betrokken zijn, dat moet herontdekt worden. In dat opzicht is duidelijk dat in rechtspersoonlijk verband artikel 1384, lid 3 B.W. een cruciale rol blijft spelen. Zeker als wordt erkend dat ook bestuurders gewoon aangestelden van de rechtspersoon zijn.¹⁸⁹⁴

De rechtspersoon van privaatrecht blijft immers een immaterieel rechtssubject dat zijn activiteit ontplooit via mensen die voor hem werken. Het eeuwige verlangen om de rechtspersoon in het bereik van artikel 1382-1383 B.W. te brengen, mag niet uit het oog doen verliezen dat net objectieve aansprakelijkheid voor binnen zijn organisatie opererende mensen dit type rechtssubject als gegoten zit. Artikel 1384, lid 3 B.W. laat toe de rechtspersoon aan te spreken *zonder eigen fout*, voor schade die aangestelden in het kader van hun functie veroorzaakten. Dit is een cruciaal onderscheid met het eigen daderschap van de rechtspersoon in het strafrecht, dat ook in het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht een sterke invloed op de geesten begint uit te oefenen.¹⁸⁹⁵ Zelfs met hulp van specifieke regels kan de eigen fout van een rechtspersoon snel bijzonder complex worden gemaakt, als ze werkelijk autonoom moet zijn en niet van die van mensen mag worden afgeleid.¹⁸⁹⁶ Een cruciaal onderdeel van de aansprakelijkheidsdekking voor rechtspersonen blijft dat *ook zonder* die eigen fout, de rechtspersoon aansprakelijk is als de schade door aangestelden onrechtmatig werd veroorzaakt. Als dan erkend wordt dat ook bestuurders aangestelden van de rechtspersoon zijn, heeft het slachtoffer een instrument in handen dat – tenzij in gevallen van bijzonder specifieke en resultaatgebonden regels – beroep op artikel 1382-1383 B.W. vaak tot een overbodige omweg maakt.

2.5.2. Artikel 1384, lid 3 B.W. en de specifieke regel

A. Een probleem?

489. Het argument dat de rechtspersoon bij inbreuk op specifieke regel 1382-aansprakelijkheid moet kunnen oplopen zonder fout van het orgaan, omdat de regel niet op het orgaan persoonlijk rust, leidt tot een evidente vervolgvraag. Stelt hetzelfde probleem zich niet op niveau van artikel 1384, lid 3 B.W.? Dit wets-

¹⁸⁹³ Dit is *grosso modo* de weg die VANANROYE kiest. Dit word verder toegelicht *infra* p. 511 e.v.

¹⁸⁹⁴ Zie *supra* p. 418 e.v.

¹⁸⁹⁵ X. DIEUX en Y. DE CORDT, “Examen de jurisprudence (1991-2005): Les sociétés commerciales”, 516; K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA”, 6-7; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 770-771; M. WAUTERS, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders”, 54. Zie hierover ook *infra* p. 552 e.v.

¹⁸⁹⁶ Zie hierover meer uitgebreid *infra* p. 534 e.v.

artikel vereist toch ook een *fout van de aangestelde*? Als een aangestelde de inbreuk begaat, en de aansprakelijkheid vereist een eigen fout, kan dan evenmin de eenheidsleer spelen?

In Nederland drukte HOEKZEMA de vraag het scherpste uit. De aangestelde begaat geen fout door de loutere overtreding van een rechtsnorm die tot de aansteller is gericht.¹⁸⁹⁷ De aansteller anderzijds, heeft de inbreuk niet materieel begaan. Dus kan bij geen van beiden de wetsovertreding op zich als persoonlijke fout gelden “*wat tot het ongewenste resultaat zou kunnen leiden dat bijvoorbeeld een onderneming niet aansprakelijk gesteld kan worden als de op haar rustende verplichtingen worden geschonden door personen die binnen deze onderneming werkzaam zijn*”.¹⁸⁹⁸ Vanuit een lichtjes andere invalshoek, steunt ook VANANROYE’s kritiek op ons huidig Belgische systeem op dezelfde idee.¹⁸⁹⁹ Als beschuldiging aan het adres van een aansprakelijkheidssysteem dat sterk op artikel 1384, lid 3 B.W. rust, zou dit kunnen dit tellen.

490. In België ging nog weinig aandacht naar dit probleem. Onze klassieke auteurs zouden wellicht door deze verdwijntruc met verstomming geslagen zijn. Net waar de wet uitdrukkelijk een bijkomende en specifieke verplichting oplegt, zou het rechtssubject hiervoor niet meer aansprakelijk zijn omdat hij een ander had ingeschakeld bij de naleving ervan of voor de activiteit waarbinnen naleving nodig was?¹⁹⁰⁰ Dit lijkt bijzonder onwaarschijnlijk en wellicht mede daarom kreeg de vraag nooit veel aandacht. Op zich is dit veelbetekenend. Dat vele gevallen van inbreuk op specifieke verplichtingen van een rechtspersoon-onderneming door aangestelden worden begaan, lijkt immers evident. Is dit een onontdekt probleem omdat artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet in België *de facto* toelaat er te weinig aandacht aan te besteden? Toch niet. Het probleem is grotendeels illusoir.

B. Foutbeoordeling *in abstracto*, waarbij regel deel is van het (professionele) feitelijke kader waarin gedrag wordt beoordeeld

491. Door de vraag uitdrukkelijk op het niveau van artikel 1384, lid 3 B.W. te brengen, wordt allereerst snel duidelijk dat argumenten rond normbestemme-

¹⁸⁹⁷ J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 149.

¹⁸⁹⁸ J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 149.

¹⁸⁹⁹ Namelijk doordat het volgens deze auteur zowel voor organen als voor aangestelden steeds steunt op een van de fout van mensen “afgeleide fout”: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 757. Zie hierover meer uitgebreid *infra* p. 511 e.v.

¹⁹⁰⁰ Het is niet nodig dat hij de vraag in zijn moderne vorm uitdrukkelijk behandelt, om uit lectuur van het werk van LAURENT af te leiden dat hij de mogelijkheid wellicht zelfs niet ernstig zou nemen. Zie F. LAURENT, *Principes*, XX, 418 e.v. (en de manier waarop randnummer 402 in de inhoudstafel wordt samengevat), 506-508, 606 e.v. en 618 e.v. (en vergelijk ook, in het kader van de huidige discussie over onoverkomelijke dwaling bij overheidsaansprakelijkheid: p. 514-515).

lingschap en inbreuk op specifieke regel soms wat al te fijnbesnaard en technisch worden voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De eenheidsleer was voor rechtssubjecten van privaatrecht oorspronkelijk vooral een hulpmiddel om het slachtoffer te helpen zorgvuldigheidsnormen in specifieke omstandigheden te concretiseren. Het opzet was niet om de vele rechtsdomeinen waarin de overheid steeds meer specifieke regels ging voorschrijven, via artikel 1382-1383 B.W. tot technische subdomeinen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht te maken. Specifieke wetsbepalingen zijn een stuk technischer dan artikel 1382-1383 B.W. Zeker als ze deel uitmaken van rechtsdomeinen die in hun geheel technisch en complex zijn, en ook op die manier worden beoefend. De vraag of een wetsbepaling werd overtreden en door wie, geeft dan aanleiding tot complexe discussies en technische onderscheiden binnen de logica van die rechtsmaterie. Vaak ook omdat aan de overtreding binnen die rechtsmaterie specifieke sancties zijn verbonden. Met de eenheidsleer bestaat ietwat ironisch het gevaar dat deze benaderingswijze discussies over foutaansprakelijkheid onder artikel 1382-1383 B.W. scheeftrekt. Technische nuances uit een complex materieel rechtsdomein zijn niet noodzakelijk even relevant voor een gedragsbeoordeling die grotendeels *in abstracto* verloopt en wordt geconcretiseerd aan de hand van de *feitelijke omstandigheden*.

Zo gebruikt de foutaansprakelijkheid al jaar en dag, als deel van de externe feitelijke omstandigheden die de rechtmatigheid van iemands gedrag moeten helpen beoordelen, feitelijke elementen als de hoedanigheid, de professionele context en de kwalificaties van de betrokkene.¹⁹⁰¹ De fout van de dokter die voor een gespecialiseerd hartcentrum werkt, wordt anders beoordeeld dan die van de huisdokter, die op zijn beurt niet wordt beoordeeld als die van een gemiddeld normaal voorzicht en redelijk mens. De professionele situatie, met inbegrip van de regels die daarop inwerken, wordt zo “*als het ware geobjectiveerd*”¹⁹⁰² en groeit uit tot een professionele “tweede huid” rond de dader die helpt de inbreuk in zijn context te beoordelen. Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is er altijd al in geslaagd het gedrag van, bijvoorbeeld, bankiers te toetsen, ook al hadden de betrokkenen niet persoonlijk de hoedanigheid van bankinstelling. Normen die gelden in het kader van een bepaalde activiteit, gelden voor doeleinden van buitencontractuele foutbeoordeling vaak evengoed voor mensen die daarin professioneel actief zijn, ook als is die activiteit in rechtspersoonlijk verband gestructureerd.¹⁹⁰³ Grote theoretische nood over de vraag of hier al dan niet het “automatisme” tussen fout en inbreuk op specifieke regel kan spelen, is dan toch

¹⁹⁰¹ L. CORNELIS, *Beginselen*, 35; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 166 (nr. 264); H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT EN M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1609 e.v.; W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, 368-365; T. VANSWEEVELT EN B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 130-131.

¹⁹⁰² T. VANSWEEVELT EN B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 130-131.

¹⁹⁰³ Opnieuw hangt dit in de eerste plaats af van de specifieke norm in kwestie.

vooral een kunstmatig artefact van de op zich contingente rechtsdogmatische opdeling van de fout in twee nevengeschikte categorieën.

492. Dit illustreert trouwens ook een tweede punt dat eerder al werd vastgesteld. De kritiek op foutidentiteit, de – impliciete – vraag naar 1382-aansprakelijkheid zonder orgaantheorie, en het weerkerende voorbeeld van inbreuk op specifieke regel in dit verband, spreekt op *niveau van bestuurders* vooral aan omdat die in grote organisaties niet noodzakelijk *zelf de inbreuk begingen*, eerder dan omdat de bestuurders niet *zelf normbestemming* zijn.

Als bestuurders *wel zelf* de inbreuk begingen, is een sterk technisch gekleurd onderscheid louter op grond van het argument dat de norm die wordt geschonden op de rechtspersoon rust, eerder vreemd aan de traditionele buitencontractuele analyse.¹⁹⁰⁴ Maar als de inbreuk *elders* in de organisatie werd begaan, is er op grond van de meest klassieke principes (zonder verblinding door de orgaantheorie) niets vreemd aan het feit dat bestuurders hierdoor niet automatisch een persoonlijke fout begingen. Een soort algemene buitencontractuele resultaatsverbin-
tenis bij bestuurders om ervoor te zorgen dat de rechtspersoon geen specifieke regels miskent, is in België (nog) niet aan de orde.¹⁹⁰⁵ Alleen de carambole via de orgaantheorie *à la belge* wekt dan de indruk dat de eigen 1382-fout van de rechtspersoon ergens wel een schuldig orgaan impliceert. Maar om die ongepaste carambole af te wenden, is het niet nodig artikel 1382-1383 B.W. specifiek voor rechtspersonen te herschrijven in functie van een al te technisch onderscheid tussen normbestemmingen. Voor bestuurders die zelf een inbreuk begingen, of onvoldoende deden om een inbreuk te vermijden, op een specifieke regel die, omdat de rechtspersoon die zij besturen er de normbestemming van is, onderdeel is van de feitelijke (professionele) context waarin die bestuurders hun taak uitoefenen, zal de eigen fout *in abstracto* niet snel worden afgevoerd met het technische argument dat zij niet persoonlijk normbestemming zijn.¹⁹⁰⁶

¹⁹⁰⁴ Zie: J. VAN RYN en X. DIEUX, “La responsabilité des administrateurs ou gérants d’une personne morale à l’égard des tiers”, 402 (nr. IV) voor een schoolvoorbeeld van een klassieke analyse. Deze auteurs stellen vast dat bestuurders een sociale rol spelen die vergelijkbaar is met wie in eigen naam een economische onderneming uitbaat. Zij vervolgens: “*Leur situation diffère de celle de l’exploitant d’une entreprise individuelle mais uniquement en ce qu’ils accomplissent une mission pour compte d’autrui – la personne morale dont ils ont la gestion. Via-à-vis des tiers, cette circonstance est indifférente (...) les administrateurs ou gérants se rendent coupable d’un comportement qui serait dans les mêmes conditions répréhensibles dans le chef de l’exploitant d’une entreprise individuelle et qui, comme tel, justifie donc l’application des articles 1382 ou 1383 du Code civil s’il en est effectivement résulté un dommage*”.

¹⁹⁰⁵ Vergelijk: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 173. Zelfs de verzwaarde externe aansprakelijkheid in sommige vennootschapsvormen voor schending van de vennootschappenwet en de statuten, vereist voor overtredingen waaraan hij geen deel had, bij de bestuurder eigen schuld of, zodra hij van de overtreding kennis kreeg, de niet-melding aan, al naar gelang het geval, de eerste algemene vergadering of raad van bestuur (art. 263, 408 en 528 W.Venn.).

¹⁹⁰⁶ Opnieuw: dit hangt in de eerste plaats af van de specifieke norm in kwestie. Maar het voorbeeld van laattijdige faillissementsaangifte, dat heel deze argumentatie op gang bracht, is bij-

C. De onrechtmatige daad die schade veroorzaakt in de bediening

493. De aangestelde die in de uitoefening van zijn functie (“bediening”) een in het kader van die functie relevante norm schendt waarmee hij derden schade berokkend, zal dus vaak ook zelf wel *in abstracto* beoordeeld foutief hebben gehandeld. Maar er is een tweede – subtielere – reden waarom het door HOEKZEMA gesignaleerde probleem onder het Belgische artikel 1384, lid 3 B.W. veel minder bezwaar oplevert. Een *theoretische* dissociatie tussen de *eigen foutaansprakelijkheid* van de aangestelde en de *objectieve aansprakelijkheid* van de aansteller zit er op meest fundamentele niveau in ingebakken. De *fout van de aangestelde* wordt weliswaar traditioneel als toepassingsvoorwaarde voor aanstellersaansprakelijkheid genoemd.¹⁹⁰⁷ Hiermee wordt wel degelijk een belangrijke nuance op de letterlijke tekst van artikel 1384, lid 3 B.W. uitgedrukt. Die nuance verduidelijkt dat de aansteller niet aansprakelijk is voor de *rechtmatige daad* van zijn aangestelden, zelfs als die schade veroorzaakt. Maar aanstellersaansprakelijkheid wordt hierdoor niet tot een soort borgstelling van de aansteller voor een voorafgaandelijk en autonoom bestaande eigen foutaansprakelijkheid van de aangestelde herleid.

494. Dit blijkt zowel uit de tekst van artikel 1384, lid 3 B.W., als uit de systematiek van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsbepalingen waarvan het artikel deel uitmaakt. Artikel 1384, lid 3 B.W. is objectieve aansprakelijkheid voor andermans daad. Maar de aansprakelijkheid waarvan sprake is wel degelijk in de eerste plaats die van de aansteller, niet die van de aangestelde. De tekst van artikel 1384, lid 3 B.W., en de plaats van dit artikel binnen de algemene economie van de aansprakelijkheidsregels, laat hierover weinig twijfel bestaan. In bepaald opzicht is buitencontractuele aansprakelijkheid altijd “rechtstreeks” en “eigen”. Geen enkel rechtssubject is aansprakelijk zonder dat de toepassingsvoorwaarden van een rechtsregel specifiek en rechtstreeks in zijn hoofde vervuld zijn. Vanuit het stand-

zonder illustratief. Welk nut zou de regel hebben indien zij geen verplichting aan bestuurders meebracht om (vroeger) binnen de drie dagen aangifte te doen van staking van betaling? Wat betekent het in rechtspersoonlijk verband dat de regel de boeken tijdig neer te leggen “enkel aan de vennootschap is gericht”? (zoals bij: L. CORNELIS, “Fout en wetsovertreding in het handelsverkeer: enkele beschouwingen”, 42; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TASEN J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak: Vennootschappen 1992-1998”, 319; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 767). De echte vraag lijkt eerder *welke* wettelijke verplichting de handelaar en/of zijn bestuurders exact hadden. Het bepalen van het exacte ogenblik van staking van betaling is notoir problematisch. Bestond de verplichting erin aangifte te doen binnen drie dagen nadat men van de staking kennis had of moest hebben? Of legde de wetsbepaling op aangifte doen binnen de drie dagen na het ogenblik waarop de rechter *post factum* en zonder noemenswaardig onderzoek de datum voor aanvang van de verdachte periode vastlegt? De eerste interpretatie komt – mede in het licht van de andere specifieke sancties die de wet aan de verdachte periode verbindt – het meest redelijk voor, ook zonder dat kunstmatig moet worden voorgehouden dat het niet de bedoeling van de regel was bestuurders van een vennootschap-handelaar te verplichten tot tijdige aangifte van het faillissement.

¹⁹⁰⁷ Zie *supra* p. 345 e.v.

punt van elk rechtssubject individueel bekeken, vormen de artikelen 1382-1386bis B.W. een continuüm. Uitgangspunt is steeds de eigen rol en positie in het maatschappelijke verkeer.¹⁹⁰⁸ Op het ogenblik dat de aansprakelijkheidsanalyse voor een *welbepaald rechtssubject* overgaat van artikel 1382-1383 B.W. naar artikel 1384 B.W., wordt de vraag niet naar een parallel universum van eigen 1382-aansprakelijkheid van een *ander rechtssubject* geslingerd.¹⁹⁰⁹ Het blijft in de eerste plaats gaan om de rechtssfeer van het eerste rechtssubject.¹⁹¹⁰ De tekst van artikel 1384, lid 3 B.W. laat hierover wat aanstellersaansprakelijkheid betreft, weinig twijfel bestaan. Aanstellers worden aansprakelijk gemaakt “*voor de schade door hun (...) aangestelden veroorzaakt in de bediening waartoe zij hen gebezigd hebben*”. Aanknopingspunt voor artikel 1384, lid 3 B.W. is de activiteit van de aansteller, en de functie (“bediening”) die de aangestelde daarin vervult, niet de eigen foutaansprakelijkheid van de aangestelde. Het begrip “*faute*” of “schuld” komt in artikel 1384 B.W. zelfs helemaal niet voor.

495. Het is op dit punt dat de “fout van de aangestelde” als toepassingsvoorwaarde voor aanstellersaansprakelijkheid een belangrijke nuance uitdrukt. Letterlijk gelezen, bevat artikel 1384 B.W. immers een tekstargument voor de stelling dat ook de *rechtmatige daad* van de aangestelde, zodra zij binnen de bediening valt en schade aan een derde veroorzaakt (“*l’acte simplement causal*”), tot aansprakelijkheid van de aansteller leidt.¹⁹¹¹ Die stelling heeft het bij aanstelling niet gehaald.¹⁹¹² Aanstelling verleent geen bonus aan slachtoffers die hen toelaat schade te verhalen voor rechtmatige daden die buiten elke aanstelling om evenmin verhaalbaar was geweest. Het objectieve karakter van artikel 1384, lid 3 B.W.

¹⁹⁰⁸ Dit is ontegensprekelijk ook het uitgangspunt van art. 1370 B.W., de aanhef van titel IV van het B.W. (“*Verbintenissen buiten overeenkomst*”).

¹⁹⁰⁹ Dit is natuurlijk duidelijker voor gebrekkige zaken (art. 1384, lid 1.W.), dieren (art. 1385 B.W.) of gebouwen (art. 1386 B.W.). Maar conceptueel is de analyse dezelfde. De vraag is steeds welke rechtsfeiten nodig zijn om tot vereniging van de aansprakelijkheidsvoorwaarden bij het aangesproken rechtssubject te besluiten.

¹⁹¹⁰ Ietwat ironisch is de filosofische gehechtheid die lange tijd bleef bestaan aan de *eigen fout* van de aansprakelijke als grondslag, zelfs waar de aansprakelijkheidsregel in zijn toepassingsvoorwaarden objectief was, hiervan een treffende illustratie.

¹⁹¹¹ P. LECLERCQ, Concl. bij Cass. 21 december 1933, 117 (die het argument verwerpt, zonder te ontkennen dat het uit de tekst lijkt voort te vloeien. Hij besluit dat art. 1384, lid 3 B.W. “*ne signifie pas ce que, d’après sa rédaction, il paraît signifier*”). LAURENT was er natuurlijk wel gevoelig voor: F. LAURENT, *Principes*, XX, 590. Zie voor een historisch overzicht van deze discussie: J. JULIEN, *La responsabilité civile du fait d’autrui. Ruptures et continuités*, Marseille, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2001, 363 e.v. FAGNART geeft de indruk opnieuw aan te knopen bij “*le fait non-fautif du préposé*” als voldoende criterium (J.-L. FAGNART, “Responsabilité du fait d’autrui”, 187). Maar ten aanzien van het echt delicate punt – de rechtmatige daad van de aangestelde waarvoor buiten aanstelling om niemand aansprakelijk zou zijn – valt uit de tekst op te maken dat dit wellicht niet de bedoeling van deze auteur is.

¹⁹¹² Zie R.O. DALCQ, *Traité*, I, 597 (nr. 1882) en de vele verwijzingen. Vergelijk in Frankrijk wel voor aansprakelijkheid voor minderjarige kinderen en voor zaken: G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 712-713 en 1131-1135.

schakelt de aansprakelijkheid van de aansteller functioneel gelijk met het geval waarin hij de activiteit zelf had ontplooid. De aansteller ontleent geen extra verdedigingslinie aan het feit dat hij *zelf* geen fout beging als hij iemand heeft ingeschakeld die ze wel beging. Wie anderen inschakelt om voor zijn rekening te werken moet geen *aansprakelijkheidsbonus* krijgen. Maar er is geen enkele reden om de aansteller omwille van zijn keuze een deel van zijn zaken door anderen te laten uitvoeren, een *aansprakelijkheidsmalus* op te leggen. Het recht beschermt slachtoffers terecht tegen diffusie van verantwoordelijkheid (inclusief insolvabiliteit) die gepaard gaat met de inschakeling van anderen om voor eigen rekening te werken, door de aansteller aansprakelijk te maken zelfs zonder *eigen fout*. Maar als hij bovendien aansprakelijk zou zijn voor elke “*acte simplement causal*” van een aangestelde wordt zijn aansprakelijkheidsbereik plots wel heel sterk verruimd. Er is geen reden om te denken dat het aansprakelijkheidsrecht menselijke samenwerking in het algemeen, en arbeidsverdeling in het bijzonder, derwijze heeft willen penalisieren. Artikel 1384, lid 3 B.W. bestaat opdat het slachtoffer foutief veroorzaakte schade vergoed zou zien, ook als de inschakeling van aangestelden die kans anders zou verkleinen.¹⁹¹³ Niet opdat plots elk nadeel als gevolg van gedrag van anderen kan worden verhaald van zodra een aangestelde er aan de basis van ligt.

496. Het optreden van de aangestelde moet dus in de context van de bediening waarin hij is ingeschakeld, en rekening houdend met de feitelijke omstandigheden waarin hij zich bevindt, *in abstracto onrechtmatig* zijn opdat de schade die hieruit volgt op de aansteller kan worden verhaald. De vraag of de aangestelde jegens het slachtoffer ook zelf op grond van artikel 1382-1383 B.W. *aansprakelijk* is, is dan in wezen een conceptueel onderscheiden vervolgvraag. Een grote sprong zal dit in onze traditie van foutbeoordeling niet noodzakelijk zijn.¹⁹¹⁴ Mede daarom komt het onderscheid tussen de “fout van de aangestelde” en de “schade door een aangestelde veroorzaakt in de bediening” zo weinig uitdrukkelijk aan bod.¹⁹¹⁵ Maar voor een goed begrip is het toch nodig beide elementen gescheiden te houden. Artikel 1384, lid 3 B.W. is geen borgstelling voor eigen foutaansprake-

¹⁹¹³ Door het risico van insolvabiliteit en dispersie van verantwoordelijkheid. Dit is het “risico” waartegen art. 1384, lid 3 B.W. beschermt – niet het risico van de activiteit als zodanig. Het is overigens een drogreden te denken dat het activiteitsrisico als zodanig noodzakelijk toeneemt zodra aangestelden worden ingeschakeld. Vaak zijn die net voor de taak in kwestie meer bekwaam, opgeleid, gespecialiseerd, ervaren, enzovoort. Terwijl het alternatief steeds blijft dat iemand de activiteit voor eigen rekening ontplooit (de aansteller zelf of, als hij het materieel niet meer de baas kan, een concurrent) en daarbij ook maar in geval van fout aansprakelijk is.

¹⁹¹⁴ Die immers, naast foutbeoordeling *in abstracto*, ook nog door ontkenning van de *Schutzormtheorie*, een op de equivalentieleer gestoelde causaliteitsbeoordeling en een schadebegrip dat niet meer vereist dan het verschil tussen twee toestanden, wordt gekenmerkt.

¹⁹¹⁵ Daarnaast spelen pragmatische factoren. Het slachtoffer verkiest vaak de meer solvabele aansteller aan te spreken en de aangestelde ongemoeid te laten. En sinds art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet werknemers immuun maakte voor hun gewone fout, is veel materiële dynamiek onder dit leerstuk weggeslagen. Het is immers net voor gewone fouten dat kon worden verwacht dat het onderscheid tussen eigen aansprakelijkheid van de werknemer op grond van art. 1382-

lijkheid van de aangestelde. Het klopt dat dit punt naar Belgisch recht theoretisch wat onderbelicht is. Maar het vindt bevestiging in zo goed als alle concrete positiefrechtelijke oplossingen die zich aan de marge van het foutvereiste voordoen.

497. Vooreerst moet het slachtoffer niet eerst een veroordeling tegen de aangestelde bekomen, eer het de aansteller kan aanspreken. De aangestelde hoeft zelfs niet in het geding te worden betrokken. Het slachtoffer kan ervoor kiezen enkel de aansteller aan te spreken.¹⁹¹⁶ Daarnaast mag de rechter uit de hem voorgelegde feitenconstellatie afleiden (bij wijze van feitelijk vermoeden) dat *een* aangestelde foutief schade moet hebben veroorzaakt, zonder de aangestelde te identificeren.¹⁹¹⁷ De combinatie van beide regels maakt dat het debat over de fout van de aangestelde vaak zeer abstract wordt. Hierbij speelt ook mee dat de meeste aangestelden werknemers zijn. Die zijn voor hun gewone fout immuun ten aanzien van derden op grond van artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet. Hierdoor heeft het minder nut hen in de procedure te betrekken. Wel is te benadrukken dat deze vaststelling vooral op overwegingen van proces- en bewijseconomie steunen. Het is niet omdat niet elke toepassingsvoorwaarde van een rechtsregel in elke procedure tot discussie aanleiding geeft, dat ze geen toepassingsvoorwaarde meer is.¹⁹¹⁸ Materieelrechtelijk blijft de toepassingsvoorwaarde relevant, en kan verweerder de tegenpartij en de rechter tot het bewijs ervan verplichten. De aansteller kan via zijn verweer twijfels rond identificatie van aangestelden en onrechtmatigheid van hun gedrag bijzonder snel individualiseren. Het voorbeeld moet hier enkel de autonomie van artikel 1384, lid 3 B.W. illustreren. Vanuit procedureel oogpunt is aansprakelijkheid van de aansteller duidelijk geen *accessorium* bij eigen foutaansprakelijkheid van de aangestelde.

Artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet gaf in dit verband overigens ook aanleiding tot een vraag van materieel recht. Werknemers zijn immers niet meer aansprakelijk voor hun gewone fout. Maar het argument dat hierdoor ook de vordering op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. tegen de aansteller-werkgever

1383 B.W. en aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 1384, lid 3 B.W. het meest aan bod zou komen.

¹⁹¹⁶ L. CORNELIS, *Beginselen*, 387; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 16.

¹⁹¹⁷ H. BOCKEN, "De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen", 501; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 986. Dit wordt ook wel de hypothese van de *anonieme fout* genoemd (R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 160; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 392). Ludo CORNELIS wijst er terecht op dat dit procédé – dat geenszins uniek is aan de aanstelling – eerder een bewijsrechtelijke techniek is dan een uitspraak over de toepassingsvoorwaarden van de aansprakelijkheidsregel: L. CORNELIS, *Beginselen*, 50-51 en 384 (en *juncto* p. 443). Zie bijvoorbeeld Cass. 20 december 2006, R.W. 2009-10, 993 (verkort): de rechter kan uit het "gedrag" van een zaak de gebrekkigheid ervan afleiden, indien hij vaststelt dat alle andere oorzaken uitgesloten zijn.

¹⁹¹⁸ Dit is een probleem met het argument voor verkeersopvattingen van Joeri VANANROYE (*infra* p. 511 e.v.).

onmogelijk was geworden, werd door het Hof van Cassatie zonder veel poespas verworpen.¹⁹¹⁹

Meest frappant als voorbeeld van dissociatie tussen de fout van de aanstelde en de aansprakelijkheid van de aansteller, is misschien wel dat van de aangestelde die ontoerekeningsvatbaar is. De meerderheidsopvatting luidt tegenwoordig ontegensprekelijk dat de aansteller in dit geval aansprakelijk is.¹⁹²⁰ Een “objectief onrechtmatige daad” van de aangestelde volstaat. Dit is in zekere zin merkwaardig, omdat de beleidsmatige bekommernis om het aansprakelijkheidsregime zoveel mogelijk neutraal te maken tussen zelf handelen en handelen via aangestelden, hier niet toe noopt. In de mate dat ons aansprakelijkheidsrecht als algemene regel heeft dat schade als gevolg van niet-toerekenbaar onrechtmatig handelen, blijft waar ze valt¹⁹²¹, is dit niet het soort schade waarvoor het slachtoffer normaal vergoeding mag verwachten. Wie slachtoffer wordt van iemand met plotse en onvoorzienbare stuipen heeft pech. Als de dader dezelfde schade had veroorzaakt buiten elke bediening om, had het slachtoffer geen aansprakelijkheidsvordering. Als de aansteller zelf de toeval kreeg, evenmin. Het is daarom ietwat merkwaardig dat het loutere feit dat de schade veroorzaakt werd door een aangestelde binnen de bediening, het slachtoffer plots wél een aansprakelijkheidsvordering verleent. Zelfs hier blijkt dus de roep van de letterlijke wettekst (schade door een aangestelde veroorzaakt binnen de bediening) te sterk.

Tot slot kan als positiefrechtelijk voorbeeld van dissociatie tussen de 1382-fout van de aangestelde en de aansprakelijkheid van de aansteller, ook gelden dat rechtspraak en rechtsleer doorgaans aanvaarden dat de aansteller ook op artikel 1384, lid 3 B.W. kan worden aangesproken als de aangestelde foutloos aansprakelijk is, in het bijzonder als bewaarder van een dier of een gebrekkige zaak.¹⁹²² Ook

¹⁹¹⁹ Cass. 18 november 1981, *R.W.* 1982-83, 859.

¹⁹²⁰ H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 501; R.O. DALCQ, *Traité*, I, 734; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 160; J.-L. FAGNART, “Responsabilité du fait d’autrui”, 187; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en L. WYNANT, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1985-1993)”, 1435; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)”, 1854; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 392; A. VAN OEVELEN, “De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst”, 1201. *Contra*: L. CORNELIS, *Beginselen*, 372; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 889-890; DUMON, *Concl. bij Cass.* 5 november 1981, 322.

¹⁹²¹ Een stelling die nog steeds als uitgangspunt geldt (I. CLAEYS, “Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ...”, 3) ook al zijn de uitzonderingen met de jaren *legio* geworden.

¹⁹²² Cass. 5 november 1981, *Pas.* 1982, I, 316, *concl.* F. DUMON. H. BOCKEN, “De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen”, 504; C. DALCQ, *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, 9; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek*, III, 160; J.-L. FAGNART, “Responsabilité du fait d’autrui”, 187; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 392. *Contra*: L. CORNELIS, *Beginselen*, 395-396; L. CORNELIS, “Plaidoyer pour une responsabilité uniforme en cas d’abus de fonction”, 318. In Frankrijk

hier blijkt dus de *schade door een aangestelde veroorzaakt binnen de bediening* als enig in de wet genoemd criterium sterker dan de *persoonlijke fout* van de aangestelde.¹⁹²³ Maar in dit geval is het uitgangspunt natuurlijk wel een eigen *aansprakelijkheid* van de aangestelde.

498. Al deze voorbeelden illustreren dat de schade waarover het slachtoffer zich jegens de aansteller beklaagt ongetwijfeld *onrechtmatig* door een aangestelde in de bediening moet zijn veroorzaakt, maar dat dit niet noodzakelijk eigen en autonome 1382-aansprakelijkheid in hoofde van de aangestelde vereist – ook al blijft dit ongetwijfeld het *plerumque fit*. Ook in de rechtspraak van het Hof van Cassatie komt dit tot uiting. Het Hof verwijst tegenwoordig eerder naar de *onrechtmatige daad* dan naar de *fout* van de aangestelde.¹⁹²⁴ De kern van het idee was trouwens ook al bij DE PAGE aan te treffen:

“Quand on énonce ce principe que la responsabilité du fait d’autrui suppose l’existence d’une faute dans le chef de la personne dont on répond, on veut simplement dire qu’il faut l’existence d’un acte fautif à l’égard DU TIERS, mais non l’existence d’une faute imputable à l’agent (...)”.¹⁹²⁵

Cyr CAMBIER was nog explicieter:

“La faute requise ainsi, comme condition de la responsabilité du commettant, s’identifie à un acte qui n’est qu’objectivement fautif: un fait illicite est commis dont bien que son auteur n’ait point personnellement à en répondre, le commettant de ce dernier sera responsable. (...) Qu’importe, en effet, dans la logique de cette doctrine que le préposé puisse être tenu personnellement ou non de l’acte illicite qu’il accomplit au service de son commettant. Ceci seul importe, c’est que cet acte ait été commis dans le service”.¹⁹²⁶

eveneens *pro*: J. JULIEN, *La responsabilité civile du fait d’autrui. Ruptures et continuités*, 389 e.v.; G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 1010-1011. *A fortiori* wanneer de aangestelde aansprakelijk is op grond van een foutvermoeden (bijvoorbeeld als leraar): zie Cass. 28 oktober 1994, *Arr.Cass.* 1994, 895.

¹⁹²³ Uiteraard bestaat hier heel wat interferentie met de mogelijkheid de aansteller rechtstreeks aan te spreken als bewaarder van de zaak, of als eigenaar of meester van het dier (zie ook: DUMON, *Concl.* bij Cass. 5 november 1981, 323; G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 1011). Maar net de evolutie van de rechtspraak over feitelijk meesterschap bij dieren, maakt de vraag meer dan louter academisch, zoals het cassatiearrest van 5 november 1981 uitwijst. Zie hierover ook *supra* voetnoot 1286.

¹⁹²⁴ Cass. 24 december 1980, *Pas.* 1981, I, 464; Cass. 4 november 1993, *Pas.* 1993, I, 924; Cass. 14 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1178; Cass. 11 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2147, *De Verz.* 2002, 361.

¹⁹²⁵ H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 892 (drukletters en cursivering in het origineel). Opgelet: de uitspraak wordt hier in deze vorm geciteerd omdat ze de verdedigde ideeën zeer goed illustreert. Maar bij DE PAGE eindigt de zin met “*au sens de la capacité aquilienne*”. Bovendien verwerpt DE PAGE, specifiek voor aanstelling, aansprakelijkheid bij geestesstoornis van de aangestelde.

¹⁹²⁶ C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, 26. In tegenstelling tot wat de aanhef van CAMBIER’s betoog zou doen uitschijnen (p. 25), pleit deze auteur dus niet

499. Schending van een specifieke regel waarvan de aansteller normbestemming is, maar die door de aangestelde in de uitoefening van de functie die hij voor de aansteller uitoefent wordt geschonden, past zeer goed in deze analyse. Voor het slachtoffer volstaat dat zijn schade voortvloeit uit een daad die objectief en *in abstracto* zonder twijfel onrechtmatig is.¹⁹²⁷ Ze vloeit immers voort uit de inbreuk op een regel van positief recht:

“Un acte est illicite (“onrechtmatig”) lorsqu’il est contraire à une règle de droit”.¹⁹²⁸

De schade werd bovendien door een *aangestelde veroorzaakt in de bediening waartoe hij door de aansteller werd gebezigd*. Op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. is de aansteller dus aansprakelijk. De vraag of de aangestelde ook zelf op grond van artikel 1382-1383 B.W. aansprakelijk is ten aanzien van het slachtoffer is hiervan vanuit conceptueel oogpunt onderscheiden. Het feit dat het “automatisme” tussen fout en wetsovertreding op grond van de eenheidsleer misschien niet speelt voor de eigen 1382-fout van de aangestelde, omdat hij niet de normbestemming van de regel is, staat er niet aan in de weg dat de aansteller op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. aansprakelijk is voor de schade die de aangestelde bij derden heeft veroorzaakt doordat hij in het kader van de functie waarin hij werd aangesteld, de wetsovertreding beging.

D. Eigen 1382-aansprakelijkheid

500. Een derde piste waarlangs aansprakelijkheid voor inbreuk op specifieke verplichtingen van de rechtspersoon door aangestelden begaan de rechtspersoon bereikt, werd al behandeld. Er werd vastgesteld dat via de eenheidsleer in onze huidige rechtsdogmatiek er weinig bezwaar tegen bestaat om in sommige gevallen tot 1382-aansprakelijkheid zonder fout van een orgaan te besluiten. Hetzelfde gaat *a fortiori* op voor aangestelden. Zelfs als – zoals hier wordt bepleit – bestuurders aangestelden zijn, hoeft niet elke rechtspersoonlijke aansprakelijkheid via artikel 1384, lid 3 B.W. tot stand te komen. Waar de toepassingsvoorwaarden van de regel toelaten tot wetsovertreding te besluiten als gevolg van het voorliggen of ontbreken van een materiële toestand of resultaat, of zonder dat eigen gedrag moet worden beoordeeld, kan de weg via een aangestelde – zelfs als enkel objectieve onrechtmatigheid vereist is – voor het slachtoffer een overbodige omweg zijn.

voor de theorie van de “*acte simplement causal*” binnen art. 1384, lid 3 B.W. De handeling moet wel degelijk onrechtmatig zijn.

¹⁹²⁷ Hoewel, zoals reeds benadrukt, bij schending van specifieke rechtsregel wellicht meer aandacht is te besteden aan de *Schutznormtheorie*.

¹⁹²⁸ L. CORNELIS, “Plaidoyer pour une responsabilité uniforme en cas d’abus de fonction”, 318.

E. Besluit: vele wegen leiden naar Rome

501. Inbreuk op een specifieke regel die op de rechtspersoon rust, begaan door een aangestelde van de rechtspersoon, stelt dus weinig problemen onder de Belgische aansprakelijkheidsregels. Het is niet omdat dit aansprakelijkheid voor *ander-mans* daad is, dat grote theoretische problemen ontstaan. Vaak zal de aangestelde gewoon een eigen fout begaan, omdat zijn gedrag *in abstracto* wordt beoordeeld, en de regel deel is van de professionele context waarbinnen hij zijn functie uitoefent.¹⁹²⁹ Maar zelfs als hij wel persoonlijk verweer ontleent aan het feit dat het specifieke gebod of verbod niet op hem rust, zal zijn normovertredend gedrag onder artikel 1384, lid 3 B.W. tegen de aansteller tellen omdat de aangestelde hierdoor schade heeft veroorzaakt “in de bediening waarin hij werd gebezigd”, en de daad voor het slachtoffer objectief onrechtmatig is.¹⁹³⁰ Tot slot zal de vraag in een aantal gevallen kunnen worden kortgesloten met de vaststelling dat de toepassingsvoorwaarden van de rechtsregel hoe dan ook toelaten overtreding rechtstreeks op niveau van de aansteller vast te stellen.¹⁹³¹

Deze drie kanalen overlappen ongetwijfeld. Die overlapping wordt nog in de hand gewerkt, doordat de vraag ook nog kan worden geëscaleerd naar een ander echelon binnen de organisatie dan datgene waarop de inbreuk werd gepleegd. De bouwvakker moest misschien de norm niet kennen, maar de ploegbaas wel. Strikt juridisch maakt dit niet echt een verschil: de analyse wordt gewoon overgedaan op een ander niveau, ten aanzien van andere aangestelden. Maar met behulp van de “anonieme” fout kan, *indien het verweer de rechter niet verplicht nader te preciseren*, zelfs de exact gekozen piste in het midden blijven.

502. Dit pluralisme is geen nadeel maar een troef van het neoklassieke regime dat hier wordt bepleit. Dit kan niet voldoende worden benadrukt. Onder invloed van de orgaantheorie leidt het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht voor rechtspersonen sterk onder de drang tot systeembouwen.¹⁹³² Terwijl hier vanuit de logica van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht geen enkele reden toe is. Dit is pluralistisch, feitelijk georiënteerd en divers. Vergelijkbare feiten kunnen vaak op verschillende manieren worden voorgesteld. Het slachtoffer maakt bepaalde keuzes over wie hij wil – en soms ook niet wil – aanspreken. Overlappingsen in het aansprakelijkheidsregime tussen diverse aansprakelijkheidsgronden zijn een inherent onderdeel van de artikelen 1382-1386 B.W. Hetzelfde geldt, binnen de foutaansprakelijkheid trouwens voor het verschil tussen de schending van een specifieke regel en de schending van een algemene zorgvul-

¹⁹²⁹ Zie *supra* p. 471 e.v.

¹⁹³⁰ Zie *supra* p. 474 e.v. Ter herinnering: “*un acte fautif à l’égard DU TIERS*”: H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 892 (drukletters in origineel).

¹⁹³¹ Zie *supra* p. 480.

¹⁹³² Deze vaststelling komt verder nog terug als het systeem van VANANROYE als alternatief voor de orgaantheorie wordt behandeld (*infra* p. 551 e.v.).

digheidsnorm. Niet alle gevallen waarin een specifieke norm in het geding is, moeten *per se* via 1382-1383 B.W. worden geleid. Hiervoor zijn specifieke normen te divers. Vaak zal het voor het slachtoffer veel makkelijker zijn op de onrechtmatige daad van een – eventueel anonieme – aangestelde binnen de bediening te steunen, dan aan te tonen dat de toepassingsvoorwaarden van de regel door de rechtspersoon rechtstreeks werden overtreden zelfs zonder dat die (of voor wie nog aan de orgaantheorie vasthoudt: zijn orgaan) materieel de inbreuk beging. De intellectuele traditie van de orgaantheorie werkt met deductieve waarheden en categorische onderscheiden. Maar het gemeen aansprakelijkheidsrecht zoals dit bestaat en functioneert, niet.

2.6. OOK ZONDER INBREUK OP SPECIFIEKE NORM?

503. Kan de analyse over eigen 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon zonder orgaantheorie bij schending van een specifieke norm, niet worden uitgebreid tot de inbreuk op een algemene zorgvuldigheidsnorm? Joeri VANANROYE heeft die mogelijkheid geopperd.¹⁹³³ Biedt verwerping van subjectieve schuldbekwaamheid als belangrijkste bezwaar voor inpassing van rechtspersonen in artikel 1382-1383¹⁹³⁴ hier ook geen perspectief? Is het niet mogelijk objectief en *in abstracto* een gedragsnorm te bepalen die van een normaal voorzichtig en redelijk mens in dezelfde feitelijke omstandigheden mocht worden verwacht, en dan “rechtstreeks” in de voorliggende feiten vast te stellen dat dit zorgvuldigheidsniveau “door de rechtspersoon” niet werd gehaald? Als een normaal voorzichtig en redelijk aannemer bepaalde veiligheidsvoorzorgen had genomen, en in de feiten wordt vastgesteld dat die niet werden genomen, kan dan in hoofde van de rechtspersoon met aannemingsactiviteit niet tot 1382-aansprakelijkheid wegens “eigen” schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm worden besloten, ook zonder dat die schending noodzakelijk bij een orgaan wordt aangeknoopt? Als filosofisch ongemak over subjectieve schuldbekwaamheid van rechtspersonen achter ons ligt, is die stap dan niet klein? Zeker nalatigheidsfouten lijken zich hier *prima facie* voor te lenen. Is het voor aansprakelijkheid van de rechtspersoon relevant te weten of nalatigheid zich op niveau van de raad van bestuur dan wel van, bijvoorbeeld, de ploegbaas situeert? En indien niet, kan ook dit dan niet geconceptuali-

¹⁹³³ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 772-773; J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, 85-86. Sloot zich hier recent uitdrukkelijk bij aan: M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 128. Dit resultaat volgt bij VANANROYE uit het systeem van materiële gedragstoerekening via verkeersopvattingen dat hij bepleit, en moet vanuit die optiek worden begrepen. Dit komt hierna meer uitgebreid aan bod. Hier is de analyse beperkt tot de algemene vraag, vooraleer toerekening via verkeersopvattingen aan de mix wordt toegevoegd.

¹⁹³⁴ Zie *supra* p. 456 e.v.

seerd worden als eigen foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon, ditmaal voor schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm?¹⁹³⁵

504. Deze piste ligt *de lege lata* moeilijk, doordat foutbeoordeling traditioneel zo sterk met gedragsbeoordeling in hoofde van de aangesprokene (de “*erreur de conduite*”¹⁹³⁶) wordt gelijkgeschakeld. Als het algemene foutbegrip van artikel 1382-1383 B.W. ook voor niet-rechtspersonen herkenbaar moet blijven, kan foutbeoordeling onder algemene zorgvuldigheidsnormen *de lege lata*, zelfs bij nalaten, moeilijk van minstens de *potentie* van *eigen* gedrag worden geabstraheerd. Onrechtmatigheidsbeoordeling *in abstracto* biedt hier geen redding. Zelfs bij nalaten van een krankzinnige is eigen materieel gedrag dat de schade had voorkomen objectief en *in abstracto* denkbaar. Het *gedrag* van het aangesproken rechtssubject valt te *beoordelen* omdat *ander gedrag* van het aangesproken rechtssubject *in abstracto* denkbaar is. Voor de rechtspersoon niet. Materieel nalaten kan de rechtspersoon als de beste. Maar bij gebreke aan de potentie tot materieel handelen kan hier moeilijk uit worden afgeleid dat dit nalaten onzorgvuldig is.¹⁹³⁷ Want puur materieel is de rechtspersoon even nalatig als bijvoorbeeld een werknemer zeer nauwgezet de volgens de zorgvuldigheidsnorm voorgeschreven gedragslijn heeft gevolgd (maar niettemin schade ontstond). Of onzorgvuldigheid aanwezig is, kan dan nooit worden afgeleid uit beoordeling van *eigen* gedrag, maar moet noodzakelijk gedrag van anderen in rekening brengen (van wie allemaal en in welke verhoudingen is dan, eens de orgaantheorie wordt losgelaten, een open vraag). Die oefening valt *de lege lata* moeilijk in ons huidig begrip van artikel 1382-1383 B.W. in te passen.

In wezen is dit niet onlogisch. De idee achter algemene zorgvuldigheidsnormen is net dat principiële handelingsvrijheid in domeinen waaromtrent het recht geen specifieke regels heeft voorgeschreven, toch nog wordt omkaderd door ongeschreven gedragsregels waaraan de doorsnee mens in diezelfde situatie zijn gedrag

¹⁹³⁵ De vraag luidt nu dus of hieruit *eigen foutaansprakelijkheid* in de zin van art. 1382-1383 B.W. kan worden afgeleid (net zoals bij inbreuk op specifieke rechtsregel). Ook in het eerder verdedigde model van 1384-aansprakelijkheid (inclusief voor bestuurders) is het vaak irrelevant te weten of de nalatigheid zich bij bestuurs dan wel bij de ploegbaas situeert, maar dan *net omdat* foutaansprakelijkheid op niveau van de rechtspersoon niet eens aan de orde komt. Zowel de ploegbaas als de bestuurders zijn aangestelden van de rechtspersoon, en hun nalatigheid leidt tot zijn *objectieve* aansprakelijkheid. Het bewijsrechtelijke procédé van de “anonieme fout” doet de rest. Zie ook *infra* p. 514 e.v.

¹⁹³⁶ R.O. DALCQ, *Traité*, I, 165 (nr. 257); H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 934.

¹⁹³⁷ Ogenscheinlijk *contra*: J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 425. RONSE lijkt hier in de toepassing vooral schending van een specifieke norm voor ogen te hebben, maar had het eerst duidelijk in het algemeen over verplichtingen tot doen “*krachtens het geschreven of ongeschreven recht*”. Hiertoe behoren algemene zorgvuldigheidsnormen. Overigens kan dit bezwaar puur conceptueel ook tegen de eigen fout bij inbreuk op specifieke norm worden gemaakt, en was het voor de doorbraak van de eenheidsleer in zijn huidige gedaante ongetwijfeld de mentale achtergrond van de analyse. Het verschil zit hierin dat de eenheidsleer bij inbreuk op regel aanknoopt, en hiervoor onder sommige regels geen beoordeling van *eigen* gedrag nodig is, enkel de vaststelling dat de inbreuk voorligt.

aanpast. Het zijn geen vooraf bestaande algemene en abstracte regels, maar *gedragsnormen* die zich aan een gemiddeld mens “spontaan” openbaren in functie van de feitelijke omstandigheden waarin hij zich van het ene moment op het andere bevindt en de manier waarop hij zijn gedrag daar voortdurend op afstemt en aan aanpast. Er zijn net geen vooraf bestaande algemene en abstracte toepassingsvoorwaarden van concrete rechtsregels voorhanden, waarin met wat duwen en trekken een als louter materieel opgevatte situatie kan worden ingepast. Er moet *gedrag* worden beoordeeld. Er zijn evenveel algemene zorgvuldigheidsnormen als feitelijke situaties waarin het gedrag zich ontplooit, en ze zijn pas kenbaar op het ogenblik dat dit gedrag wordt ontplooid. Zelfs waar de aangesprokene niet meer wordt verweten dan een nalaten, steunt het verwijt op de vaststelling dat hij zelf anders had moeten en kunnen handelen. Onrechtmatig nalaten onder de algemene zorgvuldigheidsnorm is nooit een puur materieel nalaten, zoals dit bij sommige specifiek geboden denkbaar is, maar altijd een gedragsbeoordeling. *De lege lata* lijkt vandaag in België deze band tussen algemene zorgvuldigheidsnorm en beoordeling van concreet eigen gedrag van de aangesprokene te nauw om de oefening “rechtstreeks” op rechtspersonen toe te passen.

505. Op dit punt is het soms opletten geblazen met verregaande theoretische gevolgtrekkingen uit concrete vonnissen en arresten. Het leidt weinig twijfel dat rechtspersonen in de rechtspraak vaak worden veroordeeld op grond van artikel 1382-1383 B.W., geheel of gedeeltelijk, uitdrukkelijk of impliciet, op grond van inbreuken op algemene zorgvuldigheidsnormen. Nog duidelijker dan bij inbreuk op specifieke rechtsregel, zou dit onder gelding van de orgaantheorie in principe enkel mogelijk zijn op grond van fouten van organen. Nochtans wordt hier in de uitspraken niet steeds even veel aandacht aan besteed, hetzij omdat de rol van organen – zelfs als ze anoniem mogen zijn – in het midden bleef, hetzij zelfs omdat de fout duidelijk door niet-organen werd begaan.¹⁹³⁸ Met dit soort vaststellingen is het opletten wat betreft de invloed op de onderliggende materieelrechtelijke regels.¹⁹³⁹ Het is immers net het bestaan van artikel 1384, lid 3 B.W. dat – samen met foutbe-

¹⁹³⁸ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 152; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 758 en 768; J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, 85. Zie in wezen ook al: M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 340. Dit is weliswaar populairder als algemene vaststelling dan als aanleiding om te verwijzen naar uitspraken waar dit kristalhelder het geval is. Komen wellicht als recente illustraties in aanmerking: Cass. 12 januari 2007, *T.B.H.* 2007, 786, noot C. VAN SCHOUWBROECK (wat de daarin geciteerde bestreden beslissing betreft; hierop werd echter in cassatie niet ingegaan); Antwerpen 11 oktober 2005, *T. Gez.* 2005-06, 393; Antwerpen 24 januari 2005, *N.J.W.* 2006, 704; Antwerpen 29 april 2003, *R.W.* 2006-07, 405; Antwerpen 12 december 2001, *T. Gez.* 2005-06, 295.

¹⁹³⁹ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 152. Rechter moeten concrete geschillen beslechten onder toenemende werkdruk, en de motivering is geen academisch werkstuk. Voorts wordt veel bepaald door de manier waarop partijen de feiten aandragen, en de argumenten die zij ontwikkelen.

oordeling *in abstracto* binnen de professionele feitelijke omstandigheden en met wat bewijsrechtelijke hulp van de “anonieme” fout – toelaat de meeste gevallen op te lossen zonder aan deze vraag veel theoretische aandacht te besteden.

Artikel 1384, lid 3 B.W. is een zeer robuuste bepaling, omdat zij veel “rechtsdogmatische onzuiverheden” toelaat zonder dat het resultaat sterk wordt beïnvloed. *Werknemers* van een aannemer-rechtspersoon stoten bij grondwerkzaamheden op een betonnen kanalisatie voor nutsleidingen en doorboren die.¹⁹⁴⁰ De beroepsrechter stelt uitdrukkelijk vast dat een normaal voorzichtig en redelijk *aannemer* bij het stoten op de betonnen kanalisatie, deze niet doorboord zou hebben, maar wel manueel ontmanteld. Dit is een tekortkoming aan de “aan eenieder opgelegde zorgvuldigheidsnorm”. Gevolg is dat de aannemer-rechtspersoon veroordeeld wordt voor fout op grond van artikel 1382-1383 B.W. Van een anonieme fout is hier geen sprake. De werknemers die de leiding doorboorden, zijn gekend. Van een fout van een orgaan evenmin. In de systematiek van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsbepalingen hoort deze casuspositie in de eerste plaats thuis onder artikel 1384, lid 3 B.W. Maar qua resultaat zou dit geen verschil hebben gemaakt. Tegen dit onderdeel van het beroepsarrest werd in cassatie niet eens opgekomen. Is dit nu bewijs dat aansprakelijkheid voor aangestelden ongemerkt aanleiding gaf tot een nieuw materieelrechtelijk regime van *eigen* foutaansprakelijkheid via gedrag van *anderen*?¹⁹⁴¹ Of bewijst het net dat *de facto* toepassing van de ideeën van artikel 1384, lid 3 B.W. op alle mensen van hoog tot laag binnen de rechtspersoonlijke organisatie een vlot werkbaar systeem oplevert *net omdat het om objectieve aansprakelijkheid voor andermans daad gaat*? Vooralsnog verdient de laatste verklaring de voorkeur. Op grond van dit soort feitenrechtspraak *op theoretisch niveau* voor eigen foutaansprakelijkheid kiezen, is immers een mes dat aan twee kanten snijdt. Aan de ene kant wordt het misschien mogelijk het soms zeer abstracte karakter van de beoordeling van andermans daad te verklaren.¹⁹⁴² Maar aan de andere kant ontstaat een heel nieuwe waaier aan verweermogelijkheden voor de rechtspersoon. Onder artikel 1384, lid 3 B.W. *volstaat* de onrechtmatige daad van de aangestelde, als hij met de bediening voldoende verband houdt. De aansteller ontleent geen verweer aan zijn eigen onschuld. Als nu rechterlijke uitspraken waarin de veroordeling duidelijk op zorgvuldigheidsinbreuken van – eventueel anonieme – aangestelden steunt, als nieuw systeem van eigen foutaansprakelijkheid van de aansteller moet worden geherconceptualiseerd, dan wijzigt dit de analyse fundamenteel. De eigen fout moet immers steeds worden bewezen om veroordeling op basis van artikelen 1382-1383 B.W. te grondvesten. De eigen fout van de rechtspersoon die volgt uit schending van een algemene zorgvuldig-

¹⁹⁴⁰ Dit is de casus die aan de orde was in: Cass. 12 januari 2007, *T.B.H.* 2007, 786, noot C. VAN SCHOUWBROECK. De feiten werden uit de weergave van de bestreden beslissing geput.

¹⁹⁴¹ Dit is een onderdeel van het betoog voor verkeersopvattingen bij VANANROYE (*infra* p. 511 e.v.).

¹⁹⁴² Hoewel art. 1384, lid 3 B.W. hier ook al veel ruimte geeft: zie *supra* p. 471 e.v.

heidsnorm¹⁹⁴³ – die zich aan éénieder opdringt – mag dan niet samenvallen met fouten van aangestelden binnen de organisatie. Er moet altijd afzonderlijk een *eigen fout* op rechtspersoonlijk niveau worden bewezen. En dit in omstandigheden (inbreuk op algemene zorgvuldigheidsnorm) waarin de “omweg” via aansprakelijkheid voor andermans daad zeer weinig problemen meebrengt, net omdat het om *algemene* zorgvuldigheidsnormen gaat.

506. Hierop wordt verder nog teruggekomen.¹⁹⁴⁴ De vraag kan immers zijn of het niet aangewezen is *de lege ferenda* naar een veralgemeend systeem van eigen 1382-foutaansprakelijkheid (maar dan zonder orgaantheorie) te evolueren. In het Ontwerp Gemeenschappelijk Referentiekader voor Europees privaatrecht wordt, zij het eerder lakoniek, voor die weg gekozen.¹⁹⁴⁵ In België werd die keuze in het strafrecht met de wet van 4 mei 1999 op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen gemaakt.¹⁹⁴⁶ VANANROYE heeft ze in het privaatrecht verdedigd op grond van de idee dat van de rechtspersoon kan worden gezegd dat hij naar verkeersopvattingen zelf heeft gehandeld.¹⁹⁴⁷ De theorie van VANANROYE komt in het laatste onderdeel van dit onderzoek uitgebreid aan bod.¹⁹⁴⁸ Maar eerst wordt toegelicht waarom *persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders* in het hier verdedigde neoklassieke regime meer genuanceerd kan worden voorgesteld dan onder de orgaantheorie het geval is. Dit zal immers van belang blijken om het pleidooi voor een heel nieuwe leer voor *aansprakelijkheid van de rechtspersoon* via verkeersopvattingen in de juiste context te plaatsen.

¹⁹⁴³ En die dus, omdat de orgaantheorie per hypothese werd verlaten, niet langer volgt uit de idee dat een beperkt aantal mensen een speciale band hebben met de rechtspersoon – organieke incarnatie – waardoor hun fout *volstaat* om van een *eigen fout* van de rechtspersoon te spreken.

¹⁹⁴⁴ Zie *infra* p. 538 e.v.

¹⁹⁴⁵ Zie art. VI-1:103 (b) en de commentaar hierbij in C. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law. Draft common frame of reference (DCFR): Full edition*, IV, 3114-3115. Daarbij is te bedenken dat het OGRK er daarnaast voor kiest aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor bestuurshandelen op de leest van aansprakelijkheid voor andermans daad te schoeien (zie art. VI-3:201 en *supra* voetnoot 1806). Maar daar bovenop is dus nog “rechtstreekse” foutaansprakelijkheid mogelijk, evengoed voor nalatigheid als voor opzet (p. 3115). Het onderliggende (toerekenings?)mechanisme, en het verschil met het systeem van art. 3:201 wordt echter in de commentaarsectie noch in de notities uitgewerkt. Integendeel: men krijgt er de indruk dat er sterk communicerende vaten ontstaan.

¹⁹⁴⁶ A. DE NAUW en F. DERUYCK, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen”, 897-898; M. FAURE, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de onderneming”, 1299-1301.

¹⁹⁴⁷ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 770. Deze auteur verdedigt dat de huidige rechtspraak dit criterium in het privaatrecht *de lege lata* al aan de oppervlakte brengt. Verder wordt verdedigd dat dit iets te enthousiast is (*infra* p. 514 e.v.).

¹⁹⁴⁸ Zie *infra* p. 511 e.v.

3. PERSOONLIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS: NAAR EEN BETER BEGRIP VAN HET JURIDISCHE REGIME

3.1. EXTERNE AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS JEGENS DERDEN

3.1.1. Inleiding

507. De orgaantheorie diende vooral om aansprakelijkheid van de rechtspersoon te grondvesten. Maar ze doet dit door een theoretische demarche – organieke identificatie – die tot een merkwaardige carambole op het vlak van persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders leidt. Dit potje bleef lang toegedekt, maar kwam door de cassatiearresten van 16 februari 2001 en 20 juni 2005, en de discussie die zich daarrond ontspon, sterk in de schijnwerper te staan.¹⁹⁴⁹ Het cassatiearrest van 16 februari 2001, zeker indien het met het pleidooi van TILQUIN en SIMONART samen wordt gelezen¹⁹⁵⁰, vestigde de aandacht op de symbiose die onder de orgaantheorie op theoretisch niveau tussen (fout)aansprakelijkheid van de rechtspersoon en die van zijn organen ontstaat.

De orgaantheorie plaats immers eigen rechtspersoonlijke foutaansprakelijkheid centraal, en steunt hiervoor op een vereenzelvigingsmechanisme waardoor fouten van organen de eigen fouten van de rechtspersoon zouden zijn. Wellicht is dan, louter vanuit de interne logica van de constructie, het meest verdedigbaar dat de fout van het orgaan die vanuit juridisch oogpunt als eigen fout van de rechtspersoon moet worden beschouwd, niet ook nog eens als eigen fout van het orgaan kan gelden, zoals door TILQUIN en SIMONART werd bepleit. Maar als die oplossing wordt verworpen, en ook het orgaan aanspreekbaar blijft, leidt wat er overblijft van de logica van de orgaantheorie meteen naar het andere uiterste. De fout van de rechtspersoon vooronderstelt een fout van het orgaan.¹⁹⁵¹ Als het dan die fout is, die eigen wordt genoemd, en het orgaan hiervoor ook persoonlijk extern aansprakelijk blijft, dan volgt daaruit onvermijdelijk dat het orgaan *voor diezelfde fout* aansprakelijk is. Zonder fout van het orgaan is er geen rechtspersoonlijke foutaansprakelijkheid, maar zodra er rechtspersoonlijke foutaansprakelijkheid is, is noodzakelijk ook een orgaan voor die fout aansprakelijk. Het

¹⁹⁴⁹ Cass. 16 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 303, *T.B.H.* 2002, 698, noot C. GEYS, *R.W.* 2002-03, 340, *R.P.S.* 2001, 348. Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1354, concl. J.F. LECLERCQ, *J.T.* 2006, 435, *R.P.S.* 2005, 183, noot Y. DE CORDT, *T.B.H.* 2006, 418, noot A. COIBION, *R.G.A.R.* 2006, nr. 14106, noot C. DALCQ, *DAOR* 2005, 340, noot G. GATHEM, *R.A.G.B.* 2005, 1549, noot I. BLOCKX en E. JANSSENS. Zie ook de verwijzingen *supra* voetnoot 6.

¹⁹⁵⁰ Zie *supra* p. 388 e.v.

¹⁹⁵¹ “[L]a faute subjective de l’organe”: L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, 1932, II, 248.

orgaan moet immers de fout begaan die vervolgens op rechtspersoonlijk niveau eigen wordt genoemd.

508. Dit ietwat merkwaardige gevolg, dat bovendien op gespannen voet staat met de klassieke beginselen op het vlak van individuele bestuurdersaansprakelijkheid – die immers op de persoonlijke fout steunt – is het voorwerp van kritiek. Dit werd al toegelicht.¹⁹⁵² Alleen is die kritiek moeilijk theoretisch in te passen zo lang incarnatie van de rechtspersoon in zijn organen de motor van het rechtspersoonlijke aansprakelijkheidsregime blijft. Een neoklassieke benadering, die meer aansluiting zoekt bij het gemeen recht, en daarbij erkent dat bestuurders aangestelden zijn van de rechtspersoon in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W., leidt op het vlak van persoonlijke externe aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden tot een meer genuanceerd en positiefrechtelijk ook beter verdedigbaar en begrijpbaar regime dan de incarnatieloga van de orgaantheorie.

3.1.2. Neoklassieke benadering: artikel 1382-1383 B.W. onverkort van toepassing, maar persoonlijke fout vereist

509. Als algemene regel blijft in een neoklassieke benadering aansprakelijkheid van bestuurders ten aanzien van derden op grond van artikel 1382-1383 B.W. mogelijk. Een rechtsdogmatische constructie als de orgaantheorie is niet bij machte, en de gemeenrechtelijke contractuele vertegenwoordigingstechniek heeft niet de ambitie, te verhinderen dat het slachtoffer van buitencontractuele schade *als algemene regel* het gedrag van eender welk rechtssubject dat volgens hem met die schade in causaal verband staat, onder de toepassingsvoorwaarden van artikel 1382-1383 B.W. kan laten toetsen.¹⁹⁵³

Deze oplossing is een toepassing op bestuurders van de basisregel die gemeenrechtelijk ook voor de lasthebber¹⁹⁵⁴ en de aangestelde¹⁹⁵⁵ geldt. Optreden voor anderen leidt niet tot persoonlijke buitencontractuele immuniteit jegens derden. Die eenheid is een troef van de neoklassieke benadering.¹⁹⁵⁶ Om dezelfde reden zijn ook de gemeenrechtelijke beperkingen aan buitencontractuele aansprakelijkheid ten aanzien van *medecontractanten* van de rechtspersoon op aansprakelijk-

¹⁹⁵² Zie *supra* p. 451.

¹⁹⁵³ Een bijzondere wetbepaling zoals art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet voor werknemers, kan dit wel.

¹⁹⁵⁴ Cass. 5 april 1921, *Pas.* 1921, I, 302 (bovendien in een zaak waar dit principe wordt toegepast op vennootschapsbestuurders).

¹⁹⁵⁵ L. CORNELIS, *Beginselen*, 387; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, 623; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 987; W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, 392. Zie ook *supra* p. 351.

¹⁹⁵⁶ Ze sluit dan trouwens niet uit dat de regel zou evolueren, zoals met Cass. 16 februari 2001 (*Arr. Cass.* 2001, 303, *T.B.H.* 2002, 698, noot C. GEYS, *R.W.* 2002-03, 340, *R.P.S.* 2001, 348) even het geval leek. Maar dan nog is er geen reden om lasthebbers en bestuurders radicaal verschillend te behandelen, zoals de orgaantheorie doet. Zie ook: P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 179.

heidsvorderingen tegen bestuurders van toepassing. Contractueel zijn bestuurders niet aansprakelijk jegens medecontractanten van de rechtspersoon bij eenvoudige toepassing van de vertegenwoordigingstechniek, en de regels van contractuele aansprakelijkheid die op de via vertegenwoordiging toegerekende overeenkomst ingrijpen.¹⁹⁵⁷ Maar ook de buitencontractuele aanspraken van de medecontractant worden door de samenloopregels beperkt, wanneer fout en schade een sterk contractueel kleurtje hebben.¹⁹⁵⁸

Als een derde-slachtoffer echter daadwerkelijk kan aantonen dat zijn buitencontractuele schade in causaal verband staat met de daad van een bestuurder die als fout jegens derden in de zin van artikel 1382-1383 B.W. kan worden gekwalificeerd, is er geen enkele rechtsgrond om hem die aanspraak principieel te ontzeggen omdat die bestuurder daarbij voor een ander – de rechtspersoon – optrad.

510. Een aantal bezwaren daartegen, vallen meteen weg nu de vraag naar *aansprakelijkheid van de rechtspersoon* opnieuw in het geëigende gemeenrechtelijke kader werd geplaatst, en de orgaantheorie als grondslag werd verworpen. Foutidentiteit, en de terechte kritiek daarop, is een theoretisch artefact van de orgaantheorie zoals die in België wordt begrepen, niet van het onderliggende positieve recht. Er is op grond van een normale gemeenrechtelijke analyse geen enkele reden waarom buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon minstens op conceptueel niveau¹⁹⁵⁹ meteen externe buitencontractuele aansprakelijkheid van bestuurders moet opleveren. De hier verdedigde neoklassieke benadering heeft het voordeel dat dit ook op theoretisch niveau meteen duidelijk is.

De vraag naar persoonlijke externe *foutaansprakelijkheid* van een bestuurder is steeds individueel, afzonderlijk, en op zijn eigen merites te behandelen, ook al wordt artikel 1384, lid 3 B.W. een scharnierfunctie toebedeeld bij de *objectieve aansprakelijkheid* van de rechtspersoon voor foutief gedrag van mensen binnen zijn organisatie (met inbegrip van bestuurders). Bestuurders blijven extern aansprakelijk voor hun eigen foutief gedrag, maar die aansprakelijkheid is zoals het bij artikel 1382 betaamt, onlosmakelijk verbonden met hun individuele gedrag binnen de feitelijke context waarin zij zich bevinden. Dit leidt niet noodzakelijk tot spitsvondige juridisch-technische nuances tussen beoordelingsnormen die voor hen gelden en beoordelingsnormen die voor de rechtspersoon als zodanig gelden. Maar het kan wel leiden tot feitelijke nuances in functie van hun werke-

¹⁹⁵⁷ Art. 1997 B.W., art. 1134 B.W. en art. 1165 B.W., en voor vennootschappen de toepassing in art. 61, § 1 W.Venn. Zie ook *supra* p. 108.

¹⁹⁵⁸ Cass. 4 juni 1971, *Pas.* 1971, I, 940, *R.W.* 1971-72, 371; Cass. 7 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 395, concl. P. MAHAUX, *Pas.* 1974, I, 376; *R.C.J.B.* 1976, 15, noot R.O. DALCQ en F. GLANS-DORFF; Cass. 7 november 1997, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1990, 730, noot V. SIMONART; Cass. 29 september 2006, *R.W.* 2006-07, 1717, noot A. VAN OEVELEN.

¹⁹⁵⁹ Dus afgezien van proceseconomische en pragmatische redenen waarom die aansprakelijkheid in gezonde ondernemingen in *going concern* in de praktijk zelden naast die van de rechtspersoon wordt ingeroepen.

lijke gedrag, het gedrag van anderen en de feitelijke omstandigheden waarin zij zich bevinden. De zaakvoerder van een BVBA zonder werknemers bevindt zich in een andere feitelijke situatie dan de onafhankelijke bestuurder van een multinationale NV.

Zodra de (juridische) mythe is doorprikt dat “organen de rechtspersoon zijn”, kan het gemeen aansprakelijkheidsrecht met die feiten aan de slag om tussen buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon en die van bestuurders te nuanceren. In het licht van wat al werd uiteengezet, kan dit worden toegelicht op de volgende drie punten.

3.1.3. *Eerste nuance: geval waarin aansprakelijkheid van de rechtspersoon niet op schadeberokkenend gedrag van de aangesproken bestuurder steunt*

511. Een eerste nuance is in feite evident. Als de rechtspersoon foutloos aansprakelijk is er geen enkele reden om uit die aansprakelijkheid af te leiden dat alle bestuurders een buitencontractuele fout begingen.¹⁹⁶⁰ In wezen is dit in een moderne versie van de orgaantheorie niet anders¹⁹⁶¹, indien zij de vergissing vermijdt voor beoordeling van de hoedanigheid die in hoofde van de rechtspersoon is vereist onder de foutloze aansprakelijkheidsgrond in kwestie, toch weer bij het orgaan aan te knopen.¹⁹⁶² Objectieve aansprakelijkheid van de rechtspersoon heeft geen orgaantheorie nodig. Het probleem van “automatische” externe aansprakelijkheid van het “orgaan” zou zich dan ook onder de orgaantheorie enkel mogen voordoen indien de rechtspersoon eigen foutaansprakelijkheid wordt aangewreven, dus op grond van fouten op organiek niveau. Vooral in grote organisaties is dit niet noodzakelijk vaak het geval.

Alleen veroorzaakt de orgaantheorie wel mee het probleem, door het denk-kader waarmee het de rechtsbeoefenaar bijna onbewust opzadelt. De orgaantheorie legt zeer sterk de nadruk op eigen 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon, en verbindt die onlosmakelijk met organen. Anderzijds oefent de scharnierfunctie van dit wetsartikel een onweerstaanbare aantrekkingskracht uit op de juridische geest. Het wordt daardoor in rechtspersoonlijk verband soms

¹⁹⁶⁰ Anderzijds sluit het feit dat zij die niet begingen, niet uit dat zij ten aanzien van de rechtspersoon een *contractuele* fout begingen. Zie *infra* p. 497 e.v. over het regres.

¹⁹⁶¹ De orgaantheorie moet dan wel al zijn teruggeschroefd van buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon in zijn geheel naar het domein van de foutaansprakelijkheid (zie *supra* p. 320 e.v.). In een oorspronkelijke interpretatie was dit voor de orgaantheorie wellicht *wel* een conceptuele uitdaging, zo lang de art. 1384, lid 1 of lid 3 B.W., 1385 B.W. en 1386 B.W. met foutvermoedens werden verbonden (zie *supra* voetnoten 1263-1265). Als organen volgens MICHOUX ook onder deze wetsartikelen nodig zijn om “subjectief schuldig” te zijn, dan eist de constructie dat – in zoverre de absorptietheorie wordt verworpen – zij hiervoor ook ten aanzien van derden aansprakelijk zijn. Het – zelfs onweerlegbaar – foutvermoeden wordt dan immers maar dankzij hun subjectieve (vermoed foutieve) wil aan de rechtspersoon aangeknoopt.

¹⁹⁶² Zie *supra* p. 322 e.v.

bijna onbewust gebruikt, waar zelfs de orgaantheorie bezwaar zou maken omdat de fout zich duidelijk niet op organiek niveau situeert.¹⁹⁶³ Er is een rechtspersoon, er is een fout, dus wordt onbewust artikel 1382-1383 B.W. gebruikt.¹⁹⁶⁴ Pragmatisch valt dit makkelijk te verklaren: het aansprakelijkheidsresultaat wordt er vaak niet door beïnvloed. Maar juridisch en theoretisch is er een verschil tussen foutloze aansprakelijkheid voor fout van een aangestelde, en eigen foutaansprakelijkheid. Vooral in grotere organisaties is heel wat schade die in het kader van de rechtspersoonlijke activiteit aan derden wordt berokkend, het gevolg van handelingen door mensen op niet-organieke echelons in de organisatie. In de logica van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels, wordt die in de eerste plaats op de rechtspersoon verhaald via artikel 1384, lid 3 B.W. zonder dat een eigen fout van de rechtspersoon nodig is. Hiermee is de vraag of bestuurders geen eigen 1382-fout begingen niet van het toneel verdwenen. Alleen wordt theoretisch veel duidelijker dat die vraag autonoom moeten worden beantwoord. Ze volgt niet uit het enkele feit dat de rechtspersoon aansprakelijk is, zelfs al is die aansprakelijkheid het gevolg van foutief gedrag van mensen binnen de organisatie.¹⁹⁶⁵

512. Voor voorstanders van de orgaantheorie ligt hier trouwens een piste om de aanzwellende kritiek op foutidentiteit en “omgekeerde toerekening” waartoe zij steeds aanleiding zou geven¹⁹⁶⁶, op te vangen. Het probleem van omgekeerde toerekening is minder groot als men duidelijker het onderscheid zou maken tussen de “fout” van de rechtspersoon die volgens de orgaantheorie inderdaad slechts uit organieke fout volgt, en de “aansprakelijkheid” van de rechtspersoon die ook onder de orgaantheorie evengoed uit een fout van aangestelden, uit een gebrekkige zaak, enzovoort, kan volgen. Zeker in grote organisaties herleidt dit het probleem van foutidentiteit en omgekeerde toerekening tot beheersbare proporties. Het theoretische probleem met deze verweerpiste voor de orgaantheorie *als juridische constructie*, is dat meteen ook haar rol in het buitencontractuele aansprakelijkheidsregime voor rechtspersonen bijzonder beperkt wordt. Het illustreert zeer goed hoe kunstmatig het is enkel voor aansprakelijkheid die via bestuurders loopt, een volledig aparte juridische constructie en afzonderlijke rechtsdogmatiek te ontwerpen.

513. Dan nog blijft er een belangrijk onderscheid tussen de orgaantheorie en het neoklassieke regime dat hier wordt bepleit. In dit laatste kan zeer makkelijk worden verklaard waarom, ook waar aansprakelijkheid van de rechtspersoon op fou-

¹⁹⁶³ Zelfs niet via de omweg van het anonieme orgaan of de schijnbaar door een orgaan binnen de functie verrichte onrechtmatige daad.

¹⁹⁶⁴ Zie ook *supra* voetnoten 1938 en 1939.

¹⁹⁶⁵ De verwarring zal minder snel opduiken bij andere objectieve aansprakelijkheidsgronden, zoals voor gebrekkige zaken omdat het verband met menselijk gedrag minder nauw is.

¹⁹⁶⁶ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 767.

ten begaan op *bestuursniveau* steunt, zulk niet de automatische persoonlijke aansprakelijkheid van elke bestuurder impliceert. De rechtspersoon is in het neoklassieke regime voor de fout van zijn bestuurders *objectief* aansprakelijk op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. Of een individuele bestuurder aansprakelijk is, hangt uitsluitend af van de vraag of hij *zelf* een fout op grond van artikelen 1382-1383 B.W. beging. Als hij niet aan de handeling deelnam is dit niet noodzakelijk het geval.¹⁹⁶⁷ Maar zelfs als hij aan de handeling deelnam, is er geen automatisme. Het is best mogelijk dat de handeling in zijn hoofde redelijk is, gelet op de informatie waarover hij beschikte en moest beschikken, maar niet in hoofde van bestuurders die andere informatie hadden en die achterhielden.¹⁹⁶⁸

Deze oplossing is zowel zeer compatibel met de idee dat bestuurders aangestelden zijn als met de positieve stof die onder het orgaantheoretische camouflagegelaagje te voorschijn komt.¹⁹⁶⁹ De orgaantheorie, anderzijds, kan er binnen de logica van het eigen theoretische kader bijzonder slecht mee om.¹⁹⁷⁰

3.1.4. *Tweede nuance: geval waarin aansprakelijkheid van de rechtspersoon op inbreuk op specifieke norm steunt*

514. Een tweede nuance volgt uit de mogelijkheid de rechtspersoon werkelijk rechtstreeks op grond van artikel 1382-1383 B.W. aan te spreken bij overtreding van een specifieke wetsbepaling waarvan de toepassingsvoorwaarden in zijn hoofde vervuld zijn.¹⁹⁷¹ Als de rechtspersoon via deze weg aansprakelijk is, kan daaruit niet *als zodanig* aansprakelijkheid van zijn bestuurders worden afge-

¹⁹⁶⁷ Maar de passiviteit kan natuurlijk op zich een buitencontractuele fout uitmaken ten aanzien van derden. En zelfs als dit niet het geval is, kan het een contractuele fout ten aanzien van de rechtspersoon zijn (zie *infra* p. 497 e.v.). Daarnaast is van dit gemeenrechtelijke regime in bepaalde gevallen afgeweken door bijzondere wetsbepalingen. Zo zijn bestuurders in sommige rechtspersonenvormen extern solidair aansprakelijk voor schendingen van het Wetboek van Vennootschappen en de statuten, ook als zij hier zelf niet aan deelnamen (art. 263, 408 en 528 W.Venn.).
¹⁹⁶⁸ Zeker met de proliferatie van onafhankelijke bestuurders wordt het potentieel voor dit soort differentiatie enkel maar groter. Zeer terecht op dit punt: H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 135.

¹⁹⁶⁹ De gewone 1382-fout van bestuurders ten aanzien van derden wordt individueel beoordeeld. Natuurlijk kunnen ook bestuurders gemeenschappelijke en samenlopende fouten begaan. Zie: J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 114, 121 en 112-113.

¹⁹⁷⁰ Dit heeft trouwens ook zijn weerslag op de aansprakelijkheid van de rechtspersoon. Het is evengoed denkbaar dat slechts één bestuurder een fout beging door cruciale informatie achter te houden. Het orgaan zelf begaat dan onder de orgaantheorie vermoedelijk geen fout, als alle andere bestuurders per hypothese geen fout begingen bij het nemen van de beslissing. Art. 1384, lid 3 B.W. kan met die feiten aan de slag als blijkt dat de fout van de bestuurder de beslissing heeft beïnvloed (of, als hij die niet zou hebben beïnvloed, de beslissing ook in hoofde van de andere bestuurders foutief had gemaakt). De orgaantheorie echt op deze feiten loslaten, leidt tot redeneringen waar wellicht niemand zich vandaag aan wil wagen. De kennis bij de individuele bestuurders is dan wat als elektrische activiteit in bepaalde hersencellen, maar die onder de radar van het bewuste denken blijft.

¹⁹⁷¹ Zie *supra* p. 466 e.v. over het feit dat rechtstreekse foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon bij inbreuk op specifieke rechtsnorm vanuit een neoklassieke benadering van het buitencon-

leid.¹⁹⁷² Het slachtoffer moet ten aanzien van die laatste aantonen dat hen *ook* een fout in de zin van artikel 1382-1383 B.W. kan worden verweten. Het enkele feit dat de rechtspersoon de regel overtrad, volstaat niet.

515. Dit betekent niet dat bestuurders noodzakelijk een sterk technisch gekleurd verweer ontleen aan het feit dat rechtsnorm aan de rechtspersoon is gericht *als zij zelf de inbreuk begingen*. Die vraag hangt in de eerste plaats sterk af van de toepassingsvoorwaarden van de specifieke norm in kwestie.¹⁹⁷³ Maar over het algemeen zullen derden die beschermd worden door specifieke normen die voor een bepaalde professionele activiteit gelden, de bestuurders evengoed het verwijt kunnen maken dat, gelet op de professionele context waarin zij optraden, de inbreuk ook in hun hoofde een fout uitmaakt.

Alleen wordt die analyse vandaag, onder invloed van de orgaantheorie, opnieuw vertroebeld door het feit dat, meestal in grote organisaties, de inbreuk vaak op een niet-organiek echelon werd begaan. Bestuurders verzuimen niet aan hun opdracht – integendeel – als zij een organisatiestructuur op poten zetten waarin ieder zijn taak heeft, ook bij de naleving van normen die op de rechtspersoon rusten. Het volstaat dan de mentale ballast van de orgaantheorie los te laten om in te zien dat het feit dat de rechtspersoon – per hypothese¹⁹⁷⁴ – op grond van artikel 1382-1383 B.W. rechtstreeks aansprakelijk is voor de inbreuk op een aan de rechtspersoon gerichte specifieke rechtsnorm die materieel begaan werd door een regiomanager, niet automatisch betekent dat bestuurders persoonlijk een fout begingen. En omgekeerd, hoeft het tegengestelde resultaat – omgekeerde toerekening – dus ook niet kunstmatig te worden vermeden door een nieuw systeem van autonome foutaansprakelijkheid, en dikke theoretisch muren tussen toetsingsnormen die gelden voor de rechtspersoon enerzijds, en voor zijn bestuurders anderzijds.¹⁹⁷⁵

Met het gemeen aansprakelijkheidsrecht kan aan diversiteit in feitelijke omstandigheden recht worden gedaan, zonder dat de discussie om puur theoretische redenen in het ene of het andere kunstmatig juridisch denkpatroon moet worden gedwongen. Bestuurders van een multinationale bouwgroep zijn niet noodzakelijk extern aansprakelijk als een ploegbaas op een lokale bouwplaats een specifieke regel schendt waarvan de rechtspersoon de normbestemming is,

tractuele aansprakelijkheidsrecht kan worden gekaderd, zonder dat daarvoor een nieuw autonoom rechtspersoonlijk toerekeningsmechanisme nodig is.

¹⁹⁷² Anderzijds sluit het feit dat zij geen buitencontractuele fout jegens derden begingen, niet uit dat zij ten aanzien van de rechtspersoon een *contractuele* fout begingen. Zie ook *supra* voetnoot 1960 en *infra* p. 497 e.v. over intern regres.

¹⁹⁷³ Uit de belastingregels valt dan bijvoorbeeld op te maken dat bestuurders, ook al beslissen zij zelf tot niet-betaling, niet zelf aansprakelijk worden voor de belastingschulden van de vennootschap. Terwijl uit een interpretatie van veiligheidsverplichtingen voor aannemers bijvoorbeeld wel is op te maken dat bestuurders die ze schenden ook zelf aansprakelijk zijn.

¹⁹⁷⁴ Omdat de toepassingsvoorwaarden van de regel dit toelaten.

¹⁹⁷⁵ Dit is een verwijzing naar de theorie van Joeri VANANROYE. Zie *infra* p. 540 e.v.

maar dit betekent niet dat de zaakvoerder van een loodgietersBVBA zonder werknemers steeds een juridisch-technisch gekleurd verweer ontleent aan het feit dat hij schade aan derden veroorzaakte als gevolg van de overtreding van een specifieke regel die aan de BVBA was gericht.

3.1.5. *Derde nuance: geval waarin aansprakelijkheid van de rechtspersoon wel op schadeberokkenend gedrag van aangesproken bestuurder steunt, maar dit in diens hoofde geen persoonlijke fout oplevert*

516. Een derde nuance is iets subtieler en vandaag *de lege lata* minder ingeburgerd. Zij steunt op de idee van dissociatie tussen *eigen foutaansprakelijkheid* van de aangestelde op grond van artikel 1382-1383 B.W. en *objectieve aansprakelijkheid* van de aansteller op grond van artikel 1384, lid 3 B.W., ook als de aansteller aansprakelijk is op grond van schade door de aangestelde veroorzaakt. Alleen al omdat het neoklassieke regime twee verschillende wetsartikels toepast, bovendien ten aanzien van twee verschillende rechtssubjecten – artikel 1384, lid 3 B.W. op de rechtspersoon en 1382-1383 B.W. op elke aangesproken bestuurder afzonderlijk – biedt het meer ruimte voor nuance dan het identificatiedogma van de orgaantheorie.

517. Helemaal onbekend is deze gedachte niet, zo werd al toegelicht.¹⁹⁷⁶ Niet enkel om pragmatische en procedurele redenen: het slachtoffer streeft vaak vooral van de aansteller vergoeding na, en de proces- en bewijsregels laten toe de procedure te voeren zonder dat de aangestelde in het geding is. Maar ook materieel-rechtelijk: schade onrechtmatig in de bediening veroorzaakt, eerder dan de *persoonlijke fout* van de aangestelde, is het wettelijke aanknopingscriterium bij aanstelling. Het is puur tekstueel zeer verdedigbaar dat *de bediening waarin hij werd gebezigd* de objectieve onrechtmatigheid van de schadeverwekkende daad van de aangestelde kleurt onder artikel 1384, lid 3 B.W., zonder daarom automatisch een identieke rol te spelen onder het persoonlijke foutvereiste van artikel 1382-1383 B.W.

Momenteel wordt heel wat van het potentieel van dit onderscheid niet benut. De meeste aangestelden zijn werknemers en kunnen hoe dan ook niet worden aangesproken voor gewone fouten (art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet). Schuldonbekwaamheid als weerkerend voorbeeld om het onderscheid tussen de fout en de objectief onrechtmatige daad van de aangestelde te illustreren, anderzijds, helpt het onderscheid evenmin kleur geven. Die hypothese steunt vooral op een – dan nog grotendeels vals – parallellisme met de aansprakelijkheid voor kinderen¹⁹⁷⁷,

¹⁹⁷⁶ Zie *supra* p. 474 e.v.

¹⁹⁷⁷ Het parallellisme is vals om minstens twee redenen. Ten eerste is de hypothese bij aanstelling marginaal (de geestesgestoorde aangestelde die schade veroorzaakt binnen een bediening waarin hij werd gebezigd), terwijl ze bij minderjarigen cruciaal is. Ten tweede omdat – net om

maar is voor aangestelden eerder theoretisch. Het verschil tussen een objectief onrechtmatige daad die schade veroorzaakt in een bediening, en een eigen fout van de aangestelde, blijft daarom zowel vanuit theoretisch als vanuit praktisch oogpunt onderbelicht.

518. De Franse *Costedoatrechtspraak*, waarmee aan de aangestelde gedeeltelijke persoonlijke immuniteit werd toegekend indien hij de grenzen van de opdracht die door de aansteller werd verleend, niet te buiten ging¹⁹⁷⁸, zou als – weliswaar zeer verregaande – toepassing van dit onderscheid kunnen worden gezien. Bij ons zou de Franse oplossing *de lege lata* niet passen binnen artikel 1382-1383 B.W.¹⁹⁷⁹ Als puur *praetoriaanse* innovatie, krijgt ze ook in Frankrijk veel kritiek.¹⁹⁸⁰ Maar zonder zo ver te gaan, lijkt wel denkbaar dat een daad soms vanuit het gedrag van de aangestelde binnen de functie (bediening) bekeken objectief onrechtmatig is in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W., terwijl ze voor de aangestelde zelf niet persoonlijk foutief is in de zin van artikel 1382-1383 B.W.¹⁹⁸¹ De inbreuk op een specifieke norm die voor de aansteller geldt, zou hiervan een schoolvoorbeeld kunnen zijn.¹⁹⁸² Ook rechtvaardigingsgronden kunnen in dit licht nog een rol spelen.¹⁹⁸³ Als ook bestuurders aangestelden zijn – en zo lang de immuniteit van werknemers niet tot hen wordt uitgebreid¹⁹⁸⁴ – zal de vraag zich misschien vaker stellen of in sommige gevallen geen sprake is van een objectieve onrechtmatigheid die schade veroorzaakt “in de bediening”, zonder dat daarom ten aanzien van derden ook een eigen 1382-fout van de bestuurder die de schade veroorzaakte, voorligt. Met onze traditie van foutbeoordeling *in abstracto*, is die ruimte niet zo heel groot. Vooral als in de toekomst meer aandacht zou gaan naar de relativiteit

die reden – de redenering die er voor kinderen voor pleit schuldbequaamheid te nuanceren niet zomaar tot aangestelden kan worden uitgebreid. Zie ook: L. CORNELIS, *Beginselen*, 373.

¹⁹⁷⁸ Cass. Fr. 25 februari 2000, *Dalloz* 2000, J-673, noot P. BRUN (arrest *Costedoat*). Voorwaarde is dat de aangestelde de grenzen van de opdracht die hem door de aansteller werd verleend, niet te buiten ging.

¹⁹⁷⁹ Een jurisprudentiële poging om de aansprakelijkheidsbeperking van art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet uit te breiden tot aangestelden die geen werknemers waren, strandde recent nog voor het Hof van Cassatie: Cass. 29 juni 2009, *J.T.T.* 2009, 343, concl. J.-M. GENICOT.

¹⁹⁸⁰ G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 1020. De rechtspraak is wellicht enkel begrijpbaar vanuit de wetenschap dat Frankrijk geen parallel voor art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet kent.

¹⁹⁸¹ Het potentieel voor dissociatie is weliswaar conceptueel groter op lagere echelons – waar aangestelden vaak ook werknemer zijn en dus meestal door art. 18 arbeidsovereenkomstenwet beschermd – dan op het niveau van bestuurders.

¹⁹⁸² Niet toevallig is dit het geval waarin de relativiteit van de onrechtmatigheid – zelfs al wordt ze officieel ontkend – de grootste rol speelt.

¹⁹⁸³ Zie echter *supra* voetnoot 1858.

¹⁹⁸⁴ Zie hierover recent nog GwH 4 maart 2008, 36/2008, en specifiek voor gevallen waarin ook een arbeidsovereenkomst bestaat, uitgesproken *pro* toepassing van art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet: W. DEVOS en V. CAIMO, “Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de arbeidsovereenkomstenwet”, *T.R.V.* 2009, 611-637.

van de onrechtmatigheid, is het denkbaar dat die dissociatie groter wordt. Maar zelfs als deze weg verder zou worden verkend, is duidelijk dat zij op evolutie binnen de *gemeenrechtelijke* aansprakelijkheidsbepalingen steunt, en gebruik maakt van mogelijkheden die daarin besloten liggen.¹⁹⁸⁵ Dit biedt veel meer belofte dan antwoorden abstract deduceren uit het voorbijgestreefde incarnatieverhaal van de orgaantheorie.¹⁹⁸⁶

3.1.6. Besluit

519. Aansprakelijkheid van de rechtspersoon en van zijn bestuurders jegens derden zijn geen communicerende vaten, noch in de ene richting (immunititeit) noch in de andere (foutidentiteit). *De lege lata* staat dit als een paal boven water. Om dit te begrijpen, biedt het neoklassieke verklaringsmodel een veel beter denk-kader dan de orgaantheorie.

De *regel* blijft daardoor dat bestuurders door derden op hun gedrag, ook in functie verricht, aanspreekbaar blijven op grond van artikel 1382-1383 B.W., althans op voorwaarde dat de toepassingsvoorwaarden van deze aansprakelijkheidsregels volgens een normale analyse in hoofde van de aangesproken bestuurders individueel zijn vervuld. Hier is niets mis mee.¹⁹⁸⁷

“Een rechtsorde van vrije mensen heeft mede tot grondslag dat een ieder verantwoordelijk is voor eigen daden, ongeacht of hij in de uitoefening van een functie heeft gehandeld”.¹⁹⁸⁸

Het feit dat iemand in het belang van een ander handelt, en de eventuele voordelen of winsten van zijn handeling aan die ander toekomen, verleent de actor voor die handelingen geen buitencontractuele immunititeit jegens derden. Het klopt dat zulks derden *vanuit juridisch oogpunt* toelaat bestuurders aan te spreken voor risico's die in het kader van de uitvoering van de rechtspersoonlijke activiteit

¹⁹⁸⁵ In dit verband is het interessant dat in Frankrijk het idee veld wint dat de gedeeltelijke immunititeit voor bestuurders enerzijds (de “*faute non-détachable des fonctions*”) en voor aangestelden anderzijds (de fout “*dans les limites de la mission*”) sterk op mekaar lijken en best op dezelfde leest wordt geschoeid (G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 1030 en 1087). Dit neemt niet weg dat aansprakelijkheidsverzachting via mechanismen van “absorptie” *jegens derden* van eerder functionele fouten tot veel problemen aanleiding geeft wat betref inpassing in de traditionele principes van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, en ook in Frankrijk terecht kritiek krijgt (zie A. BALLOT-LÉNA, *La responsabilité civile en droit des affaires*, 457; G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 1021 en 1090-1091). De *interne relatie* is hiervoor veel geschikter.

¹⁹⁸⁶ Vergelijk: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 774-775.

¹⁹⁸⁷ K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA”, 14; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 779.

¹⁹⁸⁸ C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 185.

onvermijdelijk zijn.¹⁹⁸⁹ Maar de echte vraag in dit verband is of zij principieel *aanspreekbaar* blijven door *derden* voor hun *gemeenrechtelijke* 1382-fout. Een positief antwoord hierop, betekent niet dat bestuurders vogelvrij zijn voor fouten met een sterk functioneel karakter. Eerst volgt een vrij intensieve afvallingsrit van materieelrechtelijke¹⁹⁹⁰, proceseconomische¹⁹⁹¹ en pragmatische¹⁹⁹² redenen waarom bestuurders voor het meeste handelen in functie *door derden* ongemoeid worden gelaten. Aan het einde van die rit echter, blijft er een harde kern van bestuursoptreden dat ook tot eigen aansprakelijkheid jegens derden *kan* leiden, zelfs al is het sterk “rechtspersoonlijk” gekleurd. Daarbinnen vallen ongetwijfeld gevallen die, *moest het rechtssysteem tot een keuze verplichten*, eerder tot aansprakelijkheid van de rechtspersoon dan van zijn bestuurders persoonlijk lijken te moeten leiden. Maar het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht legt *de lege lata* het slachtoffer die keuze niet op.

520. De juiste weg om bestuurders in sommige gevallen te ontlasten van de kost van aansprakelijkheidsrisico’s jegens derden waar die sterk met het ondernemingsrisico als zodanig verbonden zijn, is niet om zonder wettelijke basis aan dit slachtoffer buitencontractuele rechten die artikel 1382-1383 B.W. hem toekent, te ontnemen. Wel door te erkennen dat de bestuurder hier in zijn interne relatie met de rechtspersoon niet noodzakelijk ultiem draagplichtig voor is. Ook dit past wonderwel binnen de neoklassieke analyse die na verwerping van de orgaantheorie opnieuw aan de oppervlakte komt. Dit wordt nu toegelicht.

3.2. INTERN VERHAAL TUSSEN BESTUURDERS EN RECHTSPERSOON

3.2.1. Inleiding

521. Ook wat de interne verhaalsrechten tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders betreft, voor de aansprakelijkheid die zij ten aanzien van derden zouden oplopen, leidt het neoklassieke alternatief tot een benadering die zowel evenwichtiger en genuanceerder is, als op meest fundamenteel niveau beter strookt met de positieve materie dan de incarnatiegedachte. Onder de vlag van de orgaantheorie wordt *de lege lata* voorgehouden dat de rechtspersoon zijn bestuurders kan aanspreken voor de totale schadevergoeding waartoe hij als gevolg van hun buitencontractuele fouten ten aanzien van derden zou worden veroordeeld, ter-

¹⁹⁸⁹ V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 762 e.v.

¹⁹⁹⁰ Op grond van vertegenwoordiging voor contractuele vorderingen en op grond van samenloop en quasi-immuniteit voor buitencontractuele vorderingen met een sterk contractuele inslag.

¹⁹⁹¹ Dankzij het feit dat de “anonieme” fout volstaat.

¹⁹⁹² Dankzij het feit dat het slachtoffer *in going concern* meestal enkel de rechtspersoon aanspreekt.

wijl bestuurders die door de derde persoonlijk zouden worden aangesproken, op de rechtspersoon geen verhaal hebben.¹⁹⁹³ Zelfs TILQUIN en SIMONART hebben de absorptieer nooit doorgetrokken naar de interne verhouding.¹⁹⁹⁴ Regres *pro toto* is nochtans volstrekt incoherent met een fundamentele theoretische pijler van de orgaantheorie, namelijk de idee dat de rechtspersoon uit eigen fout aansprakelijk is op grond van artikel 1382-1383 B.W.¹⁹⁹⁵ Die vaststelling zou immers aansprakelijkheidsverdeling moeten meebrengen tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders.

Kan de orgaantheorie op dit punt dan niet gewoon worden toegepast?¹⁹⁹⁶ Al snel blijkt die piste evenmin veelbelovend. Als de eigen 1382-fout van de rechtspersoon jegens derden, ook in de interne regresverhouding met zijn bestuurders moet spelen, betekent dit dat bestuurders zich *altijd* en *logisch noodzakelijk* op aansprakelijkheidsverdeling kunnen beroepen¹⁹⁹⁷, tenzij voor opzettelijke fouten die onder het algemene rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* vallen.¹⁹⁹⁸ Hiermee vervallen we van het ene ongewenste uiterste in het andere. Er is geen enkele reden waarom de rechtspersoon bij buitencontractuele fouten van zijn bestuurders jegens derden als regel altijd minstens deel van de schadevergoeding zou moeten dragen in de interne verhouding met zijn bestuurders.¹⁹⁹⁹ Het is bijzonder gekunsteld om, in de interne verhouding tussen het immateriële rechtssubject dat de rechtspersoon is, en de bestuurders die de fout materieel begingen, voor te

¹⁹⁹³ Zie *supra* p. 369.

¹⁹⁹⁴ Ook al zet dit de coherentie van hun standpunt op het vlak van externe aansprakelijkheid onder druk: zie *supra* voetnoot 1581.

¹⁹⁹⁵ Zie *supra* p. 402 e.v.

¹⁹⁹⁶ Het is wat ironisch dat de orgaantheorie bij VANANROYE, die meer interne aansprakelijkheidsverdeling tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders in het algemeen niet ongenegen is, een veeg uit de pan krijgt omdat rechtspraak en rechtsleer van regres *pro toto* uitgaan, terwijl strikte toepassing van haar interne logica net tot aansprakelijkheidsverdeling zou leiden. Zie: J. VANANROYE, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", 780-781; J. VANANROYE, "Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid", 87.

¹⁹⁹⁷ De rechter die in de onderlinge verhouding één aansprakelijke tot de volledige schade zou veroordelen, nadat hij heeft vastgesteld dat beide *in solidum* aansprakelijk zijn op grond van art. 1382-1383 B.W. ten aanzien van het slachtoffer, miskent het wettelijke causaliteitsbegrip: Cass. 10 mei 1984, *Pas.* 1984, I, 1106; Cass. 9 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 643; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en L. WYNANT, "Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1985-1993)", 1498; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, "Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)", 1923.

¹⁹⁹⁸ Cass. 6 november 2002, *R.W.* 2002-03, 1629, noot B. WEYTS; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 868. Probleem is natuurlijk dat volgens de orgaantheorie de rechtspersoon dan ook zelf een opzettelijke fout beging.

¹⁹⁹⁹ Terecht: H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 160 (maar zie over het standpunt van DE WULF in dit verband ook *supra* p. 404 e.v.). Aangezien die fout ook een bestuursfout jegens de vennootschap kan zijn, zou dit als algemene oplossing trouwens ingaan tegen uitdrukkelijke wetsbepalingen (onder meer de art. 262, 408 en 527 W.Venn.). Op dit punt worden die wetsartikels overigens als eenvoudige toepassing van het gemeen lastgevingsrecht begrepen (J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 114).

houden dat de rechtspersoon zelf een eigen 1382-fout beging waarvoor hij de bestuurders per definitie vergoeding verschuldigd is.²⁰⁰⁰

Het is dus maar goed dat ook op het vlak van interne verhaalsrechten in werkelijkheid het regime van artikel 1384, lid 3 B.W. wordt gehanteerd, althans voor de puur buitencontractuele analyse.²⁰⁰¹ Maar dan wordt dankzij de neoklassieke benadering meteen iets anders duidelijk: dat voor interne verhaalsrechten tussen rechtspersoon en bestuurders de buitencontractuele analyse niet het volledige plaatje kan geven. De contractuele verhouding tussen beide treedt mee op de voorgrond.

3.2.2. Neoklassieke benadering: belang van de contractuele verhouding

522. Zodra de ketens van de orgaantheorie zijn afgelegd, en de vraag opnieuw in een (neoklassiek) gemeenrechtelijk kader wordt geplaatst, is meteen duidelijk dat het weinig zin heeft voor vragen over aansprakelijkheidsclaims tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders abstractie te maken van de *contractuele verhouding* die tussen beide bestaat.²⁰⁰² Bevrijd van complexe constructies over incarnatie en identificatie tussen de rechtspersoon en zijn organen, wordt snel duidelijk dat voor het aansprakelijkheidsregime de interne verhouding tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders een andere is dan de externe verhouding tussen de rechtspersoon of zijn bestuurders en derden.

523. Voor het algemene regime van artikel 1384, lid 3 B.W. is dit trouwens niet anders. Verhaal *pro toto* van de aansteller op de aangestelde, en afwezigheid van verhaal vanwege de aangestelde op de aansteller, is slechts de algemene regel op grond van de *louter buitencontractuele* analyse.²⁰⁰³ Aanstelling is een rechtsfeit dat aanwezig kan zijn in heel wat rechtsverhoudingen, en zelfs waar de verhouding tussen aansteller en aangestelde louter feitelijk van aard is.²⁰⁰⁴ Op dat niveau van abstractie, louter buitencontractueel bekeken, en enkel en alleen op grond van interpretatie van artikel 1384, lid 3 B.W., is het traditionele antwoord van *regres pro toto* correct. Maar hiermee is maar een deel van het verhaal verteld.

²⁰⁰⁰ H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 157.

²⁰⁰¹ Zie *supra* p. 352 e.v en 402 e.v.

²⁰⁰² Zeer terecht in die zin (althans wat betreft het belang van de contractuele verhouding): H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 158 (en ook p. 147); J. VANANROYE, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", 781-782; J. VANANROYE, "Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid", 88. Zie ook *supra* p. 247 e.v. over de contractuele aard van de verhouding tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders.

²⁰⁰³ Zie *supra* p. 352 e.v., waar dit steeds werd benadrukt.

²⁰⁰⁴ Zie *supra* p. 136 e.v.

Tussen aansteller en aangestelde bestaat *meestal* een overeenkomst.²⁰⁰⁵ De buitencontractuele analyse is dan voor vragen omtrent schade die aangestelden aan derden hebben veroorzaakt in de uitvoering van die overeenkomst, vooral achtergronddecor.²⁰⁰⁶ De draagplicht *inter partes* moet in de eerste plaats op grond van het contract worden bepaald, met aandacht voor de verbintenissen van partijen, de vraag of een contractuele fout aanwezig is, de vraag of de schade uit de aansprakelijkheidsveroordeling contractuele schade is, eventuele exoneratiebedingen, vrijwaringsbedingen, enzovoort.²⁰⁰⁷ De samenloopregels dwingen er bovendien toe eerst deze contractuele analyse te voeren. Enkel voor niet contractuele schade als gevolg van een niet louter contractuele fout kan de regresnemer een buitencontractueel beroep overwegen.²⁰⁰⁸

524. Gemeenrechtelijk blijkt die contractuele analyse al snel een heel stuk genuanceerder dan met de incarnatieloga van de orgaantheorie. Aangaande lastgeving in het algemeen, gaf CORNELIS al terecht aan dat de lastgever die buitencontractueel aansprakelijk is als gevolg van een fout van de lasthebber, op die laatste slechts verhaal kan uitoefenen als de lasthebber hiermee jegens hem ook een contractuele fout beging.²⁰⁰⁹ Dit gaat evengoed op voor bestuurders. De rechtspersoon die buitencontractuele aansprakelijkheid jegens derden oploopt en de kost hiervan op zijn bestuurders wil verhalen, moet in de eerste plaats aantonen dat hij schade lijdt als gevolg van een contractuele fout van elke bestuurder die hij hiervoor wil aanspreken.²⁰¹⁰ Zelfs waar aansprakelijkheid van de rechtspersoon jegens derden op een buitencontractuele fout van bestuurders is gestoeld²⁰¹¹, volgt hier niet noodzakelijk uit dat dit automatisch ook een *contractuele* fout jegens de rechtspersoon is. Dit is een argument dat voor de klassieke auteurs misschien moeilijk zou liggen.²⁰¹² Maar in een hedendaagse context lijkt het niet zo revolu-

²⁰⁰⁵ Zie *supra* voetnoot 548. Zie op dit punt ook: H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 147.

²⁰⁰⁶ Zeer duidelijk: R. LUBACH, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, 389 e.v. Zie ook op p. 390 het op dit stuk bijzonder duidelijke citaat uit een arrest van 20 november 1981 van de Nederlandse Hoge Raad.

²⁰⁰⁷ P.A. FORIERS, "Responsabilité personnelle des organes, mandataires, préposés et agents d'exécution. Responsabilité du fait d'autrui" in P. VAN OMMESELAGHE (e.), *Actualités en droit de la responsabilité*, Brussel, Bruylant, 2010, 79 e.v.

²⁰⁰⁸ Cass. 29 september 2006, R.W. 2006-07, 1717, noot A. VAN OEVELEN. Zie ook *supra* voetnoot 1618.

²⁰⁰⁹ L. CORNELIS, *Beginselen*, 423. De bespreking is weliswaar gekaderd in CORNELIS' opvatting dat de lastgever slechts buitencontractueel aansprakelijk zal zijn als de lasthebber binnen de opdracht een *rechtshandeling* verrichtte die tegelijk ten aanzien van derden een onrechtmatige daad is. Maar die nuance is hier zonder belang.

²⁰¹⁰ K. GEENS en J. VANANROYE, "Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA", 15; J. VANANROYE, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", 782; J. VANANROYE, "Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid", 88.

²⁰¹¹ Zie hierover in het algemeen *supra* p. 487 e.v.

²⁰¹² Minstens impliciet lijkt de traditionele opvatting over het integrale regresrecht sterk te steunen op de impliciete vooronderstelling dat de aangestelde die door onrechtmatig gedrag zijn aan-

tionair. Het is best denkbaar dat bestuurders handelingen verrichten die enerzijds binnen de normale uitvoering van de contractuele opdracht vallen, en anderzijds toch op onrechtmatige wijze buitencontractuele schade aan derden veroorzaken. Het *loutere feit* dat derden hieruit een buitencontractuele aanspraak (tegen rechtspersoon en bestuurder) putten, maakt van de handeling *niet automatisch* een contractuele fout.²⁰¹³

525. DE WULF erkent dit principe, maar is van oordeel dat de hypothese extreem zeldzaam zal zijn.²⁰¹⁴ GEENS en VANANROYE maken terecht dit voorbehoud niet.²⁰¹⁵ Slachtoffervergoeding heeft in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht sterk aan belang gewonnen. Zeker als de verweerder een rechtspersoon is, wordt de fout soms wel zeer abstract beoordeeld. In het complexe economische en regulatoire kader van vandaag, is het niet noodzakelijk zeer uitzonderlijk dat bestuurders handelingen verrichten die in het belang van de rechtspersoon zijn en in een normale bestuursuitoefening passen²⁰¹⁶, maar waarvan de rechter nadien tot het besluit komt ze onrechtmatig waren ten aanzien van bepaalde derden die er schade door leden. Het feit dat bestuurders hier als algemene regel buitencontractueel aansprakelijk voor blijven in hun relatie met derden²⁰¹⁷, betekent niet dat zij zich er contractueel toe verbonden hebben de rechtspersoon voor deze kosten te vergoeden.

Zo moeten ook uitdrukkelijke contractuele afspraken een rol kunnen spelen. De contractuele fout wordt in de eerste plaats bepaald op grond van de verbintenissen van partijen zoals die in de overeenkomst omschreven zijn. In het kader

steller op kosten jaagt, ook wel een contractuele fout begaat. Zie voor een voorbeeld van deze vanzelfsprekendheid, zonder dat de rechtsgrondslag uitdrukkelijk aan bod komt: F. LAURENT, *Principes*, XX, 672. Zie ook: J. BEEKHUIS, *Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden*, 115 (maar al – terecht – genuanceerder).

²⁰¹³ Opnieuw terecht voor lastgeving in het algemeen: L. CORNELIS, *Beginselen*, 423. Ook: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 189. Uitdrukkelijk toegepast op bestuurders: I. CORBISIER, “Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu’a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d’une personne morale”, 32; H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 158; K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA”, 15; J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 122; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 455; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 781-782; J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, 88.

²⁰¹⁴ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 158-159.

²⁰¹⁵ K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA”; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 782.

²⁰¹⁶ Het volstaat dus niet dat bestuurders de handelingen die schade hebben veroorzaakt in het belang van de rechtspersoon hebben verricht (zoals DE WULF vreest: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 159). Het gaat om de vraag zij een contractuele fout begingen. Of bestuurders meenden in het belang van de rechtspersoon te handelen, is daarbij niet de enige overweging.

²⁰¹⁷ Zie *supra* p. 487 e.v. voor bevestiging van de algemene regel en nuances.

van de bestuursovereenkomst gebeurt dit misschien niet frequent, maar juridisch is het niet ondenkbaar dat de verbintenissen strenger of minder streng omschreven worden.²⁰¹⁸ Ook exoneratieclausules zijn in dit verband denkbaar.²⁰¹⁹

526. Intern verhaal van de rechtspersoon op zijn bestuurders is dus in de eerste plaats te beoordelen op basis van de contractuele fout. Een buitencontractuele fout van bestuurders jegens derden kan hiermee niet zomaar worden gelijkgesteld. Maar die nuance werkt ook in omgekeerde richting. Het is niet omdat een bestuurder *geen* buitencontractuele fout beging jegens derden, dat hij niet voor contractuele fout jegens de rechtspersoon aansprakelijk kan zijn. Ook hier weer helpt het de ogen af te schermen van het incarnatie- en identificatieverhaal van de orgaantheorie. Het is niet omdat de rechtspersoon extern aansprakelijk is en de bestuurder niet, dat deze laatste per definitie contractueel vrijuit gaat. De rechtspersoon kan zijn bestuurders soms net wel contractueel verwijten dat hij schadevergoeding aan derden moet betalen, zelfs al begingen die bestuurders zelf geen buitencontractuele fout jegens de betrokken derden. Aan aansprakelijkheid van de rechtspersoon op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. voor de fout van een aangestelde, of op grond van artikel 1382-1383 B.W. voor inbreuk op specifieke regel, kan een contractueel plichtsverzuim van zijn bestuurders ten grondslag liggen. Die fout is niet noodzakelijk een buitencontractuele fout van de bestuurders jegens het slachtoffer. Bestuurders hebben ten aanzien van de rechtspersoon contractuele verbintenissen wat betreft de deugdelijkheid van hun bestuur, die zij niet ten aanzien van derden hebben. Een gebrekkige interne organisatie, bijvoorbeeld, is niet noodzakelijk een buitencontractuele fout van bestuurders ten aanzien van het slachtoffer van de fout van een lokale verkoper. Maar het kan wel een contractuele tekortkoming aan de bestuursverbintenissen jegens de rechtspersoon zijn. Hetzelfde is zelfs denkbaar als de schade door een *daad van de bestuurders zelf* is veroorzaakt. De bestuurder die een een aan de rechtspersoon gerichte norm overtreedt, begaat in sommige gevallen misschien geen persoonlijke buitencontractuele fout jegens het slachtoffer.²⁰²⁰ Maar dit neemt niet weg dat hij wel contrac-

²⁰¹⁸ P.A. FORIERS, “Responsabilité personnelle des organes, mandataires, préposés et agents d’exécution. Responsabilité du fait d’autrui”, 80-81. Zo is ook op grond van art. 1992 B.W. verdedigbaar dat, net zoals de lasthebber, de bestuursfout van de bestuurder die zijn mandaat kosteloos opneemt, minder streng moet beoordeeld worden (X. DIEUX en Y. DE CORDT, “Examen de jurisprudence (1991-2005): Les sociétés commerciales (suite)”, 598). Zo hier in de praktijk weinig spoor van is, heeft dit vooral te maken met het feit dat het bestuursmandaat in vennootschappen zo goed als nooit echt kosteloos is, in de zin die art. 1992 B.W. voor ogen heeft (vriendendienst). Het feit dat iemand als bestuurder geen bijzondere vergoeding ontvangt, volstaat – behoudens andersluidend beding op dit punt – niet als hij er op een andere manier pecuniair belang bij heeft: B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 436; *contra*: J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 117.

²⁰¹⁹ K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA”, 11 (maar – iets te – genuanceerd ten aanzien van het praktische nut hiervan).

²⁰²⁰ Zie *supra* p. 480 e.v.

tueel aansprakelijk kan zijn jegens de rechtspersoon voor de schade die voortvloeit uit het feit dat die voor de normovertreding moest opdraaien.

527. Ook wat eventueel regres van bestuurders tegen de rechtspersoon betreft, moet het onderscheid tussen de buitencontractuele en de contractuele fout vooropstaan. Op grond van de buitencontractuele aanstellingsverhouding, heeft de bestuurder geen regres voor de schadevergoeding waartoe hij wegens zijn buitencontractuele fout jegens een derde zou worden veroordeeld. Hij kan dus evenmin de rechtspersoon in vrijwaring roepen. Maar voor aanspraken waarmee hij wordt geconfronteerd als gevolg van de uitoefening van zijn contractuele functie, is in de eerst plaats de overeenkomst van belang.²⁰²¹ Die kan een vrijwaringsverbintenis van de zijde van de rechtspersoon bevatten.²⁰²² Verder is het ook mogelijk dat de bestuurder wordt aangesproken voor een daad die enkel mogelijk was als gevolg van een contractuele fout van de rechtspersoon in zijn relatie met de bestuurder. De rechtspersoon is dan aansprakelijk voor contractuele wanprestatie.²⁰²³

Het is zelfs mogelijk nog een stap verder te gaan. Ook zonder *uitdrukkelijke* vrijwaringsverbintenis of contractuele *fout* van de rechtspersoon, is verdedigbaar dat bestuurders uit hun contractuele relatie met de rechtspersoon een recht putten op vergoeding van de schade die zij als gevolg van een buitencontractuele veroordeling jegens derden opliepen, indien hen in dit verband *geen contractuele bestuursfout* ten aanzien van de rechtspersoon te verwijten valt. Koen GEENS en Joeri VANANROYE hebben terecht gewezen op de wettelijke regeling die voor de lastgeving van gemeen recht geldt, en die in het hier verdedigde neoklassieke regime naadloos voor bestuurders kan worden ingepast.²⁰²⁴

²⁰²¹ Vergelijk: Cass. 15 september 1988, *Pas.* 1989, I, 49, *R.W.* 1989-90, 708, noot G. DE PAUW (de aangestelde kan geen regresvordering instellen indien die steunt op “*la seule circonstance*” dat de aangestelde ten aanzien van derden op basis van art. 1384, lid 3 B.W. aansprakelijk is. Dit impliceert dat er andere omstandigheden kunnen zijn die dit wél toelaten).

²⁰²² Vergelijk: Cass. 6 februari 2003, *Pas.* 2003, I, 283; Cass. 5 september 2002, *Pas.* 2002, I, 1530; Cass. 14 juni 1985, *Pas.* 1985, I, 1317; Cass. 10 mei 1984, *Pas.* 1984, I, 1106 (samenlopende fouten verplichten tot verdeling van aansprakelijkheid *tenzij* de rechter in de interne relatie tussen medeaansprakelijken een vrijwaringsverbintenis vaststelt).

²⁰²³ Op bestuursniveau is deze hypothese wellicht eerder uitzonderlijk. Werknemers zouden hierover bijvoorbeeld kunnen klagen indien de rechtspersoon hen niet het afgesproken materiaal ter beschikking heeft gesteld om de taak naar behoren uit te voeren, en zij hierdoor schade aan derden hebben berokkend. Toch lijkt het in de hedendaagse context niet ondenkbaar dat de rechtspersoon een contractuele fout begaat ten aanzien van onafhankelijke bestuurders aan wie vanuit de rechtspersoonlijke organisatie niet de nodige informatie ter beschikking werd gesteld om met kennis van zaken een beslissing te nemen, waarvoor zij later door derden buitencontractueel worden aangesproken.

²⁰²⁴ K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA”, 15; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 782; J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, 88. Hieraan kan art. 29 W.Venn. worden toegevoegd. Het heeft immers dezelfde parentage: R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, III, 133 (*Traité du contrat de mandat*, nr. 75: “*Il y a entière parité de raison*”) en II, 432-433 (*Traité du contrat de société*, nr. 127-131). Zie ook: R. TROP LONG, *Du contrat de société*, 217 (nr. 601) en 218 (nr. 606).

De lastgever moet de lasthebber de voorschotten en kosten vergoeden, die deze tot uitvoering van de lastgeving gedaan heeft, en hem zijn loon betalen wanneer er loon beloofd is. Indien de lasthebber geen schuld te wijten is, kan de lastgever zich aan deze teruggave en betaling niet onttrekken, al mocht de zaak ook mislukt zijn, noch het bedrag van de kosten en voorschotten doen verminderen, onder voorgeven dat zij geringer konden zijn (art. 1999 B.W.).

De lastgever moet de lasthebber ook schadeloos stellen voor de verliezen die deze ter gelegenheid van de uitvoering van zijn opdracht geleden heeft, indien hem geen onvoorzichtigheid te wijten is (art. 2000 B.W.).

Aan deze wetsartikels wordt traditioneel een ruime uitlegging gegeven.²⁰²⁵ Het volstaat dat de kosten nuttig werden gemaakt, ook al is de zaak waarop zij betrekking hebben mislukt, of hadden zij lager kunnen uitvallen. De aard van de verliezen is zonder belang, en de relatie met het beheer mag eerder indirect zijn. Er is op grond van de letterlijke tekst van de wet, geen enkele reden waarom buitencontractuele schadevergoedingen die bestuurders als gevolg van hun bestuur oplopen, zonder dat hen in dit verband een bestuursfout te verwijten valt, niet onder de toepassing van deze regels kunnen vallen.²⁰²⁶ Weliswaar is vergoeding niet langer verschuldigd als de lasthebber *schuld* of *onvoorzichtigheid* te verwijten valt. Maar deze termen staan in wetsartikels die een benoemde overeenkomst (lastgeving) regelen, en verwijzen logischerwijze naar de *contractuele* fout in de relatie tussen lasthebber en lastgever.²⁰²⁷

528. DE WULF heeft zich sterk tegen deze lezing van artikel 1999-2000 B.W. verzet.²⁰²⁸ Niet omdat bestuur geen lastgeving zou zijn. Wel omdat het om een belangrijke afwijking op artikel 1382 B.W. zou gaan die niet door deze wetsartikels bedoeld zou zijn. Maar de vraag stelt zich hier, zoals DE WULF overigens

²⁰²⁵ P. WÉRY, *Le mandat*, 204 en 209; J. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTTE, W. LAUWERS en I. SAMOY, "Overzicht van rechtspraak: bijzondere overeenkomsten (1995-1998)", *T.P.R.* 2002, 760. De argumenten die hiervoor klassiek worden gehanteerd, maar dan beperkt tot de interne relatie, lijken opvallend op diegenen die door onder meer TILQUIN en SIMONART (zie *supra* p. 388 e.v.) worden ingezet om een grote externe immuniteit te bepleiten: de lasthebber behartigt de belangen van de lastgever, dus is het logisch dat deze laatste de kosten draagt van alles wat binnen de niet-foutieve uitvoering van de opdracht valt.

²⁰²⁶ H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 149 (althans wat betreft art. 2000 B.W.). Zie zelfs voor lastgeving in het algemeen, het voorbeeld van correctionele veroordeling bij J. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTTE, W. LAUWERS en I. SAMOY, "Overzicht van rechtspraak: bijzondere overeenkomsten (1995-1998)", 760.

²⁰²⁷ Zie ook art. 1992 B.W., dat zonder enige twijfel over contractuele aansprakelijkheid handelt, en eveneens spreekt van "*schuld in de uitvoering van*" de opdracht en "*aansprakelijkheid wegens schuld*".

²⁰²⁸ H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 148-149.

elders terecht aangeeft²⁰²⁹, in de *contractuele* verhouding tussen rechtspersoon en bestuurders. In de buitencontractuele verhouding tussen bestuurders en derden, spelen artikel 1999-2000 B.W. geen rol. Die blijft onderworpen aan artikel 1382-1383 B.W. Er is geen bezwaar tegen “afwijking” van artikel 1382-1383 B.W. in wetsartikelen die op bijzondere wijze de *contractuele* verhouding tussen partijen bij een benoemde overeenkomst regelen²⁰³⁰. Artikel 1382-1383 B.W. spelen tussen contractanten slechts een bescheiden rol.²⁰³¹ Het is dus veel logischer artikel 1999-2000 B.W. in de sleutel van de *contractuele* aansprakelijkheidsregeling tussen lasthebber en lastgever te plaatsen.²⁰³² Evenmin moet er dan impliciete afwijking van artikel 1992 B.W. in worden in gelezen.²⁰³³ Dit wetsartikel gaat net over de contractuele fout van de lasthebber.²⁰³⁴ De artikelen 1999 en 2000 B.W. haken hier zeer logisch bij aan, maar dan bekeken vanuit de verplichtingen van de lastgever. Uitgangspunt is dat de lasthebber *geen* contractuele fout beging in de zin van artikel 1992 B.W. Is dit het geval, dan is de lastgever verplicht zijn kosten en verliezen te vergoeden. Kosten en verliezen die voor de lasthebber uit de normale en niet-foutieve uitvoering van zijn contractuele opdracht voortvloeien, moeten dus door de lastgever worden vergoed. Het is niet duidelijk waarom die interpretatie de artikelen 1999-2000 B.W. van hun functie zou afwenden om “*de aansprakelijkheid van de lasthebber te beperken*” of een impliciete afwijking van artikel 1992 B.W. aanneemt.²⁰³⁵ De lasthebber blijft extern aansprakelijk volgens de logica van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (art. 1382-1383 B.W.), en hij blijft intern aansprakelijk volgens de logica van het contractenrecht (art. 1992 B.W.). Maar als hij contractueel zijn taak naar behoren heeft uitgevoerd, moet de lastgever hem vergoeden (art. 1999-2000 B.W.). In tegenstelling tot wat

²⁰²⁹ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 158.

²⁰³⁰ De art. 1999-2000 B.W. zijn voor het overige suppletief, zodat het partijen steeds toegelaten is ervan af te wijken: P. WÉRY, *Le mandat*, 204, 207 en 210.

²⁰³¹ Elders (p. 158) steunt DE WULF het regres van de rechtspersoon op zijn bestuurders overigens volledig terecht in de eerste plaats op hun contractuele relatie en erkent daarbij (zij het zeer uitzonderlijk) dat er voor regres geen aanleiding zal zijn als de buitencontractuele fout geen contractuele fout is. Het is dan merkwaardig dat de oplossing anders luidt als voor dezelfde feiten niet de rechtspersoon maar wel de bestuurder wordt aangesproken. De contractuele draagplicht in de interne verhouding ligt dan elders, als men het standpunt van DE WULF doortrekt, afhankelijk van wie de derde beslist aan te spreken. Als hij de rechtspersoon aanspreekt, heeft die geen verhaal op zijn bestuurders, maar als hij de bestuurders aanspreekt, hebben die geen verhaal op de rechtspersoon. Dit is niet logisch.

²⁰³² Terecht in die zin: K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA”, 15.

²⁰³³ Een ander bezwaar voor DE WULF: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 149.

²⁰³⁴ Zo niet zou de 1382-aansprakelijkheid van de lasthebber jegens derden minder streng moeten beoordeeld worden als hij het mandaat kosteloos uitoefent, wat natuurlijk niet de bedoeling is. Zie ook *supra* voetnoot 2027.

²⁰³⁵ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 149.

DE WULF voorhoudt, is dit niet revolutionair.²⁰³⁶ Het klopt wellicht dat in 1804 niet meteen aan de hypothese werd gedacht waarin een buitencontractuele fout jegens derden niet ook een contractuele fout was in de relatie met de lastgever. Maar als duidelijk is dat het in de artikelen 1999-2000 om de *contractuele* fout gaat, verhindert niets hun toepassing in een hedendaagse economische en regulatoire context waarin het *wel* denkbaar is dat de buitencontractuele fout van bestuurders jegens derden, in de uitvoering van de opdracht begaan, niet meteen een bestuursfout jegens de rechtspersoon is.

3.3. BESLUIT

529. Identificatie van de rechtspersoon en zijn bestuursorganen op grond van de orgaantheorie, is een bijzonder kustmatige invalshoek om persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders te benaderen. Jegens derden biedt de theorie de keuze tussen integrale immuniteit of integrale medeaansprakelijkheid. In de interne relatie zou zij steeds tot aansprakelijkheidsverdeling moeten leiden. Die laatste oplossing wordt niet toegepast, wat de coherentie van de constructie hoe dan ook onder druk zet.

Herintegratie in het gemeen aansprakelijkheidsrecht, aangevuld met het inzicht dat bestuurders aangestelden van de rechtspersoon zijn, geeft een veel stabielere theoretische grondslag aan het principe dat bestuurders weliswaar extern buitencontractueel aansprakelijk blijven, maar enkel indien de toepassingsvoorwaarden van artikel 1382-1383 B.W. voor elke aangesproken bestuurder individueel vervuld zijn. In de hedendaagse context van grote organisaties die opereren in een complex regulatorisch kader, levert dit, zelfs als artikel 1384, lid 3 B.W. in het rechtspersoonlijke aansprakelijkheidsregime voor gedrag van zijn bestuurders een grote rol speelt, heel wat nuance op tussen de externe aansprakelijkheid van de rechtspersoon en de externe aansprakelijkheid van zijn bestuurders. Maar de harde kern van het neoklassieke regime blijft wel dat bestuurders voor hun 1382-fouten jegens derden aansprakelijk zijn, ook al brengen die tevens aanstellersaansprakelijkheid van de rechtspersoon mee en ook al lijken zij een eerder functioneel karakter te vertonen. Het slachtoffer krijgt zo een waardevolle keuze die hij in functie van de concrete feitelijke omstandigheden kan individualiseren, en die in de filosofie van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht volledig op zijn plaats is.

Het juiste forum om discussies over het “functionele” karakter van bestuursgedrag dat schade aan derden veroorzaakte, uit te vechten, is niet de *externe* (buiten-

²⁰³⁶ De praktijk waarbij rechtspersonen aansprakelijkheidsverzekeringen afsluiten en de premies betalen waaronder ook de persoonlijke buitencontractuele veroordeling van bestuurders jegens derden wordt gedekt, geeft trouwens aan dat partijen dit in een contractuele logica evenmin vreemd vinden.

contractuele) relatie met het slachtoffer, maar wel de *interne* (contractuele) relatie tussen bestuurders en rechtspersoon. Ook hier biedt “neoklassieke” herintegratie in het gemeen aansprakelijkheidsrecht betere inzichten dan het identificatie- en incarnatiedogma van de orgaantheorie. Buitencontractuele aansprakelijkheid jegens derden en interne draagplicht zijn geen keerzijden van dezelfde medaille.

530. De cruciale beleidsvraag is niet of bestuurders moeten opdraaien voor eigen fouten jegens derden die sterk functioneel zijn, en zo soms van het ondernemingsrisico zelf moeilijk te scheiden lijken. De cruciale vraag is wie het ultieme *risico* draagt van het feit dat de rechtspersoon zijn verbintenissen als gevolg van die functionele fouten niet nakomt: de bestuurder of de derde. In het *contractenrecht* valt die keuze *tegen de derde* uit. Hij gaf immers, behoudens uitdrukkelijk andersluidend beding, zelf zijn toestemming om (enkel) met de rechtspersoon te contracteren. In het *buitencontractuele* aansprakelijkheidsrecht valt die keuze *voor de derde* uit.²⁰³⁷ Aangezien bestuurders veel beter geplaatst zijn om deze risico’s te vermijden, in te schatten, en de draagplicht via uitdrukkelijke afspraken en desnoods verzekering te regelen dan het derde-slachtoffer dat ongevraagd met buitencontractuele schade wordt geconfronteerd, is dit ook volledig terecht. SIMONART verwerpt de potentiële insolventie van de rechtspersoon als argument tegen bestuurdersimmunititeit omdat “*ceux qui traitent avec une société encourent délibérément ce risque*”.²⁰³⁸ Voor slachtoffers van buitencontractuele schade is dit net niet het geval.²⁰³⁹ Beperking van aansprakelijkheid voor activiteiten die in rechtspersoonlijk verband worden ontplooid, is rechtseconomisch dan ook steeds het moeilijkste te verantwoorden ten aanzien van slachtoffers “*in tort*”.²⁰⁴⁰ De traditionele regel, herbevestigd door het cassatiearrest van 20 juni 2005²⁰⁴¹, is zowel positiefrechtelijk als beleidsmatig de beste keuze. De vraag naar ultieme draagplicht – en daarmee het risico dat de draagplichtige insolvent is – hoort thuis in de relatie tussen bestuurder en rechtspersoon.

²⁰³⁷ P.A. FORIERS en L. SIMONT, “Observations sur un revirement de jurisprudence: représentation et responsabilité aquilienne des organes et mandataires de société”, 429. Zie ook: P.A. FORIERS, “Responsabilité personnelle des organes, mandataires, préposés et agents d’exécution. Responsabilité du fait d’autrui”, 75.

²⁰³⁸ V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 771.

²⁰³⁹ Mekwaardig genoeg trouwens, had SIMONART eerder de toestemming van de wederpartij als grondslag voor niet-verbondenheid van bestuurders jegens *medecontractanten* (naar analogie met vertegenwoordiging in het algemeen), verworpen (V. SIMONART, “La quasi-immunité des organes en droit privé”, 759; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 750).

²⁰⁴⁰ H. HANSMANN en R.H. KRAAKMAN, “The uneasy case for limiting shareholder liability in tort”, *Yale Law Journal* 1991, 1879 e.v.; R. POSNER, *Economic analysis of law*, 5e uitgave, New York, Aspen, 1998, 435.

²⁰⁴¹ Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1354, concl. J.F. LECLERCQ, *J.T.* 2006, 435, *R.P.S.* 2005, 183, noot Y. DE CORDT, *T.B.H.* 2006, 418, noot A. COIBION, *R.G.A.R.* 2006, nr. 14106, noot C. DALCQ, *DAOR* 2005, 340, noot G. GATHEM, *R.A.G.B.* 2005, 1549, noot I. BLOCKX en E. JANSSENS.

4. BESLUIT VAN HOOFDSTUK 3

531. Buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor foutief bestuursgedrag is beter te begrijpen als op artikel 1384, lid 3 B.W. gebaseerde objectieve aansprakelijkheid voor andermans daad, dan als eigen foutaansprakelijkheid op grond van het incarantiemechanisme *sui generis* van de orgaantheorie. Dit was het besluit van Hoofdstuk 2. De orgaantheorie werd hiermee afgeschreven als allesoverheersende theoretische grondslag om de rechtspersoon in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht te begrijpen. Hierdoor kon ook op theoretisch niveau opnieuw worden aangeknoopt bij het feitelijk georiënteerde pluralisme dat aan ons buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht inherent is, en in de praktijk steeds aanwezig bleef. Die verandering van perspectief maakt net veel duidelijker dat objectieve aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor onrechtmatig bestuursoptreden (op grond van art. 1384, lid 3 B.W.) misschien een belangrijk onderdeel van het rechtspersoonlijke aansprakelijkheidsregime is – hoewel dit sterk van de omvang van de rechtspersoon in kwestie afhangt – maar zeker niet het enige. Bevrijd van desoriënterende gravitatiekrachten van de orgaantheorie, bleek dit inzicht in dit Hoofdstuk 3 nuttig toe te passen in twee interessante domeinen.

532. Vooreerst werd vastgesteld dat evoluties in het gemeenrechtelijke foutleerstuk vandaag toelaten eigen 1382-aansprakelijkheid ook zonder orgaantheorie theoretisch op de kaart te zetten.²⁰⁴² Het gebrek aan subjectieve schuld bij rechtspersonen is niet meer het onoverkomelijke probleem dat er eertijds misschien in werd gezien.²⁰⁴³ Anderzijds maakt de huidige eenheidsleer tussen fout en wetsovertreding het theoretisch mogelijk de rechtspersoon een eigen fout te verwijten op grond van de soms zeer objectief omschreven toepassingsvoorwaarden van een specifieke rechtsregel, zonder dat het eigen gedrag van de normbestemming nog eens volledig en afzonderlijk moet worden getoetst.²⁰⁴⁴ Er is dan ook geen enkele reden waarom de inbreuk door *een orgaan* zou moeten zijn begaan. Maar het is beter dit als toepassing van een luik van het gemeenrechtelijke foutleerstuk op te vatten, dan er een uitdrukking van een nieuw en specifiek rechtspersoonlijk toerekeningsmechanisme in te zien.²⁰⁴⁵ De analyse is immers op conceptueel niveau dezelfde waar een natuurlijk persoon normbestemming van de specifieke regel is. Pluralistisch samenspel met artikel 1384, lid 3 B.W. blijft ook onontbeerlijk, zelfs bij inbreuk op specifieke regel.²⁰⁴⁶ Het feit dat specifieke regels op de rechtspersoon rusten, bezorgt aanstellersaansprakelijkheid weinig kopzorgen. En

²⁰⁴² Zie *supra* p. 450 e.v.

²⁰⁴³ Zie *supra* p. 456 e.v.

²⁰⁴⁴ Zie *supra* p. 461 e.v.

²⁰⁴⁵ Zie *supra* p. 466 e.v.

²⁰⁴⁶ Zie *supra* p. 469 e.v.

zeker voor het algemene foutcriterium van artikel 1382-1383 B.W. is eigen fout-aansprakelijkheid van de rechtspersoon *de lege lata* geen zinvol substituuut.²⁰⁴⁷

533. Vervolgens werd de weerslag op persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders geanalyseerd.²⁰⁴⁸ Ook hier bleek het doorbreken van de tunnelvisie waartoe de orgaantheorie leidt, heilzaam. De vraag naar *externe aansprakelijkheid* van bestuurders wordt door de identificatiegedachte onnodig doorkruist. Objectieve aansprakelijkheid van de rechtspersoon, ook voor bestuurders, laat toe die vraag ook op theoretisch niveau opnieuw in vertrouwde gemeenrechtelijke mechanismen te integreren.²⁰⁴⁹ Elke bestuurder blijft door derden aanspreekbaar op grond van artikel 1382-1383 B.W., maar enkel voor individuele fouten die in causaal verband staan met de schade.²⁰⁵⁰ Die individuele fout volgt niet *automatisch* uit het feit dat de rechtspersoon objectief *aansprakelijk* is, zelfs niet als de fout van andere bestuurders-aangestelden hiervan aan de basis ligt²⁰⁵¹; evenmin uit het feit dat de rechtspersoon een specifieke regel schond en dus een *eigen fout* beging²⁰⁵²; en zelfs niet als de rechtspersoon objectief aansprakelijkheid is als gevolg van een objectief onrechtmatige daad van de *aangesproken bestuurder*, begaan binnen de bediening.²⁰⁵³ In sommige van die gevallen zal de te overbruggen afstand niet noodzakelijk zeer groot zijn en hoeft ze ook niet theoretisch zeer groot te worden gemaakt.²⁰⁵⁴ Maar dat ze bestaat is theoretisch veel duidelijker geworden dan onder de orgaantheorie het geval was. Wat *intern verhaal* betreft, wordt duidelijk dat de vraag niet zinnig te behandelen valt dan mits erkenning dat ze in de contractuele relatie tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders kadert.²⁰⁵⁵

534. Objectieve aansprakelijkheid voor andermans daad, in combinatie met andere bijzondere aansprakelijkheidsregimes, past de rechtspersoon veel beter dan de weerkerende fixatie op de eigen fout van een immaterieel rechtssubject.²⁰⁵⁶ Zeker met de ruime invulling van aanstellersaansprakelijkheid die de Frans-Belgische traditie dankzij artikel 1384, lid 3 B.W. kenmerkt.²⁰⁵⁷ Net daarom rijzen ernstige vraagtekens bij de poging die Joeri VANANROYE recent ondernam om,

²⁰⁴⁷ Zie *supra* p. 482 e.v.

²⁰⁴⁸ Zie *supra* p. 487 e.v.

²⁰⁴⁹ Zie *supra* p. 487 e.v.

²⁰⁵⁰ Zie *supra* p. 488 e.v.

²⁰⁵¹ Zie *supra* p. 490 e.v.

²⁰⁵² Zie *supra* p. 492 e.v.

²⁰⁵³ Zie *supra* p. 494 e.v.

²⁰⁵⁴ Bijvoorbeeld door voortaan elk geval als “echt” autonome foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon te herconceptualiseren, zoals J. VANANROYE doet (*infra* p. 511 e.v. en in het bijzonder p. 540 e.v.).

²⁰⁵⁵ Zie *supra* p. 497 e.v.

²⁰⁵⁶ Vergelijk: B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, *Obligations*, 191.

²⁰⁵⁷ Vergelijk: W. VAN GERVEN, *Tort Law*, 528.

vooral uit onvrede met de orgaantheorie, het hele rechtspersoonlijke aansprakelijkheidsregime via een totaal nieuwe constructie te herdenken, maar dit daarbij net nog veel sterker op *eigen foutaansprakelijkheid* van de rechtspersoon te axeren. Hoewel deze auteur een aantal bijzonder treffende vaststellingen maakt, die op diverse plaatsen het betoog in dit Hoofdstuk 3 inspireerden, leidt dit hem tot een nieuwe poging tot systeembouwen die aan de coherentie en doelmatigheid van het gemeen aansprakelijkheidsrecht enkel afbreuk kan doen.

HOOFDSTUK 4

VERKEERSOPVATTINGEN: NAAR EEN CORPORATIEF HANDELINGSBEGRIJP?

1. INLEIDING: HET OPMERKELIJKE PLEIDOOI VAN JOERI VANANROYE

535. In een opgemerkte bijdrage uit 2004 heeft Joeri VANANROYE de stelling verdedigd dat aanknoping van buitencontractuele aansprakelijkheid aan de rechtspersoon via orgaantheorie en aanstelling in België *de facto* verlaten is, en onderliggend de rechtspraak al in belangrijke mate aanknoopt bij een regime dat sterk lijkt op wat in Nederland al langer via het criterium van de “verkeersopvattingen” wordt benaderd.²⁰⁵⁸ Dit standpunt verdient om minstens twee redenen uitgebreid de aandacht. In de eerste plaats omdat VANANROYE’s bijzonder sterke analyse naar het hart gaat van de problematiek die hier wordt behandeld. Ten tweede omdat de auteur zich al mocht verheugen in prominente bijval in de rechtsleer, en dus mag worden verwacht dat zijn standpunt in de komende jaren het debat mee zal bepalen.²⁰⁵⁹

536. VANANROYE vertrekt van een *prima facie* verrassende vaststelling. Volgens hem leren onze handboeken dat de (buitencontractuele) fout van de rechtspersoon altijd een afgeleide fout is. Ze moet worden vastgesteld bij een natuurlijke persoon in de schoot van de rechtspersoonlijke organisatie, om vervolgens hetzij via artikel 1384, lid 3 B.W. (als de betrokkene aangestelde was) hetzij via artikel 1382-1383 B.W. (als de betrokkene orgaan was) aan de rechtspersoon te worden

²⁰⁵⁸ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 753-793. Zie ook: J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, 81 e.v. Zie eerder ook al: K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA”, 6-7.

²⁰⁵⁹ Naast het co-auteurschap van Koen GEENS in de bijdrage vermeld in vorige voetnoot: X. DIEUX en Y. DE CORDT, “Examen de jurisprudence (1991-2005): Les sociétés commerciales”, 516 (“*brillante démonstration*”); W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 373-374 (“*vingerwijzing voor de volgende druk*”). Zie ook de uitgebreide (maar kritische) bespreking bij: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 151-161. En – *prima facie* ietwat verrassend – was de idee ook al aanwezig in: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 760. Sloot zich recent nog bij het betoog van VANANROYE aan: M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, 127-129.

toegerekend.²⁰⁶⁰ Maar in de praktijk van het vennootschapsrecht, stelt de auteur vast, is net de omgekeerde vraag aan de orde.

“De analyse vertrekt (...) van een fout van de rechtspersoon en vraagt zich af of hieruit een fout van een natuurlijk persoon kan worden afgeleid”.²⁰⁶¹

De “fout” van de rechtspersoon is het onproblematische uitgangspunt, de echte moeilijkheid betreft “toerekening” hiervan aan bestuurders. De auteur ontwaart hierin een stille revolutie:

“De aansprakelijkheid van een rechtspersoon kan onmiddellijk zijn, zonder dat de onrechtmatige daad van een fysieke persoon haar via de orgaantheorie of art. 1384 B.W. dient te worden toegerekend”.²⁰⁶²

Die opsplitsing tussen fout van de rechtspersoon en fout van zijn bestuurders leidt voor de orgaantheorie – en bij uitbreiding blijkbaar voor elk beroep op de “klasieke leer van de afgeleide fout” – tot een onoplosbaar *whodunit*.²⁰⁶³ Als de rechtspersoon een fout beging moet die immers normaal via een orgaan – of een aangeestelde – zijn gepasseerd.²⁰⁶⁴ VANANROYE wil vervolgens aantonen dat de orgaantheorie in de praktijk al werd verlaten en wijst op twee elementen die erop wijzen dat zij *de facto* vervangen is door een “autonoom toerekenings- en foutcriterium”.²⁰⁶⁵ Vooreerst omdat fouten van organen de rechtspersoon niet enkel verbinden indien ze binnen de formele bevoegdheidskring werden begaan, maar ook als de betrokken handeling in de ogen van een voorzichtig en redelijk mens schijnbaar binnen de bevoegdheidsgrenzen werd verricht.²⁰⁶⁶ Daarnaast omdat het niet langer nodig zou zijn een concrete fysieke persoon aan te wijzen die de betrokken handeling heeft gesteld: de “anonieme fout” volstaat.²⁰⁶⁷ VANANROYE zet dan een voor zijn argumentatie cruciale stap. Hij combineert beide elementen tot één criterium, en steunt daarvoor op de idee dat het door hun cumulatieve werking volstaat dat de schadeverwekkende handeling *schijnbaar* door een

²⁰⁶⁰ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 757. Aan het feit dat natuurlijke personen in rechtspersonen van privaatrecht vaak niet individueel de hoedanigheid van orgaan hebben, gaat de auteur uitdrukkelijk voorbij.

²⁰⁶¹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 757.

²⁰⁶² J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 758. Zie ook: G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 1082.

²⁰⁶³ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 767.

²⁰⁶⁴ Zie ook *supra* p. 451 e.v.

²⁰⁶⁵ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 767-769. In deze cruciale passages is van aangestelden plots geen sprake meer. Nochtans was de afgeleide fout aanvankelijk gepresenteerd als een probleem voor het huidige regime in zijn geheel, zowel orgaantheorie als aanstellersaansprakelijkheid, en wordt verkeersopvattingen voorgesteld als “vervanging”.

²⁰⁶⁶ De auteur verwijst hier naar Cass. 29 mei 1947, *Pas.* 1947, I, 216 (zie hierover *supra* p. 367 e.v. en 381 e.v.). Zie ook al: T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, 760.

²⁰⁶⁷ Zie *supra* voetnoten 1512 en 1917.

orgaan *schijnbaar* binnen bevoegdheid werd verricht. Dit kan dan ook anders worden uitgedrukt:

“[D]e rechtspersoon kan aansprakelijk worden gesteld indien de betrokken handeling in de ogen van een voorzichtig en redelijk mens als een handeling van de rechtspersoon geldt”.²⁰⁶⁸

Dit is een “*copernicaanse ommekomst*” omdat ons recht volgens VANANROYE hiermee *de facto* aansluit bij het in Nederland in het Kleuterschool Babel-arrest door de Hoge Raad aangenomen criterium van de verkeersopvattingen: een onrechtmatige daad kan aan een rechtspersoon worden toegerekend indien de handeling in het maatschappelijke verkeer wordt beschouwd als een gedraging van de rechtspersoon ook al gaat de gedraging niet uit van een orgaan.²⁰⁶⁹ Het criterium van het maatschappelijke verkeer is volgens de auteur niets anders dan dat van een voorzichtig en redelijk persoon. Het verdient aanbeveling omdat het toelaat het activiteitsrisico bij de organisatie te leggen volgens een objectief criterium, namelijk wat naar maatschappelijke opvattingen tot het risico van de organisatie behoort.²⁰⁷⁰ Met dit nieuwe criterium wordt enkel een gedrag aan de rechtspersoon als eigen toegerekend.²⁰⁷¹ De foutbeoordeling van dit gedrag gebeurt vervolgens autonoom op niveau van de rechtspersoon, met concretisering aan de hand van de normen (zowel specifieke normen als algemene zorgvuldigheidsnormen) die voor hem gelden. Het gedrag blijft daarnaast ook eigen aan diegene die het fysiek stelde. Het kan dus ook in zijn hoofde worden getoetst. Maar die toets verloopt noodzakelijk anders dan op rechtspersoonlijk niveau. VANANROYE zet dit systeem af tegen de alles-of-nietsbenadering waartoe foutidentiteit onder de orgaantheorie leidt.²⁰⁷² “Materiële” toerekening en foutbeoordeling worden opgesplitst. Het is mogelijk dat “*een gedraging materieel zowel aan de rechtspersoon als aan een orgaan wordt toegerekend, en slechts in hoofde van één van hen als onrechtmatig geldt*”.²⁰⁷³ De gedragsnorm – zowel gesteund op algemene zorgvuldigheidsnormen als op specifieke rechtsregels – van toepassing op de rechtspersoon kan verschillen van die van toepassing op het orgaan. De rechtspersoon kan extern aansprakelijk zijn zonder dat het orgaan dit is, en omgekeerd. Dit heeft ook zijn

²⁰⁶⁸ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 768.

²⁰⁶⁹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 768-769.

²⁰⁷⁰ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 769-770.

²⁰⁷¹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 771-774. Zie hierover meer uitgebreid *infra* p. 521 e.v.

²⁰⁷² J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 774-775.

²⁰⁷³ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 775. Hoewel de auteur deze regel als werkzaam in beide richtingen formuleert, is duidelijk dat het vooral gaat om gedragingen die onrechtmatig zijn op niveau van de rechtspersoon en niet van het orgaan. Van het omgekeerde krijgt de lezer geen voorbeelden. De denkoefening is de volgende: gedrag van het orgaan dat naar verkeersopvatting gedrag van de rechtspersoon is, onrechtmatig is in hoofde van het orgaan, maar niet in hoofde van de rechtspersoon. Het stilzwijgen hieromtrent is, zoals verder zal blijken, veelzeggend.

weerslag op de interne verhouding tussen rechtspersoon en orgaan. Als de rechtspersoon een eigen, autonome fout beging die verschilt van de fout die het orgaan mogelijk beging, valt elke verantwoording voor het traditionele regres *pro toto*²⁰⁷⁴ van de rechtspersoon weg.²⁰⁷⁵ Minstens moet aansprakelijkheidsverdeling mogelijk zijn. Maar in wezen telt voor deze vraag vooral de *contractuele* verhouding tussen rechtspersoon en orgaan.²⁰⁷⁶ De rechtspersoon kan enkel regres nemen als de onrechtmatige daad ten aanzien van het slachtoffer ook een bestuursfout is ten aanzien van de rechtspersoon, wat volgens VANANROYE lang niet altijd het geval zal zijn. Omgekeerd, kan de bestuurder de rechtspersoon in vrijwaring roepen indien de handeling waarvoor hij extern aansprakelijk wordt gehouden geen bestuursfout uitmaakt. Uit artikel 2000 B.W. leidt de auteur af dat zelfs bij afwezigheid van uitdrukkelijke vrijwaringsclausules, de bestuursovereenkomst de rechtspersoon suppletief een ruime vrijwaringsplicht oplegt.²⁰⁷⁷

VANANROYE trekt zijn analyse nog door naar organisaties zonder rechtspersoonlijkheid enerzijds, en toerekening van rechtshandelingen anderzijds. Hoewel dit verband bijzonder interessant is, valt zij buiten het kader van het hier gevoerde onderzoek en blijft dit deel van de bijdrage dus verder buiten beschouwing.

2. WANKELE BASIS VAN HET KERNARGUMENT VOOR VERKEERSOPVATTINGEN *DE LEGE LATA*

2.1. AANTAL TREFFENDE VASTSTELLINGEN, DIE ECHTER GOED PASSEN IN NEOKLASSIEK REGIME

537. VANANROYE maakt een aantal bijzonder treffende vaststellingen. Het is wat merkwaardig dat hij uit “*the law in the books*” afleidt dat zowel de orgaantheorie als artikel 1384, lid 3 B.W. volgens hetzelfde stramien van de “afgeleide fout” opereren. Als er uit alle rechtspraak en rechtsleer één fundamenteel onderscheid naar boven komt, is het wel dat tussen de eigen “directe” foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon onder de orgaantheorie, en de “indirecte” aansprakelijkheid voor andermans daad onder artikel 1384, lid 3 B.W.²⁰⁷⁸ Maar in wezen, en al gaat hij er nadien een totaal andere richting mee uit, maakt VANANROYE hier dezelfde vaststelling die ook in dit onderzoek een grote rol speelt. Onder het vernislaagje van

²⁰⁷⁴ Dat zelfs door TILQUIN en SIMONART niet wordt betwist (zie *supra* voetnoot 1581).

²⁰⁷⁵ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 781.

²⁰⁷⁶ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 781-782.

²⁰⁷⁷ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 782.

²⁰⁷⁸ Zie *supra* p. 358 e.v. en in het bijzonder voetnoten 1421 en 1422. Ter herinnering: “*si le fait de l'organe d'une société jouissant de la personnalité juridique est le fait de l'être moral, le fait du préposé n'est pas le fait du commettant qui n'a pas participé à l'acte*” (Cass. 25 november 1954, *Pas.* 1955, I, 269).

een heel eigen rechtsdogmatiek, volgt de orgaantheorie een patroon dat sterk op artikel 1384, lid 3 B.W. geënt is. De auteur voelt terecht aan dat de orgaantheorie hierdoor in de problemen komt als het erom gaat “*the law in action*” accuraat te beschrijven. Het klopt ook dat de orgaantheorie haar toevlucht moet nemen tot “correcties” die vanuit haar interne logica niet steeds coherent zijn.²⁰⁷⁹ Met betrekking tot externe bestuurdersaansprakelijkheid, plaatst VANANROYE juiste vragen bij het alles-of-nietsverhaal van de orgaantheorie. Hij verwierpt hierbij terecht zowel volledige absorptie volgens de leer van TILQUIN en SIMONART, als de idee dat aansprakelijkheid van de rechtspersoon en aansprakelijkheid van het orgaan communicerende vaten zijn. Op het vlak van interne verhaalsrechten, ziet de auteur zeer goed in dat de vraag in de eerste plaats contractueel is. De rechtspersoon kan, als algemene regel, zijn bestuurders maar aanspreken als zijn aansprakelijkheid het gevolg is van een bestuursfout. En de rechtspersoon moet zijn bestuurders die geen bestuursfout begingen, vrijwaren tegen aanspraken door derden.

Fundamenteel voelt VANANROYE dus zeer juist aan dat het positieve recht veel genuanceerder en geschakeerder is dan de sterk abstract-deductief gekleurde karikatuur die de orgaantheorie ervan maakt. Het is alleen jammer dat hij van bij aanvang onmiddellijk en uitdrukkelijk het project om zijn vaststellingen binnen een meer klassiek gemeenrechtelijk kader te plaatsen, opblaast. Hierdoor ziet hij niet in dat zijn ontevredenheid met de huidige rechtsdogmatiek vooral de orgaantheorie betreft *net omdat die eigen foutaansprakelijkheid conceptualiseert*. Afgezien van de radicale theorievorming die hij hieraan verbindt (waarover verder), passen zijn kerngegevens zeer goed binnen de hier verdedigde neoklassieke visie dat het aansprakelijkheidsregime voor de rechtspersoon en zijn bestuurders niet op orgaantheorie en organieke incarnatie steunt, maar op eenvoudige toepassing van het gemene aansprakelijkheidsrecht, aangevuld met de herontdekte idee dat ook bestuurders aangestelden van de rechtspersoon zijn. VANANROYE ziet dit niet omdat hij, uit onvrede met de huidige rechtsdogmatiek, van bij aanvang de hele “*burgerrechtelijke theorie*”²⁰⁸⁰ op een hoop gooit en afschrijft. Het amalgaam dat hij daarbij maakt tussen orgaantheorie en artikel 1384, lid 3 B.W. veroorzaakt echter belangrijke blinde vlekken.

Op meest fundamenteel niveau is het immers incorrect dat “*in beide gevallen [...] de fout van de rechtspersoon [is] afgeleid van een fout van een natuurlijke persoon*”.²⁰⁸¹ Artikel 1384, lid 3 B.W. leidt net tot *foutloze*, objectieve aansprakelijkheid van de rechtspersoon. Zeker in grote organisaties is het niet zo verwon-

²⁰⁷⁹ VANANROYE steunt hiervoor sterk op de schijnbare bevoegdheidskring en de anonieme fout (p. 767-768), maar in wezen zijn dit niet eens de voornaamste incongruenties. Zie *supra* p. 370 e.v.

²⁰⁸⁰ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 758.

²⁰⁸¹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 757. Dit komt elders in de tekst nog terug. Op een aantal punten zou het werkelijke probleem een stuk kleiner zijn indien het woordje “fout” door het in dit context correctere “aansprakelijkheid” zou worden vervangen.

derlijk dat heel wat aansprakelijkheid niet via foutief bestuursoptreden ontstaat. Hiervoor moet geen nieuwe theorie over rechtspersoonlijke foutaansprakelijkheid worden bedacht. Voor de voornaamste “elementen” binnen de organisatie die schade aan derden kunnen veroorzaken, kent het gemeen aansprakelijkheidsrecht objectieve aansprakelijkheid: aangestelden, gebrekkige zaken, en dieren. Daar bovenop komen bijzondere wettelijke regimes van objectieve aansprakelijkheid (producten, gevaarlijke inrichtingen, enzovoort). Als ook bestuurders aangestelden van de rechtspersoon zijn, zoals hier wordt bepleit, is dit de kroon op dit werk. In al die gevallen is er vanuit de “*burgerrechtelijke theorie*” geen enkele reden waarom de *foutloze aansprakelijkheid* van de rechtspersoon tot eigen *foutaansprakelijkheid* van zijn bestuurders individueel moet leiden. Zelfs als de aansprakelijkheid voortvloeit uit een daad van een of meer bestuurders in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W., is het nog een onderscheiden vraag of elke bestuurder afzonderlijk een eigen 1382-fout jegens derden beging. De terechte ontdekking – onder meer door VANANROYE – van eigen 1382-aansprakelijkheid bij schending van (sommige) specifieke rechtsnormen waarvan de rechtspersoon normbestemming is, *ondersteunt* net die gemeenrechtelijke piste. Het inzicht maakt immers gebruik van een mechanisme uit het gemeenrechtelijke foutleerstuk, dat bovendien conceptueel niet verschillend is als natuurlijke personen normbestemming zijn. Evengoed past VANANROYE’s meer genuanceerde benadering van verhaalsrechten tussen rechtspersoon en bestuurder perfect binnen het neoklassieke verhaal. De auteur snijdt aanvankelijk ook die vraag aan via verkeersopvattingen en dus de idee van dissociatie van de *buitencontractuele* fout van rechtspersoon en bestuurders tegenover derden.²⁰⁸² Maar inhoudelijk steunt het betoog voor “foutdissociatie” bij regres veel meer op een klassiek onderscheid tussen de contractuele relatie tussen bestuurders en rechtspersoon enerzijds, en de buitencontractuele relatie met derden, anderzijds. Dit inzicht werd hier ook al nuttig gebruikt binnen een analyse die nadrukkelijk gemeenrechtelijk is.²⁰⁸³

Het is dan ook jammer dat VANANROYE door een vliegende start die de hele “burgerrechtelijke theorie” van bij aanvang afschrijft, zo snel vlucht in een totaal nieuwe en uit Nederland geïmporteerde leer. De positiefrechtelijke basis die hiervoor naar Belgisch recht steun moet bieden, is immers bijzonder wankel.

2.2. EEN WANKELE STAP

538. De cruciale stap waarmee VANANROYE de overgang maakt van de “traditionele” leer van de “afgeleide fout” op grond van orgaantheorie én artikel 1384, lid 3

²⁰⁸² J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 781 (in de overgang van randnummer 16 naar randnummer 17).

²⁰⁸³ Zie *supra* p. 497 e.v.

B.W. naar de nieuwe leer van toerekening via verkeersopvattingen²⁰⁸⁴, is *de lege lata* bijzonder wankel. Om te beginnen wordt hij enkel geëxpliciteerd voor organen, niet voor aangestelden.²⁰⁸⁵ Maar zelfs beperkt tot organen, weegt het positief-rechtelijke argument ontleend aan het cassatiearrest van 29 mei 1947 over de “schijnbare bevoegdheidskring” enerzijds, en de “anonieme fout” anderzijds, zeer licht. Ter herinnering: het cassatiearrest van 1947 over de schijnbare bevoegdheidskring, besliste dat een aannemer die door het schepencollege was aangemaand om werken aan te vatten die hem door ditzelfde college formeel regelmatig gegund waren, op instructie van de provinciegouverneur, en op grond van een offerte die volledig conform was met een lastenboek dat de gemeenteraad én de bestendige deputatie had goedgekeurd, er niet redelijkerwijze op mocht vertrouwen dat het college binnen zijn wettelijke bevoegdheid optrad toen het hem aanmaande de werken te starten.²⁰⁸⁶ De kloof met het objectieve toerekeningscriterium bij aanstellersaansprakelijkheid – de “afgeleide fout”²⁰⁸⁷ bij uitstek – kan moeilijk groter zijn. En de anonieme fout is nu net een aan aanstelling ontleende louter bewijsrechtelijke binnenweg. In het eerste geval werd een duidelijk identificeerbare fout door een duidelijk identificeerbaar orgaan begaan. De enige vraag is of het orgaan binnen zijn bevoegdheidskring handelde. Maar ook in het tweede geval blijft de fout van het orgaan materieelrechtelijk de grondslag van de redenering:

“Il y a eu faute d'un organe mais à défaut d'identification de cet organe, la faute est anonyme”.²⁰⁸⁸

In wezen steunt de anonieme fout vooral op een keuze van de verweerder-rechtspersoon – in het geval van organen dan nog bijna uitsluitend de overheid – om mensen binnen zijn organisatie niet in de wind te zetten en zijn verweer op nuttigere verdedigingslinies te concentreren dan het feit dat de schade door het ene of het andere orgaan of aangestelde werd veroorzaakt. De anonieme fout kan zeer snel een gezicht krijgen als partijen dit willen. Het feit dat zij dit soms niet nodig achten, en de proces- en bewijsregels dit toelaten, laat de materiele rechtsregels onaangetaast.²⁰⁸⁹ De aangesprokene kan steeds, als hij dit wenst, met positieve bewijselementen het anonieme karakter aan de fout ontnemen en eiser verplichten de foutbeoordeling te concretiseren. Hieruit kan dan bijvoorbeeld blijken dat de fout door een derde werd begaan of dat de goed individualiseerbare persoon die de handeling stelde, helemaal niet foutief handelde, zelfs niet met inbegrip van de tweede huid van zijn professionele functie. Of dat de schade veroorzaakt

²⁰⁸⁴ Dit gebeurt in randnummer 9, p. 767-770.

²⁰⁸⁵ Dit is een weerkerend probleem in de structuur van het betoog: zie *supra* voetnoot 2065.

²⁰⁸⁶ Zie *supra* p. 367 en 381 e.v. VANANROYE verwijst daarnaast in voetnoot 35 ook naar het ANCA-arrest, maar daar werd dit criterium enkel herhaald, niet toegepast.

²⁰⁸⁷ In de betekenis die VANANROYE hieraan geeft.

²⁰⁸⁸ J. VÉLU, Concl. bij Cass. 19 december 1991, 148.

²⁰⁸⁹ Vergelijk: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 152.

werd door een goed individualiseerbare fout, maar dat die buiten de bevoegdheidskring (c.q. de bediening) van de betrokkene tot stand kwam. In de daaropvolgende discussie kan dan blijken dat op hoger niveau binnen de organisatie wél een fout werd begaan. Maar ook dan moet de fout worden bewezen en kan het verweer de eiser verplichten de foutbeoordeling te concretiseren.²⁰⁹⁰ De anonieme fout is een artefact van proceseconomie, bewijsvoering en keuzes van partijen, geen revolutie in de onderliggende rechtsregels.

539. Het is dan ook absoluut niet duidelijk hoe de schijnbare bevoegdheidskring en de anonieme fout *de lege lata* gecombineerd kunnen worden tot een “autonoom toerekenings- en foutcriterium”²⁰⁹¹ dat enkel nog peilt naar de vraag of “een daad” naar verkeersopvattingen als daad van de rechtspersoon heeft te gelden. Al helemaal niet als dit een totaal nieuw regime van “rechtstreekse aansprakelijkheid” moet leveren dat de hele “burgerrechtelijke theorie” van de “afgeleide fout” (orgaantheorie én aanstellersaansprakelijkheid) het nakijken zou geven. De schijnbare bevoegdheidskring is net een onhandige manier om het objectieve verband tussen daad en functie bij aanstelling te benaderen²⁰⁹², en ook de “anonieme fout” werd aan aanstellersaansprakelijkheid ontleend. Beide leerstukken zijn ongetwijfeld splinters in het oog van de orgaantheorie²⁰⁹³, al bewijzen zij dan nog niet dat als algemene regel de fout van een orgaan *de lege lata* heeft afgedaan. Maar met het door VANANROYE over dezelfde kam geschoren artikel 1384, lid 3 B.W. zijn zij net bijzonder goed verenigbaar. Als dit het bewijs moet zijn van toerekening via verkeersopvattingen, dan bevat artikel 1384, lid 3 B.W. al jaar en dag toerekening via verkeersopvattingen.²⁰⁹⁴ Alleen niet via een complex en revolutionair proces van feitelijke gedragstoerekening die vervolgens op niveau van de aansteller autonoom op foutiviteit wordt getoetst²⁰⁹⁵, maar gewoon via een zeer

²⁰⁹⁰ Dit kan doorgaan tot op het hoogste niveau. Zo kan bijvoorbeeld worden aangetoond dat op verschillende raden van bestuur uitvoerig over het thema van gedachte gewisseld, advies van eminente externe experts werd ingewonnen, en de genomen beslissing valt binnen de waaier van beslissingen die normaal voorzichtige en redelijke bestuurders in die feitelijke omstandigheden (waaronder de activiteit die de rechtspersoon voert, de risico's voor derden, het reglementaire kader, enzovoort) hadden kunnen nemen.

²⁰⁹¹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 769.

²⁰⁹² Zie *supra* p. 381 e.v. Zie ook verder in de tekst: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 784.

²⁰⁹³ Uitvlakking van bevoegdheidsgrenzen omdat de idee van eigen foutaansprakelijkheid via incarnatie hier meer behoefte aan heeft dan objectieve aansprakelijkheid voor de daad van een ander (*supra* p. 363 e.v.). En de anonieme fout omdat ze coherenter is naarmate het aansprakelijkheidsregime van hoog tot laag binnen de organisatie uniformer is, terwijl de orgaantheorie net een fundamentele cesuur aanbrengt tussen het organieke niveau en de rest.

²⁰⁹⁴ We komen dan opnieuw zeer dicht bij de substitutieleer van MAZEAUD en MAZEAUD als theoretische basis voor aanstellersaansprakelijkheid (*supra* voetnoot 1353).

²⁰⁹⁵ Zie over de originaliteit van het toerekeningsmechanisme dat VANANROYE conceptualiseert meer uitgebreid *infra* p. 521 e.v.

normale toepassing van objectieve aansprakelijkheid voor andermans daad.²⁰⁹⁶ Veel steun voor een “*copernicaanse ommakeer*”²⁰⁹⁷ valt hier *de lege lata* dan ook niet uit te halen.

540. Het lijkt er in deze cruciale paragrafen dan ook sterk op dat VANANROYE vooral zo snel mogelijk naar het Nederlandse Babelcriterium wil. Die stap was beter uitdrukkelijk *de lege ferenda* gezet. Maar dan nog was de zaak positiefrechtelijk niet van enige ironie gespeend. Het Babelarrest van de Hoge Raad der Nederlanden, ging over uitlatingen van een wethouder van een gemeente (vergelijkbaar met een lid van het schepencollege in België).²⁰⁹⁸ De wethouder van onderwijs van een gemeente had na de instorting van het dak van een gemeentelijk kleuterschooltje al te voortvarend op televisie verklaard dat dit de schuld was van de aannemer die het schooltje bouwde. Er was geen discussie over de vraag wie had gehandeld (de wethouder) en of de handeling foutief was (ja). Maar de beroepsrechter had vastgesteld dat de wethouder op basis van de bepalingen van de gemeentewet geen *orgaan* van de gemeente was, en dat dus zijn fout de gemeente niet tot vergoeding verplichtte. Het college van burgemeester en wethouders was het collegiale orgaan. Zonder dieper op de nuances van de zaak in te gaan²⁰⁹⁹, kan zij dus doorgaan als een schoolvoorbeeld van de problemen waartoe het *orgaanvereiste* aanleiding geeft, en van de lacune die de orgaantheorie bevat voor leden van collegiale organen.²¹⁰⁰ De analogie met het collegiale bestuursorgaan en de individuele bestuurder in private rechtspersonen is treffend. Net omdat het formele orgaanvereiste in die omstandigheden onwerkbaar wordt, werd al vastgesteld dat het in België *de facto* weinig tanden heeft en dat onder meer hierdoor de positieve stof eerder op toepassing van het stramien van artikel 1384, lid 3 B.W. wijst.²¹⁰¹

Ironisch genoeg had VANANROYE net dit probleem van bij aanvang opzij geschoven met de bewering dat “*praktisch [...] dit manco nooit echt een issue [is] geweest*” en dat hij het orgaanbegrip gebruikt “*in de betekenis van natuurlijke persoon die lid is van een orgaan*”.²¹⁰² Maar als elke persoon die lid is van een orgaan, zelf orgaan mag heten, wat is dan exact het grote theoretische probleem met de “afgeleide fout” in de feitenconstellatie van het Babelarrest? Waarom is

²⁰⁹⁶ Vergelijk op dit punt de vaststelling van SIEBURGH inzake foutaansprakelijkheid *infra* voetnoot 2127.

²⁰⁹⁷ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 768.

²⁰⁹⁸ H.R. 6 april 1979, *Ned. Jur.* 1980, 34.

²⁰⁹⁹ LÖWENSTEYN is van mening dat ontkenning van het feit dat de wethouder orgaan is, op “*hoogst betwistbare gronden*” steunt: F. LÖWENSTEYN, “In memoriam ‘het orgaan handelende binnen den formelen kring van zijn bevoegdheid’”, 130.

²¹⁰⁰ Zie *supra* p. 372 e.v.

²¹⁰¹ Wat als onderdeel van het bewijs gold dat onder de oppervlakte de mechanismen van art. 1384, lid 3 B.W. worden toegepast: *supra* p. 377 e.v.

²¹⁰² J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 757.

dit bewijs van een nieuw “*autonoom toerekenings- en foutcriterium*”²¹⁰³, laat staan in België? Zeker nu overheidsaansprakelijkheid (zoals in het Babbelarrest in het geding was) in België tot aan de wet van 10 februari 2003 met een zeer ruim orgaanbegrip werkte. De gemeente aansprakelijk houden voor de zeer duidelijk geïdentificeerde fout van de zeer duidelijk geïdentificeerde schepen van onderwijs wanneer hij in functie uitspraken doet over zaken die de gemeenteschool aanbelangen, is op zijn zachtst uitgedrukt naar Belgisch recht niet revolutionair. Naar Belgisch recht kan met deze feiten zelfs moeilijk van een correctie op de orgaantheorie²¹⁰⁴ worden gewaagd, laat staan van een heel nieuw regime.

541. De positieve stof die VANANROYE aan het Belgische recht ontleent, kan de Copernicaanse omwenteling naar een heel nieuw systeem van toerekening via verkeersopvattingen niet schragen. Maar dit neemt niet weg dat het interessant is dit systeem, al is het *de lege ferenda*, aan nader onderzoek te onderwerpen.

3. “MATERIËLE” TOEREKENING NAAR VERKEERSOPVATTINGEN *DE LEGE FERENDA*: GEEN OPLOSSING

3.1. VERKEERSOPVATTINGEN: EINDE VAN HET RECHT?

542. Het standpunt dat foutaansprakelijkheid van rechtspersonen op grond van de theorie der verkeersopvattingen een criterium vertolkt dat *de lege lata* al aanwezig is in het Belgische positieve recht, is dus sterk overtrokken. Maar dit neemt niet weg dat het in het kader van dit proefschrift aan nader onderzoek *de lege ferenda* moet worden onderworpen. Het illustreert immers op bijzonder treffende wijze een aantal fundamentele principes van het buitencontractuele aansprakelijkheidsregime in rechtspersoonlijk verband, en een aantal keuzes die in dat verband moeten worden gemaakt.

543. Van bij aanvang moet duidelijk zijn wat VANANROYE *niet* beweert (althans *prima facie*). De theorie van toerekening via verkeersopvattingen stelt niet de vraag – althans niet officieel – of de rechtspersoon naar verkeersopvattingen, dus volgens een normaal voorzichtig en redelijk mens, een *fout* beging. Het gaat, met

²¹⁰³ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 769.

²¹⁰⁴ J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 95 geeft aan dat de Nederlandse rechter het Babelcriterium vooral als een “voortzetting en verruiming” van de orgaantheorie gebruikt. Dit lijkt ook in de rechtsleer de meerderheidsopvatting (zie ook: C. ASSER en P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, 113-114; C. ASSER en A. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, 258-260. In België: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 151). HOEKZEMA zelf wil dit weliswaar nuanceren: zie p. 198 e.v.

andere woorden, niet om de vraag of de rechtspersoon *schijnbaar* een fout beging. Moest dit het geval zijn, dan stond zij van bij aanvang bloot aan een ernstig verwijt: dat elke poging om *rechtsregels* toe te passen, werd opgegeven.²¹⁰⁵ Minstens dat het niet meer om de in artikel 1382-1383 B.W. vervatte rechtsregel gaat. De rechtspersoon vertoont materieel geen eigen gedrag dat op foutiviteit kan worden getoetst, en de niet-foutiviteit van het betrokken gedrag in hoofde van de mensen die het verrichtten, is onder de leer niet langer een verweer. Verwijzing naar het foutbegrip van artikel 1382-1383 B.W. is dan louter raamversiering. De echte vraag luidt: moet de rechtspersoon naar verkeersopvattingen voor de schade *aansprakelijk* zijn?²¹⁰⁶ Dit is de prejuridische maatschappelijke vraag waarop het recht net een antwoord moet zoeken via algemene en abstracte rechtsregels, zoals gemeenrechtelijk met de artikelen 1382-1386 B.W. is gebeurd. In het geval van artikel 1382-1383 B.W. betekent dit dat *een fout* van het aangesproken rechtssubject moet worden bewezen. De rechter mag niet volstaan met de motivering dat de aangesprokene *naar verkeersopvattingen* (laat staan *schijnbaar*) een fout beging: hij moet het gedrag aanwijzen dat daadwerkelijk foutief is.²¹⁰⁷

VANANROYE's theorie valt niet direct ten prooi aan dit verwijt. Hij peilt immers via verkeersopvattingen niet naar de vraag of de rechtspersoon een fout beging, maar enkel of een materiële daad hem als eigen kan worden toegerekend. Dit is het cruciale onderscheid tussen "materiële" en "juridische" toerekening.

3.2. HET ONDERSCHIED TUSSEN "MATERIËLE" EN "JURIDISCHE" TOEREKENING

544. VANANROYE's theorie steunt op een fundamentele theoretische stap.²¹⁰⁸ Hij maakt het onderscheid tussen de toerekening van materieel gedrag aan de rechtspersoon en de foutbeoordeling van het toegerekende gedrag. Enkel het eerste luik gebeurt via verkeersopvattingen, het tweede luik steunt op normale foutbeoordeling van het aldus toegerekende gedrag. Het is verleidelijk om dit ietwat simplistisch het onderscheid tussen materiële en juridische toerekening te noe-

²¹⁰⁵ Zie reeds, in Nederland, naar aanleiding van het Babbel-arrest: F. LÖWENSTEYN, "In memoriam 'het orgaan handelende binnen den formelen kring van zijn bevoegdheid'", 130: "Overigens is de nieuwe leer natuurlijk niet zo heel veel 'leer'. Een term als 'maatschappelijk verkeer' zegt in het geheel niets. Zij is een blanco endossement aan de rechter". Maar LÖWENSTEYN ziet niet veel alternatief omdat de "organenleren" slechts een schijn van oplossing gaven.

²¹⁰⁶ Of zoals DE WULF het uitdrukt: *de facto* volstaat het dat in hoofde van de rechtspersoon de schijn bestaat dat hij aansprakelijk is (H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", 153). Het is duidelijk dat dit niet veel meer met art. 1382-1383 B.W. te maken heeft.

²¹⁰⁷ Zie voor een illustratie: Cass. 14 december 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 425.

²¹⁰⁸ Deze wordt in hoofdzaak geëxpliciteerd op p. 771-775 (randnummer 11). Zie ook: J. HOEK-ZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 170-177 en 183-184.

men, zoals VANANROYE bij momenten zelf doet, zo lang duidelijk is dat de auteur goed beseft en uitdrukkelijk aangeeft dat reeds de materiële toerekening bij rechtspersonen een juridische conclusie is.²¹⁰⁹ Nauwkeuriger maar omslachtiger, is het te spreken van het onderscheid tussen toerekening van materieel gedrag en juridische foutbeoordeling. Als hier voor de bondigheid naar het onderscheid tussen materiële en juridische toerekening wordt verwezen, is het met die nuance in het achterhoofd.

Toerekening naar verkeersopvattingen heeft – officieel – *uitsluitend* betrekking op de eerste stap: materiële toerekening. Het gaat enkel om de vraag of een materiële daad vanuit juridisch oogpunt als eigen daad van de rechtspersoon heeft te gelden, niet om de vraag of die daad vanuit juridisch oogpunt foutief is. De tweede stap vergt dan gewoon de toepassing van artikel 1382-1383 B.W.: is het aan de rechtspersoon via verkeersopvattingen toegerekende materiële gedrag foutief indien het *in zijn hoofde* op foutiviteit wordt beoordeeld? Dezelfde oefening kan dan volledig autonoom gebeuren op niveau van de natuurlijke persoon, waar materiële toerekening geen juridische sprong vergt en de materiële daad ook gewoon zijn daad blijft (*“le fait désigne l’agent”*²¹¹⁰). Maar de juridische conclusie uit die daad (de foutiviteit van het gedrag) kan voor hem anders uitvallen.

545. Het is dankzij dit onderscheid dat VANANROYE *prima facie* het verwijt kan pareren dat verkeersopvattingen met foutbeoordeling in de zin van artikel 1382-1383 B.W. niets meer te maken heeft en enkel de rechter *carte blanche* geeft aangaande de prejuridische vraag of de rechtspersoon “naar verkeersopvattingen” aansprakelijk moet zijn. Naar verkeersopvattingen wordt enkel een daad toegerekend, niet de onrechtmatigheid beoordeeld. Na toerekening van de materiële daad, doen de gekende rechtsregels (in het bijzonder art. 1382-1383 B.W.) hun vertrouwde werk van foutbeoordeling van die daad, maar dan autonoom en rechtstreeks op rechtspersoonlijk niveau.²¹¹¹ Hierin onderscheidt zijn theorie zich

²¹⁰⁹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 771-772.

²¹¹⁰ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 771.

²¹¹¹ Dit is in het meest specifiek over de vraag handelende randnummer 11 zeer expliciet (zie bijvoorbeeld p. 772: “*Het is daarom verwarrend om te spreken van de toerekening van een onrechtmatige daad aan een rechtspersoon; het gaat om de toerekening van een daad, waarbij vervolgens het onrechtmatig karakter op het niveau van de rechtspersoon wordt beoordeeld*”). Het onderscheid wordt weliswaar op andere plaatsen in de tekst niet altijd even kristalhelder aangehouden. Zie bijvoorbeeld: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, p. 769, 783, 785, 787 en 791. In deze passages stelt de auteur de vraag of de *onrechtmatige daad* (of ook: *het rechtsfeit*) naar verkeersopvattingen als (onrechtmatige) daad van de rechtspersoon te gelden heeft. Maar dan is de conclusie dat de daad onrechtmatig is dus al getrokken voor ze werd toegerekend en/of werd de conclusie dat de rechtspersoon een onrechtmatige daad beging enkel op verkeersopvattingen gesteund. Ook de zinssnede dat verkeersopvattingen een “*autonoom toerekenings- en foutcriterium*” vertolkt (p. 769), schept verwarring. Verkeersopvattingen zou een autonoom toerekeningscriterium moeten zijn, geen foutcriterium. Meestal kunnen dubbelzinnige zinnen ook conform het hier beschreven mechanisme worden uitgelegd. Zo bijvoorbeeld op p. 768: “*de rechtspersoon kan aansprakelijk worden gesteld indien de betrokken handeling in de ogen van een voorzichtig en redelijk mens als een*

wezenlijk van zowel de moderne orgaantheorie, als van artikel 1384, lid 3 B.W. De orgaantheorie rekent de fout toe, de juridische conclusie op niveau van het orgaan wordt als eigen aan de rechtspersoon toegerekend. Aanstellersaansprakelijkheid rekent niets toe, behalve (in oneigenlijke zin) de buitencontractuele vergoedingsverbintenis zelf. De aansteller is aansprakelijk omdat de rechtsfeiten die artikel 1384, lid 3 B.W. tot toepassingsvoorwaarden neemt zich in zijn hoofde realiseren, waaronder de daad van een ander, zonder dat die daad eigen moet worden genoemd.²¹¹² VANANROYE rekent een materiële daad toe als eigen, de juridische conclusie omtrent foutiviteit hangt vervolgens af van de beoordeling van die daad in hoofde van wie ze eigen wordt genoemd.²¹¹³

546. Het onderscheid illustreert wel opnieuw zeer duidelijk dat VANANROYE's theorie vooral *de lege ferenda* moet worden begrepen. Het actuele privaatrecht kent geen algemeen juridisch mechanisme dat materieel gedrag als zodanig (*qua* materieel gedrag) als eigen materieel gedrag – en dus niet reeds als juridische conclusie in de vorm van rechtsgevolgen afgeleid uit dit materiele gedrag – aan een ander toerekent. Feiten blijven feiten en worden niet *als feiten* “toegerekend”. Het feit kan natuurlijk (ook) rechtsgevolgen meebrengen bij een ander dan diegene die er materieel het dichtste bij staat, indien een rechtsregel aan het feit voor die ander rechtsgevolgen vastknoopt. Een feit (of een combinatie van feiten) wordt een rechtsfeit omdat een rechtsregel het tot toepassingsvoorwaarde neemt en er in hoofde van een rechtssubject rechtsgevolgen uit afleidt. Maar het proces waarbij materiële feiten (waaronder materieel gedrag) rechtsfeiten worden waaraan in hoofde van bepaalde rechtssubjecten rechtsgevolgen worden verbonden, steunt niet op de “toerekening” van die feiten *als feiten* aan het rechtssubject in kwestie. Wel op de juridische beoordeling van het feit als rechtsfeit onder de toepassingsvoorwaarden van de rechtsregel waarvan de toepassing rechtstreeks op het betrokken rechtssubject wordt nagegaan.²¹¹⁴ Het recht kan dezelfde feiten *distri-*

handeling van de rechtspersoon geldt”. De zin wordt dan zo gelezen dat de rechtspersoon *kan* aansprakelijk worden gesteld als de daad naar verkeersopvattingen als zijn eigen daad geldt, maar dit niet hoeft: dit hangt dan af van de toetsing van de daad op foutiviteit volgens een gewone toepassing van art. 1382-1383 B.W.

²¹¹² Cass. 25 november 1954, *Pas.* 1955, I, 269.

²¹¹³ Hiermee is meteen duidelijk dat het systeem niet staat of valt met verkeersopvattingen als toerekeningscriterium om een materiële daad eigen te noemen. In wezen is qua onderliggend mechanisme de oorspronkelijke orgaantheorie van het traditionele realisme niet ver af. Pas met de leer van de juridische realiteit sinds MICHOU, werd sterk de nood gevoeld om de fout ook zeer concreet op organiek niveau te gaan zoeken (“*la faute subjective de l'organe*”: L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, II, 248). Oorspronkelijk werd gewoon geponeerd dat de rechtspersoon kon handelen, en dat dit handelen onder de foutaansprakelijkheid kon worden beoordeeld. In de maatschappelijke realiteit (het maatschappelijke verkeer?) kwam volgens het realisme het rechtspersoonlijke handelen rechtstreeks tot uiting, op en manier die duidelijk genoeg was voor al wie niet verblind was door de fictieleer van SAVIGNY.

²¹¹⁴ Dit is zelfs voor art. 1384, lid 3 B.W. het geval, één van de voorbeelden waar het recht het dichtst komt bij de “toerekening” van een rechtsfeit aan een ander. Zie ook *supra* p. 120 e.v.

butief gebruiken om er in hoofde van uiteenlopende rechtssubjecten (meestal ook uiteenlopende) rechtsfeiten met rechtsgevolgen uit af te leiden. Maar er is geen algemeen *translatief* juridisch mechanisme dat materiële feiten als zodanig “toerekent”, vóór elke juridische beoordeling van de vraag onder welke rechtsregel het feit moet worden gebracht. Het zijn net de toepassingsvoorwaarden van elke rechtsregel afzonderlijk die het relevante rechtsfeit omschrijven.

547. In wezen doet VANANROYE ook niet echt een poging om aan te duiden welke rechtsregels in België deze nieuwsoortige vorm van toerekening van materieel gedrag als materieel gedrag van een ander vorm geven. Het is zelfs nog maar de vraag of dit in Nederland wel het geval is, zelfs onder de leer der verkeersopvattingen. Volgens de meest gangbare interpretatie lijkt in Nederland via verkeersopvattingen toch vooral de *onrechtmatige* daad van een (minstens potentieel) geïndividualiseerd persoon als eigen te worden toegerekend, al hoeft die hiervoor niet langer formeel orgaan te zijn.

“Als criterium voor het antwoord op de vraag of een bepaalde *onrechtmatige gedraging* rechtens geldt als een onrechtmatige daad van een rechtspersoon, stellen wij dat in het maatschappelijk verkeer de gedraging wordt beschouwd als een gedraging van de rechtspersoon”.²¹¹⁵

“Als criterium voor de toerekening van een onrechtmatige daad aan een rechtspersoon hebben wij gesteld, dat het *onrechtmatig handelen of nalaten* in het maatschappelijk verkeer geldt als een handelen of nalaten van de rechtspersoon”.²¹¹⁶

Dit is ook logisch, omdat de leer steunt op de toepassing van een leerstuk dat VAN DER GRINTEN voor vertegenwoordiging in het algemeen uitdacht, en dat ertoe strekte de onrechtmatige daad van een vertegenwoordiger eveneens via vertegenwoordiging als eigen aan de principaal toe te rekenen.²¹¹⁷ De *onrechtmatige daad* van de vertegenwoordiger was daarbij het uitgangpunt van de redenering.²¹¹⁸ Het

²¹¹⁵ C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 174 (cursivering toegevoegd).

²¹¹⁶ C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en J. MAEIJER, *De rechtspersoon*, 113 (cursivering toegevoegd). Zie ook p. 115 (“*Fouten van bestuurders in hun hoedanigheid zullen veelal gelden als fouten van de rechtspersoon*”) en 116 (“*Bij toerekening van onrechtmatige daden aan de rechtspersoon vindt een zekere identificatie plaats van de persoon die de handeling verricht en de rechtspersoon*”). Zie ook de bespreking van de opvattingen van VAN DER GRINTEN zoals zij doorwerken in de Babelrechtspraak bij: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 93 e.v. (en voor de kritiek van deze auteur hierop: p. 163-164; zie over het standpunt van HOEKZEMA ook nog *infra* p. 531 e.v.).

²¹¹⁷ C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 173 en 180. Zie ook de bespreking bij: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 93; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 504.

²¹¹⁸ Zeer duidelijk: C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 180.

is zelfs naar Nederlands recht *de lege lata* nog maar de vraag wat het verschil is tussen dit stelsel en de leer van de “afgeleide fout” die VANANROYE naar Belgisch recht wil verwerpen, waarbij hij onder de noemer “afgeleide fout” *uitdrukkelijk ook* die gevallen brengt waarin de fout vanuit juridisch oogpunt misschien “eigen” wordt genoemd, maar conceptueel wel van die van een ander wordt afgeleid.²¹¹⁹ Dit laatste is immers het geval met de orgaantheorie in België, maar – zo lijkt – evengoed met toerekening naar verkeersopvattingen volgens de meest gezaghebbende interpretatie in Nederland. De onrechtmatige daad van een ander wordt als eigen toegerekend.²¹²⁰ Alleen hoeft die ander geen formeel orgaan meer te zijn.

548. Is het niet merkwaardig dat theorieën die het licht zagen om van een rechtspersoon te kunnen zeggen dat hij *zelf* een fout beging in de zin van artikel 1382-1383 B.W. – zowel orgaantheorie als verkeersopvattingen in Nederland – er blijkbaar steeds toe komen de onrechtmatigheid van gedragingen toch weer expliciet of impliciet bij mensen te beoordelen? Dit is geen toeval. Vanuit conceptueel oogpunt lost VANANROYE’s mechanisme van materiële toerekening van een daad of een handeling het probleem immers niet op.

3.3. MATERIËLE TOEREKENING LAAT NOG GEEN FOUTBEOORDELING IN DE ZIN VAN ARTIKEL 1382-1383 B.W. TOE

3.3.1. Subjectieve schuld: een vals probleem

549. Materiële gedragstoerekening lijkt veelbelovend, omdat VANANROYE terecht een al te subjectivistische lezing van artikel 1382-1383 B.W. vermijdt.²¹²¹ Het is niet omdat de rechtspersoon geen subjectief schuldige geestestoestand kan hebben, dat hij niet onder deze wetbepalingen past. Het probleem is wel dat hij

²¹¹⁹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 762 (“*Ook al legt de orgaantheorie er de nadruk op dat de aansprakelijkheid van de rechtspersoon een eigen aansprakelijkheid is uit onrechtmatige daad en geen kwalitatieve aansprakelijkheid, de fout van de rechtspersoon wordt afgeleid van die van een natuurlijke persoon*”).

²¹²⁰ Het Nederlandse recht maakt inzake foutaansprakelijkheid wel veel uitdrukkelijker het onderscheid tussen de *onrechtmatigheid* van een gedraging en de *schuld* van de dader (art. 6:162, lid 3 Nederlands B.W.). Vandaar dat de onrechtmatige daad van een vertegenwoordiger als eigen onrechtmatige daad van de principaal kan gelden, tegelijk weliswaar een eigen onrechtmatige daad van de vertegenwoordiger blijft, maar in hoofde van deze laatste niet tot aansprakelijkheid leidt omdat hem geen schuld treft (C. ASSER, W. VAN DER GRINTEN en S. KORTMANN, *De vertegenwoordiging*, 185). Dit biedt wel wat ruimte voor “opgesplitste foutbeoordeling”. Maar men kan er niet uit afleiden dat een mechanisme werd geconceptualiseerd dat gedrag “louter materieel” toerekent, zonder beoordeling van de onrechtmatigheid bij een concrete dader.

²¹²¹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 760 en 772. Zie ook *supra* p. 456 e.v.

geen materieel gedrag ontplooit dat – zelfs *in abstracto* – op objectieve onrechtmatigheid kan worden getoetst. Zelfs materieel niets doen – wat de rechtspersoon als de beste kan – kan maar foutief eigen gedrag zijn als *in abstracto* minstens de potentie van materieel actorschap aanwezig is. Dit werd eerder al toegelicht.²¹²²

3.3.2. Objectieve onrechtmatigheid bij inbreuk op specifieke norm: een valse parallel

550. Relativering van subjectieve schuld liet toe te verdedigen dat, op voorwaarde dat de eenheidsleer tussen fout en wetsovertreding wordt aanvaard, de rechtspersoon soms wél een eigen 1382-fout begaat, indien op grond van een specifieke rechtsnorm de inbreuk ook op grond van materieel gedrag van anderen kan voorliggen.²¹²³ De vraag onder de eenheidsleer luidt of de normbestemming-rechtspersoon zich in een toestand van wetsovertreding bevindt. Onder sommige specifieke normen is dit ongetwijfeld mogelijk. Bijvoorbeeld als de wetsovertreding al blijkt uit de aanwezigheid of afwezigheid van een materiële toestand, van een bepaald resultaat, of als gedrag van personen die door de normbestemming werden ingeschakeld, in rekening mag worden gebracht om de inbreuk in hoofde van deze laatste te beoordelen. VANANROYE steunt op cruciale punten in zijn betoog sterk op de inbreuk op specifieke regel als illustratie van het feit dat rechtstreeks bij de rechtspersoon de fout wordt beoordeeld, zonder dat een fout van een orgaan – of zelfs van een ander natuurlijke persoon – wordt gezocht.²¹²⁴ Maar zoals eerder verdedigd, gaat het hier gewoon om een normale toepassing op rechtspersonen van een onderdeel van het gemeenrechtelijke foutleerstuk (de eenheidsleer).²¹²⁵ Er is vanuit theoretisch oogpunt weinig specifiek rechtspersoonlijks aan de wijze waarop tot een inbreuk wordt besloten. Evenmin is toerekening van louter materieel gedrag via verkeersopvattingen nodig om “rechtstreekse” beoordeling van de inbreuk bij de normbestemming te verklaren. Het punt is dat de toepassingsvoorwaarden van sommige specifieke regels toelaten tot overtreding van de regel in hoofde van de normbestemming te besluiten, zelfs indien het materieel gedrag dat de inbreuk uitmaakt, afkomstig is van personen die hij heeft ingeschakeld. Aanwezigheid van een draaideur is een inbreuk. Niet-mededeling van bepaalde documenten binnen een bepaalde termijn is een inbreuk. Lozing van ongezuiverd afvalwater is een inbreuk. Niet-opvragen van plannen omtrent ondergrondse leidingen is een inbreuk. Beroep

²¹²² Zie *supra* p. 456 e.v. en 482 e.v.

²¹²³ Zie *supra* p. 461 e.v. Daarbij werd wel vastgesteld dat de eenheidsleer bepaalde vragen oproept, waar hier niet op wordt ingegaan. Ook is de analyse altijd in de eerste plaats afhankelijk van de toepassingsvoorwaarden van de regel in kwestie.

²¹²⁴ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 757 en 765-767; J. VANANROYE, “Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid”, 85.

²¹²⁵ Zie *supra* p. 466 e.v. Aangezien de rechtsdogmatische explicitering van de eenheidsleer zelf, als nevensgeschikt foutcriterium, van vrij recente datum is, is het niet zo verwonderlijk dat dit niet eerder gebeurde. Daarin speelt natuurlijk ook de regelexplosie van de laatste decennia een rol.

door een verzekeringsonderneming op een niet-ingeschreven verzekeringsmakelaar is een inbreuk. In al die gevallen²¹²⁶ steunt aansprakelijkheid onder de eenheidsleer op de vaststelling dat de rechtspersoon als normbestemming de inbreuk beging, omdat de toepassingsvoorwaarden dit toelaten. De toepassingsvoorwaarden van de regel grijpen aan in feiten die kunnen worden vastgesteld zonder zeer concreet het gedrag van de normbestemming na te gaan. Aansprakelijkheid steunt niet op toerekening van materieel gedrag “naar verkeersopvattingen” als eigen aan de rechtspersoon, waarna dit materieel gedrag op rechtspersoonlijk niveau onder de specifieke regel wordt beoordeeld. Wel op de vaststelling dat een specifieke rechtsnorm bestaat die specifiek aan de rechtspersoon gericht is en waarvan de toepassingsvoorwaarden verenigd zijn. Ook de natuurlijke persoon die de normbestemming is, wordt onder dezelfde toepassingsvoorwaarden getoetst. Ook hij begaat een inbreuk op de aan hem gerichte norm, al kan vereniging van de toepassingsvoorwaarden in zijn hoofde worden afgeleid uit een materiële toestand, uit het al dan niet voorliggen van een resultaat, of uit gedrag van personen die hij in zijn activiteit had ingeschakeld. Het is dan een overbodige conceptuele omweg te zeggen dat hij naar verkeersopvattingen materieel gehandeld heeft, en dat dit als eigen aangemerkt materieel handelen vervolgens onder de specifieke norm wordt beoordeeld en foutief wordt genoemd. Verkeersopvattingen als mechanisme dat specifiek werd geconceptualiseerd om materieel gedrag als eigen toe te rekenen brengt hier weinig bij. Wie aansprakelijk is op grond van een uitdrukkelijke rechtsregel zal het vermoedelijk ook wel “naar verkeersopvattingen” zijn, maar dit is natuurlijk geen bewijs dat de aansprakelijkheid op verkeersopvattingen steunt.²¹²⁷

3.3.3. Gedragsbeoordeling onder algemene zorgvuldigheidsnorm: een echt probleem

551. Het meest fundamentele probleem met materiële toerekening volgens de theorie van VANANROYE, blijkt bij toepassing op de “gewone” foutbeoordeling, op grond van de vraag of het rechtssubject dat wordt aangesproken heeft gehandeld zoals een normaal voorzicht en redelijk persoon in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst. Het probleem komt naar boven *net omdat* materiële gedragstoe-rekening hier als *deus ex machina* zo dicht bij de oplossing lijkt te komen. De

²¹²⁶ Die hier louter illustratief van aard zijn. Het is niet de bedoeling hier gedetailleerd de toepassingsvoorwaarden van concrete specifieke rechtsnormen na te gaan. Zoals eerder al sterk werd benadrukt, is dit steeds voor elke regel afzonderlijk en *in concreto* te bepalen.

²¹²⁷ Vergelijk: C. SIEBURGH, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, 209 (“Een voorbeeld van een opvatting die door de meerderheid van de deelnemers aan het maatschappelijk verkeer wordt gedeeld, is dat een onrechtmatige daad die te wijten is aan de schuld van de dader moet worden toegerekend. Toerekening krachtens schuld is derhalve toerekening krachtens verkeersopvattingen (...). Om verwarring te vermijden wordt het begrip toerekening krachtens verkeersopvattingen in dit onderzoek gebruikt om aan te geven dat niet krachtens schuld werd toegerekend.”). Onderstreping toegevoegd. Hetzelfde geldt, zoals net werd vastgesteld, voor art. 1384, lid 3 B.W.

klassieke foutbeoordeling steunt onlosmakelijk op beoordeling van het gedrag *van de aangesprokene*, op “*une erreur de conduite*” van zijn kant.²¹²⁸ Zijn gedrag moet onzorgvuldig, en dus foutief zijn. Zelfs zonder subjectieve schuld, is dit *het* grote probleem voor toepassing van artikel 1382-1383 B.W. op de rechtspersoon.²¹²⁹ Is dit probleem nu niet opgelost als *de lege ferenda* een mechanisme werd geconceptualiseerd om de rechtspersoon materieel gedrag *qua* materieel gedrag als eigen toe te rekenen, zeker als dit zich niet meer kunstmatig beperkt tot gedrag van organen? Kan nu, eens dit gedrag toegerekend, niet gewoon de vraag worden gesteld of het overeenstemt met de gedragslijn die *in abstracto* van een normaal voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde feitelijke omstandigheden mocht worden verwacht?

Toch niet. Als werkelijk enkel “een daad” louter materieel wordt toegerekend, levert dit in het beste geval een eendimensionaal beeld op van een realiteit die bij echte gedragstoetsing driedimensionaal moet worden beoordeeld. Net omdat er onder de algemene zorgvuldigheidsnorm geen specifieke wettelijke gedragsnorm – of bestanddelen van een misdrijf in het strafrecht – is, is bepalen *welk gedrag* relevant is, al een onderdeel van de gedragstoetsing, van de foutbeoordeling. De oefening die erin bestaat in de volledige gedragsmatrix van een rechtssubject dat stuk te identificeren dat mogelijk foutief is, is al een onderdeel van de gedragsbeoordeling. De analyse kan wel *prima facie* inzoomen op een bepaald onderdeel (meestal het laatste causale feit voor de schade), maar in de daaropvolgende discussie kan blijken dat dit in de context van een ruimer (eerder, later gepland) gedrag moet worden gezien. De observator moet dan weer uitzoomen en opnieuw scherpstellen. Puur materiële toerekening van “een” daad lost dan voor *echte* foutbeoordeling niets op. De daad kan daarmee nog niet in de ruimere context van het gedrag van de aangesprokene worden beoordeeld. Er is geen beeld van wat voor en na de daad kwam, althans niet als “eigen” gedrag relevant voor de 1382-toetsing. Nochtans moet dit mogelijk zijn als het écht de ambitie is *artikel 1382-1383 B.W.* op rechtspersoonlijk niveau toe te passen. Beoordeling van foutiviteit van een gedrag onder artikel 1382-1383 B.W. is meer dan beoordeling van het laatste causale feit voor de schade. Niet in elke procedure is dit een ingewikkelde nuance, maar potentieel is ze in elke procedure relevant en steeds moet deze discussie door de aangesprokene kunnen worden gevoerd.²¹³⁰ Zo niet, is het

²¹²⁸ R.O. DALCQ, *Traité*, I, 165 (nr. 257); H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 934.

²¹²⁹ Zie *supra* p. 456 e.v.

²¹³⁰ Bovendien is de nuance net het minst relevant in gevallen waarin verkeersopvattingen wellicht weinig toevoegen of zelfs zeer kunstmatig overkomen (een duw geven, door het rode licht rijden), en meest relevant waar verkeersopvattingen zichzelf wellicht de grootste meerwaarde toedicht: complexe feitenconstellaties in grote organisaties waarbij het doen en laten van heel wat rechtspersoonlijke actoren een rol speelt.

onderscheid tussen materiële en juridische toerekening louter *window dressing*.²¹³¹

Als dit misschien haarklieverij lijkt, is dit net omdat de werkelijk autonome en rechtstreekse foutbeoordeling in hoofde van de rechtspersoon grotendeel schijn is. Onder de oppervlakte wordt gewoon al gedrag van mensen beoordeeld om dat stukje te vinden dat wordt toegerekend, en komt de oefening toch weer neer op objectieve aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor dit gedrag.

552. De *prima facie* aannemelijkheid van VANANROYE's betoog steunt te sterk op een argumentatie die terugredeneert van hypothesen waarin aansprakelijkheid als besluit al vast staat (*“onproblematisch”*²¹³²). Wie focust – ook bij mensen – op rechterlijke uitspraken waarin de fout werd aangenomen, kan de indruk krijgen dat enkel het als foutief weerhouden goed individualiseerbare gedragsonderdeel werd getoetst. Het lijkt dan bedrieglijk simpel om te zeggen dat dit onderdeel – die daad – eerst materieel aan een ander kan worden toegerekend en dan pas juridisch in zijn hoofde als eigen daad kan worden getoetst. Maar hier speelt natuurlijk een enorm selectie-effect. *Ex ante* liggen de zaken niet zo eenvoudig. Het relevante gedrag wordt tijdens de discussie tussen partijen voortdurend bijgesteld en uitiem geconstrueerd uit de hele gedragsmatrix van het aangesproken rechtssubject, inclusief wat hij potentieel had kunnen doen. Reeds dit is gedragsbeoordeling. Het is *ex ante* zeer kunstmatig te doen of je neutraal “een daad” selecteert, die je “louter materieel” aan een ander toerekent, om hem vervolgens juridisch op foutiviteit te beoordelen enkel en alleen in hoofde van diegene aan wie hij werd toegerekend. Want dan zal *na het “materiële” toerekeningsmoment* toch steeds weer nodig blijken nieuwe elementen te gaan “lenen” bij een ander, omdat *beoordeling* van de daad anders niet mogelijk is. Wie bepaalt *welk* materieel gedrag aan de rechtspersoon wordt toegerekend, doet onvermijdelijk al aan gedragsbeoordeling nog voor gedrag “louter materieel” werd toegerekend.

Bij mensen verloopt dit proces van identificatie van het relevante gedrag zeer intuïtief omdat we eenheid van actorschap veronderstellen. De film van menselijk gedrag wordt vrij intuïtief herleid tot een stilstaand beeld waarop de fout te zien is. Maar de keuze van het beeld is een onlosmakelijk onderdeel van de foutbeoordeling. Wie enkel één frame te zien krijgt, kan niet aan foutbeoordeling doen, hoe kleurrijk het beeld ook is. De rechter moet kunnen voortspoelen en terugspoelen. Met de beslissing waar het beeld wordt stopgezet, heeft VANANROYE al foutbeoordeling binnengesmokkeld in het beweerd puur materiële luik van de oefening:

²¹³¹ Of zoals DE WULF het uitdrukt: *de facto* volstaat het dan dat in hoofde van de rechtspersoon de schijn bestaat dat hij aansprakelijk is (H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 153). Het is duidelijk dat dit niet veel meer met art. 1382-1383 B.W. te maken heeft.

²¹³² J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 757.

“Stel dat een rechter vindt dat een bepaald gedrag een fout uitmaakt (...) dan kan de schadelijder ermee volstaan dit gedrag materieel toe te rekenen”.²¹³³

Maar zo is het al te eenvoudig. Als je al weet wat de fout is, volstaat het dit foutieve gedrag aan de rechtspersoon “puur materieel” toe te rekenen. Maar materiële toerekening komt dan duidelijk pas *na* de gedragsbeoordeling en gebeurt enkel omdat een bepaald gedrag impliciet al als foutief werd aangemerkt. De kaart werd al op voorhand doorgestoken. En dit is onvermijdelijk, omdat puur materiële toerekening van “een daad” aan een ander, niet toelaat bij die ander aan echte gedragsbeoordeling in de zin van artikel 1382-1383 B.W. te doen.

553. Misschien is het niet onmogelijk dit idee in de toekomst verder uit te werken en leven in te blazen. Maar dan volstaat het niet voorbeelden op te stapelen van gevallen waarin aansprakelijkheid van de rechtspersoon het “onproblematische uitgangspunt” is, als die evengoed via – desnoods anonieme – fouten van aangestelden (inclusief bestuurders)²¹³⁴ of van aangestelden en organen²¹³⁵ kunnen worden verklaard. Via falsificatie moet de theorie worden getest waar hij onderscheidende aanspraken maakt.²¹³⁶ VANANROYE geeft de mogelijkheid aan dat een materiële daad van een orgaan in hoofde van het orgaan foutief is, bijvoorbeeld wegens schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm, aan de rechtspersoon “materieel” als eigen wordt toegerekend omdat hij naar verkeersopvattingen als *daad* van de rechtspersoon heeft te gelden, maar geen *fout* van de rechtspersoon oplevert.²¹³⁷ Die categorie moet meer kleur krijgen. Foutieve gedragingen van organen kunnen naar verkeersopvattingen eigen gedrag van de rechtspersoon zijn, maar als eigen gedrag van de rechtspersoon niet foutief blijken.

Dit is een echt toetsingspunt. Want als het er gewoon om gaat fouten van niet-organen “eigen” te noemen, dan blijft de leer volgens de eigen analyse van VANANROYE een – volgens de auteur te verwerpen – variante op de afgeleide fout, net zoals de orgaantheorie op dit ogenblik.²¹³⁸ Dan gebeurt er niet meer – net zoals de meerderheidsleer het Babelcriterium in Nederland interpreteert – dan dat onrechtmatige daden van niet-organen soms ook “als eigen” worden toegerekend.

²¹³³ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 773.

²¹³⁴ Volgens het hier verdedigde standpunt.

²¹³⁵ Volgens de orgaantheorie.

²¹³⁶ Zeker nu met “verkeersopvattingen” alles kan worden verklaard, omdat het criterium gewoon verwijst naar de prejuridische vraag die aan concrete aansprakelijkheidsregels ten grondslag ligt. Dat de resultaten van toepassing van een rechtsregel stroken met “in het maatschappelijke verkeer geldende opvattingen”, betekent niet dat de toepassingsvoorwaarden van de rechtsregel voortaan kunnen worden overgeslagen. Enkel dat de wetgever er met de regel goed in is geslaagd maatschappelijke ideeën in concrete toepassingsvoorwaarden te gieten. Zie ook *supra* voetnoot 2127.

²¹³⁷ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 775 (“*de mogelijkheid [bestaat] dat een gedraging materieel zowel aan de rechtspersoon als aan een orgaan wordt toegerekend, en slechts in hoofde van één van hen als onrechtmatig geldt*”).

²¹³⁸ Zie *supra* voetnoot 2119.

Het hele nieuwe mechanisme voor materiële toerekening van gedrag *qua* gedrag (voorafgaand aan de foutbeoordeling) is dan niet nodig.

Zelfs als deze horde wordt genomen, is het nog maar de vraag of een leer die leidt tot een categorie van fouten van organen die als eigen gedrag van de rechtspersoon hebben te gelden maar in zijn hoofde geen fout zijn, een aanwinst is voor de rechtsdogmatiek. Maar die categorie levensvatbaar maken, is de eerste stap voor wie een Copernicaans juridisch mechanisme van materiële toerekening als eigen vóór elke foutbeoordeling wil bepleiten. Die stap is op dit ogenblik nog niet gezet.

554. Materiële toerekening van “een daad” als eigen is dus zelfs *de lege ferenda* geen conceptuele *deus ex machina* voor eigen foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon. Hieruit is nog één uitweg om zowel de idee van eigen materieel gedrag naar verkeersopvattingen, als de autonome juridische foutbeoordeling te redden. Het argument heeft dan een bijkomende stap nodig die VANANROYE impliciet misschien wel zet, maar onvoldoende expliciteert. Na de “afgeleide fout” moet ook het “afgeleide gedrag” worden opgegeven. Zo belanden we bij een werkelijk autonoom “juridisch” of “corporatief” handelingsbegrip, zoals dit in Nederland door HOEKZEMA werd verdedigd.

4. DADERSCHAP NAAR VERKEERSOPVATTINGEN: NAAR EEN CORPORATIEF HANDELINGSBEGRIP IN HET PRIVAATRECHT?

4.1. EEN AUTONOOM CORPORATIEF HANDELINGSBEGRIP

555. De cruciale vraag is waarom de theorie van autonome foutaansprakelijkheid aan *materiële toerekening* van “een daad” of “een handeling” zou vasthouden. De foutbeoordeling mag dan wel autonoom en rechtstreeks op rechtspersoonlijk niveau worden geconstrueerd, ze steunt wel op materiële toerekening van een blijkbaar duidelijk geïndividualiseerde materiële daad.²¹³⁹ Het is dan al vrij kunstmatig om voor te houden dat eerst volledig neutraal die welbepaalde daad “puur materieel” werd toegerekend en vervolgens pas de vraag werd gesteld of dit als “gedrag” foutief is als het eigen gedrag van de rechtspersoon wordt genoemd. Want moest dit wel het geval zijn, ontstaat in het beste geval een eendimensionaal gedragspunt dat voor echt autonome foutbeoordeling in de zin van artikel 1382-1383 B.W. op rechtspersoonlijk niveau weinig soelaas biedt.²¹⁴⁰

²¹³⁹ Althans in paragrafen die hier meest specifiek over handelen (J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 765, 766, 768, 769, 771, 772, 773, 775 en 776. Zie echter ook *infra* voetnoot 2144.

²¹⁴⁰ Zie *supra* p. 527.

Maar als echt eigen en rechtstreekse toepassing van artikel 1382-1383 B.W. op de rechtspersoon dan toch de heilige graal van de rechtsdogmatiek is, dan moet ook de laatste stap worden gezet. Het draait niet om de vraag of “een” materiële handeling (naar verkeersopvattingen) als materiële handeling van de rechtspersoon heeft te gelden. Het gaat om de vraag of en hoe de rechtspersoon (naar verkeersopvattingen) *gehandeld* heeft. Uit het geheel van feitelijke omstandigheden wordt rechtstreeks het juridische besluit geconstrueerd dat (naar verkeersopvattingen) de rechtspersoon op een bepaalde manier heeft gehandeld. Zoals HOEKZEMA in Nederland aangeeft:

“Op grond van de concrete feitenconstellatie wordt vastgesteld dat de principaal gehandeld heeft. Het is niet zo dat eerst het gedrag van een aangestelde wordt vastgesteld en dit gedrag daarna aan de principaal (als eigen gedraging) wordt toegerekend”.²¹⁴¹

Zelfs het begrip “toerekening” is hier in wezen dan niet meer op zijn plaats:

“De term ‘toerekenen’ doet afbreuk aan het eigen daderschap van de principaal”.²¹⁴²

Er wordt helemaal niets toegerekend, de rechtspersoon wordt rechtstreeks “dader” genoemd van een autonoom juridisch geconstrueerd gedrag, onafhankelijk van de vraag naar foutiviteit van dit gedrag.

“Het vaststellen van daderschap van de principaal is een juridische beslissing aan de hand van de omstandigheden van het geval”.²¹⁴³

Toegepast op rechtspersonen, ontstaat hier een werkelijk autonoom corporatief handelingsbegrip. In bepaald opzicht is dit het logische eindpunt van de redenering, waarop ook VANANROYE misschien doelt.²¹⁴⁴ Als zijn standpunt zo moet worden gelezen dat “*rechtspersonen [...] wel degelijk rechtstreeks aansprakelijk*

²¹⁴¹ J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 173-174. HOEKZEMA gebruikt de term “aangestelde” hier ruimer dan in de zin van ons art. 1384, lid 3 B.W. (zie p. 96).

²¹⁴² J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 173. “Daderschap” verwijst naar de hoedanigheid van handelende met betrekking tot een handeling die onder foutaansprakelijkheid beoordeeld wordt, maar vooraleer enige beoordeling van de onrechtmatigheid plaatsvond. Het is dus een neutraal begrip.

²¹⁴³ J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 173.

²¹⁴⁴ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 758 (“zonder dat er een natuurlijke persoon als fysieke dader wordt gevonden, of zelfs maar gezocht”) en 753 (“zonder de omweg langs een fysieke persoon”). Maar in de paragrafen die specifiek aan de werking van het toerekeningsmechanisme zijn gewijd, ligt sterk de nadruk op materiële toerekening van concrete daad: p. 771-773, verder ook op p. 775, 776 en 777. Zie echter, op p. 771: “de ‘materiële toerekening’ van de feiten aan de rechtspersoon” (onderstreping toegevoegd).

[zijn] voor eigen fouten op dezelfde wijze als fysieke personen dat zijn”²¹⁴⁵, maar dat dit tegelijk méér moet zijn dan toerekening van een onrechtmatige daad van fysieke personen “als eigen”²¹⁴⁶, dan is ook meer nodig dan toerekening van “een daad” of “een handeling” van een ander, zelfs al noemt men die toerekening “louter materieel”.²¹⁴⁷ Ook het als eigen omschreven gedrag zelf, moet autonoom op rechtspersoonlijk niveau worden bepaald. Bij HOEKZEMA heet dit dat een “juridisch” handelingsbegrip nodig is, dat loskomt van het gangbare “feitelijke” handelingsbegrip, omdat de “feitelijke handeling” van een ander eigen noemen, niet volstaat.²¹⁴⁸ Uit de feitelijke omstandigheden wordt rechtstreeks afgeleid wat naar verkeersopvattingen eigen gedrag van de rechtspersoon mag worden genoemd. Er wordt niets meer toegerekend, er wordt rechtspersoonlijk gedrag *geconstrueerd* of *geboetseerd*.

556. Op dit punt doet zich snel opnieuw een tweesprong voor. Ofwel degeneert het verhaal toch weer naar de *schijn van aansprakelijkheid*. Uit de feiten wordt rechtstreeks afgeleid dat een rechtssubject “naar verkeersopvattingen” een “fout” beging, zonder dat de nood om daadwerkelijk eigen gedrag van het aangesproken rechtssubject te beoordelen – of dit eigen gedrag nu materieel of juridisch geconstrueerd is – nog een juridisch dwingende rol speelt.²¹⁴⁹ Er wordt misschien wel “iets” beoordeeld, maar er is geen juridische verplichting meer om dit in termen van beoordeling van eigen gedrag – zelfs louter juridisch geconstrueerd – te vertalen. Dit is steeds de weg van de minste weerstand, maar heeft met artikel 1382-1383 B.W. niet veel meer te maken. Steun op oppervlakkige indrukken²¹⁵⁰ wordt niet enkel een – soms begrijpelijk²¹⁵¹ – bijproduct van proces- en bewijsvoering in een wereld van schaarse middelen, het wordt verheven tot de “rechtsre-

²¹⁴⁵ Dit is de lezing die aan de bijdrage van VANANROYE wordt gegeven in: W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 374.

²¹⁴⁶ Omdat dit het mechanisme van de “afgeleide fout” is dat de orgaantheorie gebruikt en die VANANROYE verwierpt.

²¹⁴⁷ Dit is de lezing die werd besproken *supra* p. 520 e.v.

²¹⁴⁸ J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 165-166 en 171 e.v.

²¹⁴⁹ Zie *supra* p. 520 e.v.

²¹⁵⁰ Of “onzorgvuldig feitenonderzoek”, zoals dit terecht wordt genoemd in: H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 154.

²¹⁵¹ Omdat de rechter meestal maar beoordeelt wat partijen hem voorleggen, en in de meeste procedures de aandacht vooral gaat enkele sleutelementen of -regels die in die concrete procedure meest relevant zijn. De *materieelrechtelijke* vraag echter, blijft steeds of partijen *andere elementen* die volgens een toepasselijke materiële rechtsregel ook relevant zijn, *hadden kunnen* opwerpen, en de rechter onder sanctie van verbreking van zijn uitspraak hadden kunnen dwingen met hun argumenten rekening te houden. Als de verweerder uitdrukkelijk ontkent dat een bepaald gedrag dat hem wordt verweten een fout uitmaakt, dan kan de rechter *de jure* niet volstaan met het argument dat het hoe dan ook schijnbaar foutief is. In de leer van VANANROYE en HOEKZEMA kan de rechter wel zeggen dat verweerder schijnbaar *zelf* een bepaalde daad stelde, ook al was dit niet effectief het geval, zo lang van die daad vervolgens maar wordt bewezen dat ze effectief foutief is.

gel” zelf.²¹⁵² Hoogstens wordt *ex post* gerationaliseerd dat de rechtspersoon naar verkeersopvattingen dat corporatieve gedrag vertoond heeft dat foutief werd genoemd.

Ofwel, zoals bij VANANROYE en HOEKZEMA duidelijk de ambitie is, neemt de leer zichzelf als nieuwe juridische theorie ernstig en dan bestaat de oefening er daadwerkelijk in autonoom naar verkeersopvattingen eigen rechtspersoonlijk gedrag te construeren *vóór* elke foutbeoordeling. Het gaat niet om de oppervlakkige indruk dat een rechtssubject schijnbaar een fout beging, het gaat om een ernstig onderzoek naar de vraag welk gedrag de rechtspersoon juridisch eigen mag worden genoemd. Maar zelfs als van die tweede lezing wordt uitgegaan, blijken al snel fundamentele bezwaren. Het wordt, als ze ernstig wordt genomen, een bijzonder complexe oefening (*infra* 4.2) waarvan de meerwaarde naar Belgisch recht absoluut niet duidelijk is (*infra* 5).

4.2. COMPLEXE EN POTENTIEEL SUBVERSIEVE OEFENING

557. Indien autonome juridische gedragsconstructie naar verkeersopvattingen ernstig wordt genomen, wordt dit vooreerst *feitelijk* en *proceseconomisch* een bijzonder complexe oefening. Ze moet immers *neutraal* zijn op het vlak van de foutbeoordeling. Eerst wordt vanuit juridisch oogpunt het rechtspersoonlijke handelen bepaald, pas dan wordt de foutitiviteit van dit handelen beoordeeld.²¹⁵³ Bij VANANROYE wordt die complexiteit onder de mat geveegd, omdat in de cruciale paragrafen er bij de bewijsvoering altijd op een of andere manier “een daad”, “een handeling”, “een gedrag”, “de betrokken handeling”, “de schadeveroorzakende handeling”, enzovoort, *gegeven* blijkt.²¹⁵⁴ Die wordt dan “puur materieel” toegerekend. Maar de vraag is natuurlijk waar die bij aanvang al handig identificeerbare daad vandaan komt, als heel de redenering net de vaststelling dat er niet steeds een “*fysieke dader wordt gevonden, of zelfs maar gezocht*” tot materieel-rechtelijke regel wil verheffen.²¹⁵⁵ Voor een *inhoudelijk-juridisch* autonoom cor-

²¹⁵² COIPEL stelde in 1982 al vast, terecht zonder hier zware theoretische implicaties aan te koppelen: “*Les applications de la responsabilité directe des sociétés du fait de leurs organes sont nombreuses en jurisprudence. Mais souvent, cela se fait tout naturellement sans que le mécanisme de la responsabilité directe soit mis en évidence ou discuté*” (M. COIPEL, “Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés”, 340, onderstreping toegevoegd). Deze auteur bedoelde hiermee echter ongetwijfeld niet dat de rechter voortaan zijn beslissing zou kunnen steunen op het feit dat de rechtspersoon “*tout naturellement*” aansprakelijk is.

²¹⁵³ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 772-773; J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 183-184. Dat de fout na het “toerekenen” of “bepalen” van eigen gedrag van de rechtspersoon volgens de normale regels gebeurt, wordt telkens sterk benadrukt.

²¹⁵⁴ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, onder meer p. 765, 766, 768, 769, 771, 772, 773, 775 en 776.

²¹⁵⁵ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 758.

poratief handelingsbegrip op grond van verkeersopvattingen volstaat niet “de handeling” of “de gedraging” toe te rekenen. De vraag is *welk* gedrag op grond van alle feitelijke elementen naar verkeersopvattingen als (juridisch) eigen gedrag van de rechtspersoon kan worden geconstrueerd. Er met dus theoretisch in elke procedure eerst ruimte zijn voor een *feitelijk, neutraal en niet-foutgeoriënteerd* debat over *welk* gedrag de rechtspersoon naar verkeersopvattingen als eigen heeft ontplooid. Hier blijkt hoe weinig zoden het aan te dijk zet, terug te redeneren van uitspraken waarin de onrechtmatige daad van de rechtspersoon het “*onproblematische uitgangspunt*”²¹⁵⁶ was. Bij aanvang van een procedure liggen de zaken minstens potentieel steeds anders. De rechtspersoon mag verweer voeren. Aangezien de vraag niet is of de rechtspersoon naar verkeersopvattingen *een fout* beging, moet hij afzonderlijk verweer kunnen voeren over de vraag welk corporatief gedrag naar verkeersopvattingen als het zijne moet gelden. Juridisch kan niet volstaan dat eiser of zelfs de rechter dit “onproblematisch” vindt. De rechtspersoon kan de tegenpartij en de rechter dwingen tot een feitelijk en neutraal debat om het eigen rechtspersoonlijke gedrag naar verkeersopvattingen te bepalen. Enkel hierop mag de foutbeoordeling steunen. Het moet dus theoretisch mogelijk blijven dat, na juridische constructie van het eigen rechtspersoonlijke gedrag, blijkt dat dit gedrag niet foutief is.²¹⁵⁷

Wordt hier niet onderschat wat een fenomenale taak deze oefening *in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* is als ze ernstig wordt genomen?²¹⁵⁸ De feitelijke elementen die potentieel relevant zijn om te bepalen hoe de rechtspersoon *in concreto* naar verkeersopvattingen gehandeld heeft, zijn onbeperkt, net omdat de *civiele* foutbeoordeling als *enige* aanknopingspunt het *eigen*, en tegelijk *integrale* gedrag van de aangesprokene heeft. Het gaat om niet minder dan het juridisch construeren van een oorspronkelijk, autonoom rechtspersoonlijk gedrag uit alle feitelijke omstandigheden. De in aanmerking genomen feiten moet bovendien ruim genoeg zijn om een echt tegensprekelijk debat over de foutbeoordeling van dit gedrag toe te laten. De theorie laat geen enkele beperking *a priori* toe: noch *ratione personae*, noch *ratione materiae*, noch *ratione temporis*.²¹⁵⁹ En dit moet

²¹⁵⁶ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 757. Ook bij: M. WAUTERS, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders”, 54.

²¹⁵⁷ Zeer expliciet: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 184.

²¹⁵⁸ En te verwachten valt dat ze onder impuls van de raadslieden van de verwerende rechtspersoon wel ernstig zal *moeten* worden genomen.

²¹⁵⁹ Dit gaat dus veel verder dan de de beoordeling van het eigen feitelijke gedrag van de aangesprokene binnen de *feitelijke omstandigheden* in elke 1382-procedure. De feitelijke omstandigheden moeten nu dienen voor construeren van het *gedrag zelf*. Voor een rechtsregel die gedrag beoordeelt aan de hand van algemene zorgvuldigheidsnormen is dit een fundamenteel verschil. Kunnen bijvoorbeeld volgens de “in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen” alle relevant zijn: de organisatorische kenmerken van de rechtspersoon, zijn aandeelhoudersstructuur, de activiteiten die hij ontplooit, hoedanigheden die hij heeft, de mensen die voor hem werken en het geheel van gedragingen die zij ontplooiën, de infrastructuur die wordt

allemaal voorafgaandelijk aan de foutbeoordeling gebeuren en zonder impliciet op deze foutbeoordeling voorop te lopen. De rechterlijke uitspraak die – wellicht uit heimwee naar de dagen van beoordeling, al was het impliciet, van gedrag van mensen – een rechtspersoonlijk handelen aanneemt dat al te naadloos op de daaropvolgende foutbeoordeling lijkt toegesneden, is vermoedelijk tot in cassatie sanctioneerbaar. In het *buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* wordt dit alleen al vanuit proceseconomisch oogpunt een miskleun van formaat. De complexiteit van deze oefening ontkennen, betekent toch weer toegeven dat de hele theorie vooral *window dressing* is voor de vraag of de rechtspersoon naar verkeersopvattingen een fout beging. De fout wordt niet beoordeeld op grond van een autonoom naar verkeersopvattingen geconstrueerd corporatief gedrag, het corporatieve gedrag wordt gedefinieerd in functie van wat men een fout wil noemen.

558. Niet alleen bewijsmatig en proceseconomisch, ook *materieelrechtelijk* is het corporatieve handelingsbegrip – als het werkelijk autonoom moet worden geconstrueerd en de foutbeoordeling vooraf gaan – subversiever dan het op eerste gezicht lijkt. Het mag immers niet, of minstens potentieel steeds *niet louter*, op een “afgeleide fout” (VANANROYE) of op een “fysiek handelingsbegrip” (HOEKZEMA) steunen. Het naar verkeersopvattingen eigen gedrag van de rechtspersoon is theoretisch altijd, en praktisch altijd minstens potentieel, een *autonoom aggregaat* van het handelen van heel wat rechtspersoonlijke agenten én andere feitelijke “rechtspersoonlijke” elementen die volgens in het verkeer geldende opvattingen relevant kunnen zijn om te bepalen wat als “eigen handeling” van de rechtspersoon heeft te gelden. *Ex ante* is er geen enkele reden waarom hierbij enkel op incriminerende elementen zou worden ingezoomd, bijvoorbeeld het laatste causale feit voor de schade, ook al zou dit *foutief gedrag van een orgaan of aangestelde zijn*. Feitelijke elementen *à décharge* moeten bij de bepaling van het autonome gedragsaggregaat een even grote rol kunnen spelen.

Het grote voordeel van de verfoeide “fouttoerekening” of “afgeleide fout” was natuurlijk dat de lichtste fout van een individu volstond, op voorwaarde dat de betrokkene in een bepaalde relatie tot de rechtspersoon stond.²¹⁶⁰ Dit kan voor

gebruikt, de producten en diensten die worden aangeboden, enzovoort. De lijst is potentieel eindeloos. Ook gedrag van personen die noch orgaan noch aangestelde zijn valt natuurlijk uit te sluiten. Vergelijk: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 784 (de handelingen van een zelfstandig vertegenwoordiger kunnen in het maatschappelijk verkeer te gelden hebben als “*handelingen van de handelszaak*”).

²¹⁶⁰ De orgaantheorie claimde hiervoor natuurlijk – ten onrechte – een totaal andere rechtsdogmatiek dan art. 1384, lid 3 B.W., maar zoals VANANROYE zelf terecht inzag (*supra* p. 514 e.v.) was het resultaat functioneel gelijk. De rechtspersoon was aansprakelijk voor de lichtste fout van zijn agenten. Maar in plaats van hier objectieve aansprakelijkheid uit af te leiden, ook voor organen, construeert hij foutaansprakelijkheid, ook voor aangestelden. Vanuit die optiek bekeken, neemt VANANROYE de centrale claim van de orgaantheorie – eigen foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon – ernstiger dan de orgaantheorie in zijn hedendaagse variëteit zelf doet.

autonome gedragsconstructie naar verkeersopvattingen niet meer het geval zijn. Onder artikel 1382-1383 B.W. is een rechtssubject *net niet* objectief aansprakelijk voor risico-elementen waarvoor het dient in te staan, waaronder het gedrag van anderen, maar moet de foutiviteit van het *eigen* gedrag worden aangetoond. Als dit eigen gedrag dan werkelijk autonoom op rechtspersoonlijk niveau moet worden bepaald, kan de analyse nooit stoppen bij deze of gene handeling, of zelfs bij deze of gene fout, van een natuurlijk persoon. Zeker niet nu verkeersopvattingen een criterium is dat essentieel naar externe perceptie verwijst: hoe wordt de rechtspersoon gepercipieerd in het maatschappelijke verkeer, en wat lijkt naar in dit verkeer gangbare opvattingen voor eigen gedrag te kunnen doorgaan? Die nuance zal misschien niet in elke procedure zeer belangrijk zijn, maar theoretisch is ze cruciaal en potentieel kan ze steeds tot uitgebreid verweer aanleiding geven.²¹⁶¹ Is naar verkeersopvattingen het gedrag van zelfs een bestuurder van een grote multinational noodzakelijk gedrag van de multinational, indien het ingaat tegen het officiële beleid, de externe communicatie, het gedrag van alle andere werknemers, de interne voorzorgsprogramma's, enzovoort? Ogenschoonlijk niet.²¹⁶² Is het van belang of het gedrag extern waarneembaar was? Ogenschoonlijk wel.²¹⁶³ Verandert de analyse plots volledig als het gedrag van de bestuurder bovendien een fout uitmaakt, bijvoorbeeld een lichte nalatigheid? Als dat het geval was, is niet meer uit te leggen wat het verschil met de "afgeleide fout" is. De theorie moet bereid zijn autonoom rechtspersoonlijk gedrag te construeren dat niet samenvalt met gedrag van individuele radertjes binnen de organisatie, zelfs al is het foutief. Het feit dat zelfs een formeel orgaan binnen de functie een fout beging, kan potentieel onvoldoende zijn voor naar verkeersopvattingen eigen rechtspersoonlijk gedrag, laat staan voor foutiviteit van dit gedrag.²¹⁶⁴ Dit is onvermijdelijk.²¹⁶⁵ De onderliggende ambitie van de theorie lijkt vooral om *inculperende* elementen die verspreid liggen over diverse geledingen van hedendaagse complexe organisaties te cumuleren.²¹⁶⁶ Maar volgens de eigen logica van het autonome daderschap, moet *ex ante*

²¹⁶¹ Zie ook *supra* voetnoot 2130.

²¹⁶² Wat betekent: de raadslieden van de multinational zullen deze vraag uitgebreid opwerpen.

²¹⁶³ Ter herinnering: in het Babbelarrest ging het over lasterlijke uitspraken van een wethouder van onderwijs op televisie.

²¹⁶⁴ Vergelijk weer: J. VANANROYE, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", 775 (ook *supra* voetnoot 2137).

²¹⁶⁵ Vergelijk ook, wat de logica van redenering betreft: H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers" ("Dit gebeurt dan evenwel niet op basis van de orgaantheorie, maar op basis van verkeersopvattingen, hetgeen een zorgvuldig onderzoek vereist over de vraag of toerekening gerechtvaardigd is, terwijl onder de orgaantheorie de vaststelling dat iemand orgaan is, automatisch en zonder verdere discussie tot toerekening leidt"). DE WULF handelt op deze plaats weliswaar over een ander punt, maar de inherente logica van de redenering wordt hier goed geïllustreerd.

²¹⁶⁶ J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 181. Waarbij althans naar Belgisch recht niet duidelijk is waarom het gemene aansprakelijkheidsrecht hier grote gaten in de aansprakelijkheidsdekking zou laten. VANANROYE steunt hier, zeker voor de algemene zorgvuldigheidsnorm, op al te technische opsplitsingen tussen hoedanigheden. Toetsing van het gedrag van een normaal

evengoed met feitelijke elementen *à décharge* rekening worden gehouden. Die moeten eerstgenoemde – tot effectieve fouten van individuen toe – kunnen compenseren. Raadslieden van rechtspersonen-verweerders zullen snel de mogelijkheden ontdekken van een regel die de rechter verplicht tot het construeren van een autonoom corporatief handelingsbegrip dat neutraal is ten aanzien van de daaropvolgende foutbeoordeling. Wat naar verkeersopvattingen op grond van alle feitelijke elementen eigen corporatief gedrag uitmaakt, dat in hoofde van de rechtspersoon autonoom als foutief moet worden beoordeeld, zou wel eens sterk kunnen afwijken van wat vandaag simpelweg een – desnoods anonieme – “afgeleide fout” van een orgaan of een aangestelde mag worden genoemd.

559. Op dit punt stelt zich opnieuw een keuze: vervangt de leer van de verkeersopvattingen het huidige systeem van de “afgeleide fout”, of komt het er gewoon bij? Het eerste zou – *de lege ferenda* – zeer origineel zijn, maar tegelijk positiefrechtelijk onverdedigbaar en daarom wellicht niet de bedoeling. In het tweede geval echter, is de meerwaarde naar Belgisch recht bijzonder klein. Dit wordt nu toegelicht.

5. MEERWAARDE NAAR BELGISCH RECHT TWIJFELACHTIG

560. Het slachtoffer dat via materiële toerekening of autonoom rechtspersoonlijk daderschap naar verkeersopvattingen, gevolgd door foutbeoordeling op rechtspersoonlijk niveau, aansprakelijkheid van de rechtspersoon nastreeft, moet dus weten dat hem een zware bewijsvoering wacht, die potentieel nooit genoeg heeft aan zelfs foutief gedrag van organen of aangestelden. Meteen blijkt dat de theorie voor een belangrijke keuze staat. *Vervangt* dit nieuwe aansprakelijkheidsregime het huidige systeem (*infra* 5.1), of komt het er gewoon bij (*infra* 5.2)?

5.1. VERKEERSOPVATTINGEN VERVANGT HET HUIDIGE SYSTEEM: ONWAARSCHIJNLIJK EN ONVERDEDIG- BAAR

561. Bij VANANROYE lijkt *minstens de retoriek* op integrale substitutie te wijzen.²¹⁶⁷ In dat geval zouden slachtoffers, rechters en zelfs de rechtsdogmatiek als

voorzichtig en redelijk mens in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst, laat toe de professionele of organisatorische context in de beoordeling te betrekken. Zeker nu eer die vraag aan bod komt, al een heel aantal eerdere “rechtspersoonlijke” stations zijn gepasseerd: andere objectieve aansprakelijkheden voor risicofactoren (gemeenrechtelijk en op grond van bijzondere regimes), specifieke rechtsnormen, enzovoort.

²¹⁶⁷ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 753 (kopje), 758, 759, 767, 768, 771 en 775.

zodanig, wel eens snel heimwee kunnen krijgen naar de simpele dagen van de “afgeleide fout”.²¹⁶⁸ Nog afgezien van de proceseconomische complexiteit van de oefening, is de huidige materieelrechtelijke aansprakelijkheidsdekking niet gegarandeerd. Vooral de weerslag op aanstellersaansprakelijkheid is in de bijdrage van VANANROYE moeilijk in te schatten.²¹⁶⁹ Het betoog lijkt orgaantheorie én aanstellersaansprakelijkheid te hebben opgeslokt tot een nieuw en overkoepelend criterium (toerekening naar verkeersopvattingen). Het leidt geen twijfel dat gedrag van aangestelden (mee) het eigen rechtspersoonlijke handelen naar verkeersopvattingen moet kunnen vormgeven. Maar naar verkeersopvattingen leidt het niet onder dezelfde voorwaarden tot aansprakelijkheid als onder artikel 1384, lid 3 B.W. Niet enkel omdat de “foutidentiteit” met veel conceptueel geweld werd doorbroken en dus de fout van de aangestelde conceptueel nooit volstaat voor naar verkeersopvattingen eigen gedrag van de rechtspersoon, dat bovendien autonoom foutief moet zijn. Maar ook omdat het verband tussen daad en functie – net zoals met de orgaantheorie het geval was – logischerwijze beperkter is bij eigen foutaansprakelijkheid, zelfs op grond van naar verkeersopvattingen als eigen geldend gedrag, dan bij objectieve aansprakelijkheid voor andermans daad.²¹⁷⁰

Het lijkt nochtans onwaarschijnlijk dat VANANROYE met zijn nieuwe theorie ambieert artikel 1384, lid 3 B.W. te amputeren. Dit zou positiefrechtelijk onverdedigbaar zijn. Wellicht moet van cumulatieve werking van beide stelsels worden uitgegaan. Bij HOEKZEMA is dit, wat de bestaande Nederlandse regimes van kwalitatieve aansprakelijkheid voor andermans daad betreft, ook uitdrukkelijk het geval.²¹⁷¹ En zou VANANROYE er bovendien impliciet niet van uitgaan dat, ook wat de fout van het *orgaan* betreft, het huidige “indirecte” systeem wel blijft bestaan en dus de fout van het orgaan ook nog wel volstaat voor aansprakelijkheid?²¹⁷²

²¹⁶⁸ In de terminologie van VANANROYE. Zoals eerder werd toegelicht is bij art. 1384, lid 3 B.W. technisch gezien geen sprake van een “afgeleide fout”. In de eerste plaats wordt uit de fout van de aangestelde geen fout van de aansteller afgeleid, enkel zijn objectieve aansprakelijkheid. Ten tweede is die objectieve aansprakelijkheid geen borgstelling voor de eigen foutaansprakelijkheid van de aangestelde, maar wel degelijk een autonome aansprakelijkheid van de aansteller voor een risicofactor waarvoor hij instaat en die de wet omschrijft als “schade veroorzaakt door de aangestelde in de bediening”.

²¹⁶⁹ Zie ook *supra* voetnoot 2065.

²¹⁷⁰ Geeft dit uitdrukkelijk toe: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 214.

²¹⁷¹ J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 217-218. Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek kent overigens kwalitatieve aansprakelijkheid voor “ondergeschikten” (art. 6:170), voor “niet-ondergeschikte hulppersonen” (art. 6:171) en voor “vertegenwoordigers” (art. 6:172).

²¹⁷² In die zin: M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, 129. Theoretisch ligt cumulatie met de orgaantheorie nochtans moeilijker dan voor aanstellersaansprakelijkheid, omdat de orgaantheorie nu net ook geconceptualiseerd werd als eigen 1382-aansprakelijkheid. HOEKZEMA worstelt met dit probleem (J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 198-200). Hij kan theoretisch niet toegeven dat de orgaantheorie nog een afzonderlijk leerstuk blijft, en niet opgeslokt werd door het ruimere, enkel via verkeersopvattingen vormgegeven

Komt, met andere woorden, de autonome foutbeoordeling op grond van het autonome en naar verkeersopvattingen vormgegeven daderschap van de rechtspersoon niet gewoon *naast* de bestaande “burgerrechtelijke theorie” van de “afgeleide fout”? De fout van een orgaan of van een aangestelde leidt dan nog steeds tot aansprakelijkheid van de rechtspersoon, *onafhankelijk van de vraag* of de totale feitenconstellatie toelaat te zeggen dat de rechtspersoon naar verkeersopvattingen heeft gehandeld en of dit handelen autonoom op rechtspersoonlijk niveau getoetst een fout oplevert.²¹⁷³ Maar in dat geval heeft het nieuwe regime bijzonder weinig meerwaarde.

5.2. CUMULATIEVE WERKING: WEINIG MEERWAARDE

Als van cumulatieve werking moet worden uitgegaan, heeft de berg – zeker naar Belgisch recht – een muis gebaard. Dit wordt nu toegelicht enerzijds wat aansprakelijkheid van de rechtspersoon betreft (*infra* 5.2.1), en anderzijds wat persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders betreft (*infra* 5.2.2).

5.2.1. Wat aansprakelijkheid van de rechtspersoon betreft

562. Een merkwaardig kenmerk van de bijdrage van VANANROYE, is dat het hem in wezen vooral om persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders te doen lijkt (zowel intern als extern).²¹⁷⁴ Alleen wordt hiervoor eerst een nieuwe theorie over aansprakelijkheid van de rechtspersoon uitgetekend. Maar als “autonome” aansprakelijkheid op grond van verkeersopvattingen naast het bestaande “afgeleide” of “indirecte” systeem moet werken, is specifiek wat aansprakelijk van de rechtspersoon betreft, de meerwaarde van zo veel nieuwe, ongeteste en complexe

juridische handelingsbegrip. Maar hij voelt aan dat het “*wegens praktische redenen*” nuttig kan zijn te zeggen dat minstens wat organen doen toch wel steeds als eigen gedrag van de rechtspersoon heeft te gelden. Dat dit niettemin theoretisch moeilijk ligt, blijkt doordat hij steeds de kwalificatie “in beginsel” toevoegt. Het spanningsveld culmineert in de uitspraak dat gedragingen van organen “*in beginsel altijd*” gelden als die van de rechtspersoon (p. 199). “In beginsel” en “altijd” trekken hier in tegengestelde richting.

²¹⁷³ Vanzelfsprekend is deze interpretatie van VANANROYE's bijdrage niet. Niet enkel omwille van de sterke uitspraken *contra* de “afgeleide fout” en de bestaande “burgerrechtelijke theorie”. Ook omdat VANANROYE minstens voor organen uitdrukkelijk de mogelijkheid aangeeft dat een gedrag in eigen hoofde foutief is, naar verkeersopvattingen aan de rechtspersoon wordt toegerekend, en in hoofde van de rechtspersoon niet foutief blijkt. Puur binnen de logica van het systeem, zou dat dan ook voor aangestelden moeten gelden (maar ontstaat dus een openlijk conflict met art. 1384, lid 3 B.W.). Een andere mogelijkheid is dat VANANROYE beoogt cumulatie tussen verkeersopvattingen en het bestaande systeem te beperken tot aangestelden. Gedrag van organen is dan voortaan *wel* enkel via verkeersopvattingen toe te rekenen. Dit levert heel wat vragen op, niet in het minst omdat de leer het onderscheid tussen organen en aangestelden net doorbreekt. Omdat de keuzes hieromtrent in de tekst niet worden geëxpliciteerd, lijkt het weinig zinvol hierop *in abstracto* in te gaan.

²¹⁷⁴ Illustratief: M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, 129.

theorievorming bijzonder klein. Het verschil tussen beide regimes is grotendeels theoretisch van aard.²¹⁷⁵ Er lijken naar Belgisch recht bijzonder weinig gevallen denkbaar waarin het vereiste van de lichtste fout – of zelfs de objectief onrechtmatige daad – van minstens één persoon binnen de organisatie niet toelaat het gewenste rechtspersoonlijke aansprakelijkheidsniveau te halen. Zeker als die fout proces- en bewijsmatig anoniem mag blijven. Zo lang verkeersopvattingen effectief foutaansprakelijkheid blijft – en niet afglijdt naar “toerekening” op grond van de *schijn van aansprakelijkheid* – zal de overgrote meerderheid der gevallen even goed en gemakkelijker op een desnoods anonieme fout van mensen binnen de organisatie kunnen steunen.

563. Om hier toch wat speelruimte te creëren, moet VANANROYE veel te hard wrikken aan een minstens voor het *algemene foutcriterium* van artikel 1382-1382 B.W.²¹⁷⁶ al te kunstmatige opsplitsing van hoedanigheden tussen de rechtspersoon en mensen binnen de organisatie: enkel de rechtspersoon is eigenaar, verhuurder, fabrikant, werkgever, enzovoort.²¹⁷⁷ Het gedrag van een *bestuurder* van een rechtspersoon-verhuurder, -eigenaar, enzovoort kan, zo moet de redenering dan luiden, niet zomaar worden getoetst aan dat van een normaal voorzichtig en redelijk verhuurder, eigenaar, fabrikant, enzovoort. In de Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidstraditie levert dit weinig speelruimte op omdat de fout grotendeels *in abstracto* wordt beoordeeld, alle relevante (externe) feitelijke omstandigheden al bij de onrechtmatigheidstoets worden betrokken.²¹⁷⁸ De bankier wordt beoordeeld als bankier, ook al is hij niet zelf als bankinstelling ingeschreven. Als de zaakvoerder van een BVBA die winkelruimtes verhuurt, nakende werken verzwijgt tijdens de onderhandelingen met een toekomstige huurder²¹⁷⁹, is het feit dat enkel de BVBA bij contractssluiting “verhuurder” wordt, echt geen probleem om een zinvolle precontractuele – en dus de *lege lata* buitencontractuele – gedragsnorm voor de bestuurder te bepalen.²¹⁸⁰ Die vraag moet niet kunstmatig worden gecompliceerd via een constructie die meebrengt dat de bestuurder niet als verhuurder zou kunnen worden getoetst, en de rechtspersoon eerst het niet-foutieve gedrag (waaronder de kennis) van de bestuurder “materieel” als eigen

²¹⁷⁵ “Het belangrijkste verschil tussen de kwalitatieve aansprakelijkheid en de vereenzelvigingsleer is de manier waarop de aansprakelijkheid wordt geconstrueerd”: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 83.

²¹⁷⁶ Dus niet gesteund op inbreuk op specifieke regel.

²¹⁷⁷ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 766, 772 en 775.

²¹⁷⁸ Zie ook *supra* p. 471 e.v.

²¹⁷⁹ Het voorbeeld wordt gebruikt bij: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 778. Het is ontleend aan: Cass. 16 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 303, *T.B.H.* 2002, 698, noot C. GEYS, *R.W.* 2002-03, 340, *R.P.S.* 2001, 348.

²¹⁸⁰ Het probleem specifiek in deze feitenconstellatie is vooral dat als een partij bij een overeenkomst *die tot stand kwam*, zich nadien over de contractuele afspraken beklagt omdat hem in de precontractuele fase bepaalde informatie zou zijn onthouden, de zaak een wel heel contractueel kleurtje krijgt. Maar dit is een gemeenrechtelijk probleem, dat zich evengoed buiten elk rechtspersoonlijk verband voordoet. Zie ook *supra* voetnoot 468.

moet kunnen worden toegerekend om vervolgens bij de rechtspersoon autonome juridische toetsing van dit gedrag als “verhuurder” toe te laten.²¹⁸¹ Dit soort oefeningen helpt ongetwijfeld de nood aan autonome foutaansprakelijkheid van rechtspersonen aan de man te brengen, maar heeft weinig uitstaans met de manier waarop naar Belgisch recht aan foutbeoordeling wordt gedaan. Veralgemening van de redenering zou trouwens in heel wat domeinen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wel eens tot onaangename verrassingen leiden.

Voor sommige specifieke rechtsregels slaagt die opsplitsing wel.²¹⁸² Maar net dan behoeft het resultaat niet meer verklaring dan het feit dat de toepassingsvoorwaarden van de regel zich in hoofde van de rechtspersoon verenigden. Toerekening “als eigen” van niet-foutief gedrag van mensen, dat vervolgens als eigen rechtspersoonlijk gedrag onder de regel wordt getoetst, is niet nodig.

564. Het is dan ook niet duidelijk welke meerwaarde deze bijzonder complexe extra laag in de rechtspersoonlijke aansprakelijkheidsdogmatiek moet bieden. Wat aansprakelijkheid van de rechtspersoon betreft, worden vandaag geen schreeuwende lacunes vastgesteld. De orgaantheorie bevat er weliswaar een aantal, maar die worden nu net goeddeels weggewerkt door bestuurders *de facto* als aangestelden te behandelen.²¹⁸³ VANANROYE had trouwens zelf van bij aanvang het grootste probleem op dit stuk gekantonneerd, door voor doeleinden van zijn betoog individuele bestuurders “orgaan” te noemen.²¹⁸⁴ Maar wat is dan, wat aansprakelijkheid van de rechtspersoon betreft, exact het *Belgische* probleem dat het door hem geroemde *Nederlandse* leerstuk moet aanpakken?

565. Het is steeds opletten als buitenlandse leerstukken om eerder conceptuele redenen enthousiasme opwekken. In Nederland verklaren twee specifieke elementen waarom de oplossing minstens aan een rechtsdogmatische nood beantwoordt.

In de eerste plaats, wordt voor foutaansprakelijkheid *in de wettekst zelf* een duidelijk rechtsdogmatisch onderscheid gemaakt tussen onrechtmatigheid van de gedraging en toerekenbaarheid aan de dader (art. 6:162 Nederlands B.W.). Voor een “gewone” fout moet zowel onrechtmatigheid van de gedraging *in abstracto* als toerekenbaarheid aan de dader op grond van subjectieve schuld *in concreto* aanwezig zijn. Onervarenheid, onkunde, vergissingen of gemoedsbewegingen die het objectieve gedrag *in abstracto* niet rechtmatig maken, kunnen leiden tot afwezig-

²¹⁸¹ Waarna het mogelijk blijft dat de bestuurder ook zelf een fout beging, als hij zelf als “bestuurder van een rechtspersoon-verhuurder” een algemene zorgvuldigheidsplicht jegens het slachtoffer heeft geschonden (J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 777). Om die laatste fout met ons huidig begrippenkader *afzonderlijk* in te vullen, zullen nieuwe hoogtes (of dieptes) van scholastiek moeten worden verkend.

²¹⁸² Dan nog mag dit niet worden overdreven: zie *supra* p. 471 e.v.

²¹⁸³ Wat in Hoofdstuk 2 *supra* vanaf p. 331 aanleiding gaf tot een pleidooi om dit ook *de jure* te doen. Zie ook verder in de tekst: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 784.

²¹⁸⁴ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 757.

heid van subjectieve verwijtbaarheid en dus schuld *in concreto*.²¹⁸⁵ Dit maakt het speelveld voor de “gewone” fout veel kleiner dan in de Frans-Belgische traditie het geval is.²¹⁸⁶ Maar de kleine voordeur komt natuurlijk met een grote achterdeur. Als schuld bij de dader afwezig is, zo bepaalt het Nederlandse wetsartikel, kan de onrechtmatige daad hem ook worden toegerekend als die te wijten is aan een oorzaak die krachtens de *wet*²¹⁸⁷ of *in het verkeer geldende opvattingen*²¹⁸⁸ voor zijn rekening komt. Een “echt” subjectief schuld criterium met tanden wordt dus gecompenseerd door een breed gespannen opvangnet. Het nieuwe artikel 6:162 Nederlands B.W. hoopte wellicht vooral een meer transparante dogmatiek te hanteren, zonder de bestaande aansprakelijkheidsdekking te willen inperken of uitbreiden.²¹⁸⁹ Maar net waar de onrechtmatige daad in de uitvoering van een opdracht voor een ander werd begaan, ontstaat wat frictie. De daad kan vanuit de (professionele) functie van de dader onrechtmatig zijn *in abstracto*, maar zal hem *in concreto* niet noodzakelijk subjectief verwijtbaar zijn.²¹⁹⁰ Hoe groter de organi-

²¹⁸⁵ C. ASSER en A. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, 87 e.v. “Echte” rechtvaardigingsgronden zoals noodweer, onoverwinnelijke dwaling of bevel van de overheid nemen objectieve onrechtmatigheid weg. Maar als zij die drempel niet halen, zoals bij noodweerecces, niet-onoverwinnelijke maar wel *verontschuldigbare* dwaling of *onbevoegd* bevel van de overheid, kunnen zij subjectieve schuld wegnemen.

²¹⁸⁶ Een uniform en algemeen foutbegrip, anderzijds, leidt bijna onweerstaanbaar tot grotendeels abstracte beoordeling: G. VINEY en P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 402. Het alternatief is “*encourager la négligence et la dissimulation*” (p. 401). Zie ook *supra* p. 456 e.v.

²¹⁸⁷ Niet te verwarren met de rol van de wet bij het bepalen van de onrechtmatigheid (bij inbreuk op wettelijke regel). Toerekening van een onrechtmatige daad aan de dader krachtens de wet slaat hier vooral op geestelijke en lichamelijke tekortkomingen die subjectieve schuld wegnemen. Zie C. ASSER en A. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, 95. Er wordt dan ook verder geen aandacht aan besteedt.

²¹⁸⁸ Niet te verwarren met de leer der verkeersopvattingen die hier wordt behandeld, namelijk de jurisprudentiële theorie over de vraag of gedrag van een ander als eigen gedrag heeft te gelden. In art. 6:162, lid 3 Nederlands B.W. gaat het om toerekenbaarheid van een onrechtmatige daad aan de dader van die daad. Zie: J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 94 en 173. Illustratief is ook: C. SIEBURGH, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, 197-245, die een grondige studie wijdt aan toerekening krachtens verkeersopvattingen onder art. 6:162, lid 3, maar op het Babbelaarrest niet ingaat. Via de orgaantheorie of het Babbelcriterium wordt bepaald of een rechtspersoon dader is van een onrechtmatige daad, niet of die hem toerekenbaar is.

²¹⁸⁹ C. ASSER en A. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, 99-100. Daarbij is wel van belang dat het rechtsdogmatische probleem in Nederland vooral voortkwam uit het feit dat oorspronkelijk, met de vertaling van art. 1382 van de *Code Civil*, voor “onrechtmatige daad” en niet voor “daad” werd gekozen. Hierdoor bevatte de tekst een uitdrukkelijke tweeledigheid tussen de “onrechtmatige daad” en de “schuld” die in het Frans-Belgische recht ontbreekt. En omdat toerekening buiten schuld nog niet uitdrukkelijk mogelijk was, leidde dit onvermijdelijk tot zodanige abstrahering dat het schuld begrip van het onrechtmatigheidsbegrip niet te onderscheiden was en door velen nutteloos werd geacht. Het rechtsdogmatische voordeel van het nieuwe wetsartikel is dan dat het niet meer nodig zou zijn “*het begrip schuld tot in het extreme te rekken*” (p. 99). Maar de discussie is met het nieuwe B.W. geenszins beëindigd. Zie over dit alles uitgebreid: C. SIEBURGH, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, 37 e.v. en 147 e.v.

²¹⁹⁰ De net gepromoveerde personeelschef, bijvoorbeeld, handelt objectief en in abstracto beoordeeld onrechtmatig (van een normaal voorzichtig en redelijk personeelschef mocht een ander

satie, hoe groter die kans wordt. Anderzijds verwijst het nieuwe wettelijk vangnet voor toerekening *buiten* subjectieve schuld van de dader uitdrukkelijk naar de vraag of de onrechtmatige daad maatschappelijk gezien *voor zijn rekening* moet komen. Bij opdrachten voor rekening van een ander, en nadat per definitie eerst persoonlijke subjectieve *onschuld* werd vastgesteld (zo niet moest de oefening van toerekening naar verkeersopvattingen niet worden aangevat), wordt dit veel moeilijker. “Naar verkeersopvattingen” zal de rekening voor het objectief onrechtmatige maar niet subjectief schuldige gedrag meestal wel in de eerste plaats aan de opdrachtgever behoren te worden gepresenteerd. Zeker als die een grote organisatie met rechtspersoonlijkheid is. Maar die laatste is natuurlijk onder artikel 6:162 N.B.W. geen *dader* van de onrechtmatige daad, zodat de vraag of deze hem naar verkeersopvattingen kan worden toegerekend zelfs niet aan de orde komt.

Op dit punt komt een tweede beperking van de Nederlandse aansprakelijkheidsdogmatiek op de proppen. Aansprakelijkheid voor ondergeschikten²¹⁹¹ vereist in de Nederlandse wet *uitdrukkelijk* dat de ondergeschikte een *fout* beging, “*dus zelf uit art. 162 aansprakelijk is*”,²¹⁹² Voor de op schuld gebaseerde fout betekent dit dan, in het licht van wat net werd toegelicht, onvermijdelijk dat zijn gedrag niet enkel *in abstracto* onrechtmatig moet zijn, maar hem ook *in concreto* subjectief verwijtbaar is. Voor de via verkeersopvattingen toegerekende fout, betekent dit dat het onrechtmatige gedrag te wijten moet zijn aan een oorzaak die in het maatschappelijke verkeer *voor rekening van de ondergeschikte* komt. Als hij in het kader van de rechtspersoonlijke activiteit optrad, onrechtmatig handelde, maar niet subjectief schuldig is, kan dit een uitdaging zijn. Naar Belgisch recht is dit probleem veel beperkter. Niet alleen is het algemene foutbegrip al grotendeels objectief en abstract, wat het probleem zelfs onder de orgaantheorie en beperkt tot bestuurders nuanceert.²¹⁹³ Als bovendien bestuurders in het neoklassieke regime dat hier wordt bepleit, aangestelden zijn, verdwijnt het zo goed als volledig van de radar. Artikel 1384, lid 3 B.W. verwijst niet uitdrukkelijk naar de *fout* van de aan-

gedrag worden verwacht), maar gelet op zijn onervarenheid en de omvang van de organisatie is dit gedrag hem subjectief en in concreto niet verwijtbaar.

²¹⁹¹ Over het feit dat het Nederlandse recht ervoor koos het potentieel ruimere begrip *aangestelden* door het potentieel beperktere begrip *ondergeschikten* te vervangen (maar dat dit de uitholling van ondergeschiktheid inhoudelijk niet tegenhield, zoals de vrij onproblematische toepassing op bestuurders bewijst): zie *supra* 420 e.v. Ook hier werd vervolgens met het nieuwe B.W. dezelfde wetgevingstechniek gehanteerd. Naast aansprakelijkheid voor ondergeschikten (art. 6:170) kwamen uitdrukkelijke wetsartikels met aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikte hulpverleners (art. 6:171) en voor vertegenwoordigers (art. 6:172). Dit hield de inhoudelijke uitholling van het ondergeschiktheidsvereiste niet tegen, deels wellicht omdat de andere twee wetsartikels striktere voorwaarden bevatten.

²¹⁹² C. ASSER en A. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, 157.

²¹⁹³ Omdat de orgaantheorie eigen foutaansprakelijkheid conceptualiseert, en de veroordeling op art. 1382-1383 B.W. steunt op *een* fout niet te vermijden, wat via organieke incarnatie en in de juridisch-technische realiteitsleer van MICHOUX dan een fout van het orgaan werd. Voor art. 1384, lid 3 B.W. is dit conceptueel minder noodzakelijk, omdat de aansprakelijkheid hoe dan ook objectief is.

gestelde maar naar *schade veroorzaakt in de bediening*.²¹⁹⁴ En zelfs *echt* subjectieve aspecten die onder artikel 1382-1383 B.W. wel een rol spelen (vooral ontoerekeningsvatbaarheid/schuldonbekwaamheid) worden volgens de meerderheidsopvatting bij toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. aan de kant geschoven via de *objectief onrechtmatige daad*.²¹⁹⁵ Dus hoe *functioneler* of “*rechtspersoonlijker*” een onrechtmatige daad van een aangestelde wordt, hoe *moeilijker* hij in Nederland via artikel 6:170 tot aansprakelijkheid van de rechtspersoon leidt, en hoe *gemakkelijker* hij in België via artikel 1384, lid 3 B.W. tot ditzelfde resultaat leidt. In Nederland dicht de idee dat de *onrechtmatige daad* die geen *persoonlijke fout* is en dus niet tot kwalitatieve aansprakelijkheid van de rechtspersoon kan leiden, wel als eigen onrechtmatige daad van de rechtspersoon te gelden heeft, dan theoretisch een zekere kier in de aansprakelijkheidsdekking.²¹⁹⁶ En zelfs dan nog besluit HOEKZEMA aan het einde van een studie waarin hij *voluit* de kaart van het autonome ouderschap via verkeersopvattingen trekt, dat door de cumulatieve werking met kwalitatieve aansprakelijkheid voor andermans daad, het onderscheid meestal “*praktisch geen verschil zal maken*”.²¹⁹⁷ Naar Belgisch recht geldt dit exponentieel. Wat aansprakelijkheid van de rechtspersoon betreft, herleidt dit de leer van VANANROYE zonder meer tot “*a solution in search of a problem*”.

566. Tegenover die zeer beperkte meerwaarde staan heel wat gevaren. De nieuwe leer heeft geen duidelijk positiefrechtelijk ankerpunt en loopt sterk het risico een ongeleid projectiel te worden. Net omwille van de “*copernicaanse*”²¹⁹⁸ ambities, is vlotte samenwerking met het huidige “indirecte” systeem absoluut niet gegarandeerd, zelf al wordt cumulatieve werking uitdrukkelijk aanvaard. Als dezelfde feiten – bijvoorbeeld gedragingen van aangestelden – onder verkeersopvattingen niet noodzakelijk als eigen gedrag van de rechtspersoon gelden, en zelfs moest dit zo zijn niet noodzakelijk een autonome rechtspersoonlijke fout opleveren, terwijl ze als (objectief) onrechtmatige daad onder artikel 1384, lid 3 B.W. wel tot zijn objectieve aansprakelijkheid moeten leiden, dan lijkt dit zelfs in het gunstigste licht bekeken tot delicate evenwichtsoefeningen te moeten leiden. Qua rechtsdogmatische robuustheid is dit niet veelbelovend. Verrassende en onaangename repercurties op de gekende aansprakelijkheidsmechanismen zijn dan niet uit te sluiten.²¹⁹⁹ Ook het moeilijke maar theoretisch cruciale onderscheid tussen

²¹⁹⁴ Zie *supra* p. 474 e.v.

²¹⁹⁵ Zie *supra* voetnoot 1920 e.v.

²¹⁹⁶ Op de vraag of de bijkomende stap die HOEKZEMA met de overgang van ouderschap van die *onrechtmatige daad* naar een *autonoom* juridische handelingsbegrip dan zet naar Nederlands recht een aanwinst is, wordt hier niet ingegaan.

²¹⁹⁷ J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 211, voetnoot 2.

²¹⁹⁸ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 768.

²¹⁹⁹ Als eigen rechtspersoonlijk gedrag naar verkeersopvattingen theoretisch zo centraal wordt gesteld, zal de rechter dan bijvoorbeeld nog wel zo gemakkelijk geneigd zijn de rechtspersoon aansprakelijk te houden voor een zware fout van een aangestelde die slechts onrechtstreeks

materiële toerekening (of gedragsconstructie) naar verkeersopvattingen en “gewone” foutbeoordeling volgens artikel 1382-1383 B.W. is weinig robuust. In de dagelijkse rechtsbeoefening kan dit snel als een pudding in mekaar zakken. De weg van de minste weerstand zal het systeem doen afglijden naar *aansprakelijkheid* op grond van verkeersopvattingen. De rechtspersoon is dan aansprakelijk omdat de rechter van oordeel is dat dit “naar verkeersopvattingen” zo moet zijn *en mag dit ook als zodanig motiveren*. Over de vraag of dit nog een rechtsregel is kan misschien nog worden gedebatteerd, maar dat het met artikel 1382-1383 B.W. niet veel uitstaans meer heeft, is duidelijk. De hele omweg via autonome foutbeoordeling van naar verkeersopvattingen als eigen te gelden rechtspersoonlijk gedrag kan dan worden begraven, en daarmee meteen ook steun in artikel 1382-1383 B.W. De rechter kan gewoon zonder enige beperking selecteren uit alle feitelijke elementen van de zaak, hoeft hierin niet aan te duiden wat als “eigen gedrag” kan gelden en wat niet, en moet enkel opletten op het einde te concluderen dat de feitenconstellatie “een fout” oplevert. Artikel 1382-1383 B.W. is dan niet meer herkenbaar. Overigens is het de vraag wat uitbreiding van deze “lezing” van artikel 1382-1383 B.W. tot natuurlijke personen in de weg staat. Tot nader order lijkt dit echter – zeer terecht – niet wat VANANROYE verdedigt.

5.2.2. Wat persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders betreft

A. Externe aansprakelijkheid

567. Autonome foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon op grond van verkeersopvattingen, dient bij VANANROYE in wezen minder om grote problemen met aansprakelijkheid van de rechtspersoon aan te pakken, dan om persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders te nuanceren. Maar dan wordt zijn nieuw systeem voor aansprakelijkheid *van de rechtspersoon* een wel heel complexe omweg. Het is er VANANROYE met die omweg vooral om te doen de buitencontractuele “foutidentiteit” waartoe de orgaantheorie leidt, te doorbreken. Hij wil nuanceren dat aansprakelijkheid van de rechtspersoon en aansprakelijkheid van zijn bestuurders communicerende vaten zijn. Maar zelfs onder gelding van de orgaantheorie wordt dit probleem wat overdreven. Het grootste deel van de nuance die VANANROYE beoogt, volgt al uit een duidelijker onderscheid tussen de *fout* van de rechtspersoon, en zijn *aansprakelijkheid*.²²⁰⁰ Binnen het ruimere onrechtmatige daadsrecht van toepassing op rechtspersonen – zeker van privaatrecht – maakt zelfs onder de orgaantheorie het aantal gevallen waarin aansprakelijkheid van de rechtspersoon uit een *fout van een orgaan* volgt, de minderheid uit. Hoe groter de

met de bediening verband houdt *zelfs al blijft artikel 1384, lid 3 B.W. in theorie onaangetast?* Zeker als hij eerst de oefening naar verkeersopvattingen heeft gedaan en tot niet-aansprakelijkheid heeft besloten.

²²⁰⁰ Zie ook *supra* p. 490 e.v.

rechtspersoonlijke activiteit en – organisatie, hoe kleiner die kans. Het is niet omdat de rechtspersoon *aansprakelijk* is, dat die aansprakelijkheid via een *fout* van een orgaan liep.²²⁰¹ Het is zelfs niet omdat de rechtspersoon aansprakelijk is op grond van *foutief gedrag* van mensen binnen zijn organisatie – eventueel anoniem – dat die aansprakelijkheid via een fout van een orgaan liep. De betrokkenen kunnen aangestelden zijn en dan is de rechtspersoon objectief aansprakelijk. Enkel bij 1382-aansprakelijkheid die steunt op *foutief bestuursoptreden* kan het eventueel (onder de orgaantheorie) om foutaansprakelijkheid gaan. Er is dus geen enkele reden om uit de vaststelling dat in heel wat gevallen *aansprakelijkheid* van de rechtspersoon vaststaat, terwijl maar in een kleine minderheid – meestal na insolventie – de afzonderlijke vraag naar een *eigen fout* van bestuurders wordt gesteld²²⁰², af te leiden dat het hele systeem nu ongemerkt naar een nieuw regime van “autonome” *fout* van de rechtspersoon is geëvolueerd. Als dit dan vooral moet dienen om te verklaren waarom bestuurders niet automatisch een buitencontractuele *fout* jegens derden begingen omdat de rechtspersoon *aansprakelijk* is, lijkt het wat met een kanon op een mug schieten.

Zeker nu een aantal van VANANROYE's zeer correcte vaststellingen in het domein van persoonlijke bestuurdersaansprakelijkheid net goed passen binnen het hier verdedigde standpunt dat de resterende problemen *bij de orgaantheorie* liggen, en niet bij een opnieuw meer op het gemeen recht gesteund *neoklassiek regime* waarin bestuurders *aangestelden* van de rechtspersoon zijn.²²⁰³ Wat dit in grote lijnen betekent voor externe aansprakelijkheid van bestuurders, werd al toegelicht.²²⁰⁴ In zulk regime is eigen foutaansprakelijkheid als algemene regel – en behoudens bijzondere wettelijke afwijkingen²²⁰⁵ – door het slachtoffer individueel en op grond van artikel 1382-1383 B.W. te bewijzen ten aanzien van elk aangesproken rechtssubject (bestuurder) afzonderlijk. Op de omweg van soms al te technische opsplitsing tussen hoedanigheden bij de rechtspersoon en bij zijn bestuurders na²²⁰⁶, is dit in wezen ook wat VANANROYE verdedigt. Want net waar verkeersopvattingen een belangrijk theoretisch verschil zou kunnen maken – “absorptie” van persoonlijke externe aansprakelijkheid – houdt de auteur vast aan een vrij klassieke oplossing. Zelfs waar de daad naar verkeersopvattingen

²²⁰¹ Het klopt dat de orgaantheorie op dit punt zelf verwarring zaait door haar historische wortels en haar tomeloze theoretische ambities. Maar vandaag valt dit niet meer te ontkennen (zie *supra* p. 319 e.v. en ook voetnoot 1961).

²²⁰² Dit is, na substitutie van “fout” door “aansprakelijkheid”, VANANROYE's uitgangspunt: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 757.

²²⁰³ Zie *supra* p. 514 e.v.

²²⁰⁴ Zie *supra* p. 487 e.v.

²²⁰⁵ Zoals bijvoorbeeld met hoofdelijke aansprakelijkheid voor schending van vennootschappenwet of statuten (art. 263, 408 en 528 W.Venn.).

²²⁰⁶ Die overigens op minstens één plaats vooral een weinig enthousiaste poging tot rationalisering van het resultaat van Cass. 16 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 303, *T.B.H.* 2002, 698, noot C. GEYS, *R.W.* 2002-03, 340, *R.P.S.* 2001, 348 lijkt (J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 777-778).

rechtspersoonlijk is (of hij nu voor de rechtspersoon foutief is of niet), blijft de bestuurder individueel aanspreekbaar door derden volgens normale foutbeoordeling. Dit betekent dus, in tegenstelling tot in Nederland, dat het niet nodig is aan te tonen dat die daad is te wijten aan hetzij de subjectieve schuld van de bestuurder, hetzij aan een oorzaak die naar verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Het volstaat, op voorwaarde dat de bestuurder niet in een toestand van ontoerekeningsvatbaarheid sukkelde, dat de daad *in abstracto* foutief is, ook al levert de rechtspersoonlijke context veel van de ammunities die toelaat de daad onrechtmatig te noemen. Het heikele punt is gemeenrechtelijk steeds dat gedrag dat *vooral* vanuit een bepaalde opdracht of functie bekeken foutief is, in theorie ook tot persoonlijke externe aansprakelijkheid van de dader kan leiden, terwijl *moest een keuze noodzakelijk zijn*, eerder voor aansprakelijkheid van de opdrachtgever zou worden gekozen. Maatschappelijk gezien (“naar verkeersopvattingen”), behoren ze eerder tot de risicosfeer van de opdrachtgever dan van de opdrachthouder. Het Belgische *buitencontractuele* aansprakelijkheidsrecht dwingt het slachtoffer – terecht – niet tot die keuze, althans niet op gemeenrechtelijke niveau.²²⁰⁷ Zelfs de orgaantheorie heeft dit niet veranderd, ondanks de theoretische incoherentie die hierdoor ontstaat.²²⁰⁸ Ook VANANROYE wil dit niet veranderen, ondanks het feit dat *naar verkeersopvattingen* de daad *enkel* aan de rechtspersoon wordt toegerekend.²²⁰⁹ Anderzijds creëert ook hier de Copernicaanse retoriek van nieuwe systeem risico’s op onprettige verassingen. De orgaantheorie liet makkelijk schizofrenie toe: de daad “is” weliswaar die van de rechtspersoon, maar ze “is” toch duidelijk ook die van de fysieke dader. Maar als een daad omwille van verkeersopvattingen als een daad van een ander te gelden heeft, is dit misschien vooral omdat ze *niet* als daad van de betrokkene te gelden heeft. Maatschappelijk gezien behoort ze in de eerste plaats tot de risicosfeer van de rechtspersoon. Net omdat de orgaantheorie zo kunstmatig is, blijft ze makkelijk te doorprikken. Verkeersopvattingen is complexer en subtieler, maar daardoor ook gevaarlijker en minder robuust.

B. Intern verhaal

568. Zelfs met de blanke – volgens sommigen zwarte²²¹⁰ – pit van eerder functionele fouten waarvoor bestuurders *jegens derden* buitencontractueel aansprakelijk blijven, betekent dit in een neoklassiek gemeenrechtelijk regime niet dat zij

²²⁰⁷ Zie *supra* p. 487 e.v.

²²⁰⁸ Zie *supra* p. 387 e.v.

²²⁰⁹ Voor de materiële dader blijft het bij “*le fait désigne l’agent*” (J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 771). De dader kan dus niet argumenteren dat hij weliswaar materieel gehandeld heeft, maar dat dit naar verkeersopvattingen niet als zijn eigen handelen heeft te gelden. Hij moet aantonen waarom zijn handelen getoetst onder art. 1382-1383 B.W. niet *foutief* is.

²²¹⁰ Zie *supra* p. 388 e.v. voor de opvatting van TILQUIN en SIMONART.

hiervoor – zelfs juridisch²²¹¹ – ultiem de kost moeten dragen in hun *interne verhouding* met de rechtspersoon.²²¹² Het standpunt dat VANANROYE op dit punt verdedigt, kan zonder probleem worden bijgetreden. Alleen heeft dit zelfs in zijn eigen argumentatie nog weinig te maken met de nieuwe leer over externe buitencontractuele aansprakelijkheid *van de rechtspersoon*. Inzake aansprakelijkheid van de rechtspersoon en externe persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders maakte die, zoals net bleek, nog een theoretisch verschil, al stond de meerwaarde absoluut niet in verhouding met de complexiteit van de nieuwe theorievorming en hield die bovendien aanzienlijke risico's in. Maar wat betreft intern verhaal tussen rechtspersoon en bestuurders is zelfs deze *theoretische* rol afwezig. De vraag wordt terecht in de “interne” contractuele verhouding tussen bestuurder en rechtspersoon geplaatst.²²¹³ Maar daarmee is meteen ook het hele nieuwe buitencontractuele toerekeningsmechanisme van de radar verdwenen. De draagplicht steunt niet op dissociatie van de buitencontractuele fout jegens derden van rechtspersoon enerzijds en bestuurders anderzijds, maar op dissociatie van de buitencontractuele verhouding met derden enerzijds en de contractuele verhouding tussen partijen anderzijds. Het is niet omdat de rechtspersoon *wel* een – ditmaal “echt” – eigen buitencontractuele 1382-fout jegens derden beging op grond van via verkeersopvattingen als eigen geldend gedrag, en de bestuurder *niet*, dat de rechtspersoon soms geen verhaal heeft. Het is omdat de bestuurder geen *contractuele* fout beging jegens de rechtspersoon. Want zelfs als de bestuurder *wel* ook een eigen buitencontractuele fout jegens derden beging, is die niet noodzakelijk een *contractuele* fout en is er dus niet noodzakelijk intern verhaal.²²¹⁴ En logischerwijze geldt dit – net zoals in een neoklassiek regime – evengoed omgekeerd. Het is niet omdat de bestuurder *geen* eigen buitencontractuele fout jegens derden beging en de rechtspersoon naar verkeersopvattingen wel, dat de bestuurder *contractueel* vrijuit gaat. Dezelfde analyse kan worden overgedaan voor het verhaal van de bestuurder op de rechtspersoon. Verkeersopvattingen komen in heel die interne contractuele beoordeling niet tussen. De omweg via het nieuwe regime voor *rechtspersoonlijke* buitencontractuele aansprakelijkheid wordt zelfs niet gebruikt. Het is dus zeker niet op het vlak van interne verhaalsrechten dat de meerwaarde ervan moet worden gezocht.

569. En opnieuw is de vraag of – zelfs louter theoretisch bekeken – de nieuwe leer het bestaande begrip niet vertroebelt. De contractuele analyse gebeurt niet in een buitencontractueel vacuüm. Begrip van de buitencontractuele regresverhou-

²²¹¹ Dus afgezien van economische redenen waarom de kost bij de rechtspersoon belandt, zoals het feit dat hij zijn regres *de facto* niet uitoefent, of de premies van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering betaalt.

²²¹² Dit werd uitgewerkt *supra* p. 497 e.v.

²²¹³ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 781-782.

²²¹⁴ Een buitencontractuele fout “*par excès de zèle*”: J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 782.

ding is nodig als achtergrond van de contractuele analyse. Voor aanstelling is die duidelijk: regres *pro toto*.²²¹⁵ Voor de orgaantheorie zoals die *de facto* wordt toegepast ook, als is dit niet coherent met de theorie.²²¹⁶ Maar in de leer van VANANROYE niet. Wat is de *buitencontractuele* regel voor regres van de rechtspersoon die op grond van artikel 1382-1382 B.W. werd veroordeeld voor naar verkeersopvattingen als eigen geldend gedrag op de bestuurder wiens materiële handelingen per hypothese de schade hebben veroorzaakt? VANANROYE lijkt aan te geven dat dit aansprakelijkheidsverdeling zou moeten zijn, maar verlaat dan snel die buitencontractuele weg voor de – terechte – contractuele nuance.²²¹⁷ Hierdoor echter, wordt het buitencontractuele achtergrondregime nooit duidelijk. De auteur lijkt van oordeel dat de bestuurder zelfs *buitencontractueel* bekeken, niet noodzakelijk de *volledige* draagplicht heeft in verhouding tot de rechtspersoon. Dit klinkt genuanceerd, maar in wezen gaat het systeem verder dan dit. Vanuit louter buitencontractueel oogpunt kan de rechtspersoon logischerwijze *nooit* nog integraal regres halen. De rechtspersoon beging immers een 1382-fout, en de nieuwe leer benadrukt net zeer sterk dat die ditmaal “echt” autonoom werd ingevuld. Minstens aansprakelijkheidsverdeling is steeds een logische noodzaak.²²¹⁸ Als remedie lijkt dit nog kunstmatiger dan de “kwaal” van het integrale regres.²²¹⁹

Maar de logica leidt nog verder. Afwezigheid van *enig* buitencontractueel regres wordt de algemene regel. De rechtspersoon werd jegens het slachtoffer autonoom op grond van artikel 1382-1383 B.W. veroordeeld, en de theorie gebruikt hiervoor nadrukkelijk *zelfs niet meer impliciet* de foutieve daad van de bestuurder die per hypothese materieel heeft gehandeld.²²²⁰ Als het slachtoffer ervoor kiest ook de bestuurder aan te spreken, en diens – autonome – buitencontractuele fout komt vast te staan, is aansprakelijkheidsverdeling vermoedelijk mogelijk (en noodzakelijk). Maar in die gevallen waarin de derde enkel de rechtspersoon aanspreekt – en zeker in de filosofie van VANANROYE is dit de meerderheid – is er in de procedure jegens de rechtspersoon over de buitencontractuele fout van de bestuurder *zelfs impliciet* geen uitspraak gedaan, ook al werd de rechtspersoon veroordeeld omdat een daad van de bestuurder naar verkeersopvattingen eigen werd genoemd (en op rechtspersoonlijk niveau beoordeeld foutief bleek). Om dan

²²¹⁵ Zie *supra* p. 352 e.v.

²²¹⁶ Zie *supra* p. 402 e.v. Ten onrechte dus: M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, 129 (voor wie regres *pro toto* voortvloeit uit de orgaantheorie, en slechts dankzij autonome foutaansprakelijkheid kan worden afgeblokt. Onder de orgaantheorie begaat de rechtspersoon echter ook al een eigen 1382-fout. Alleen werd het nooit aangedurfd hier op het stuk van het regres de logische conclusies uit te trekken).

²²¹⁷ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 781.

²²¹⁸ Lijkt in die richting te gaan (en dit een goede evolutie te vinden): M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, 129.

²²¹⁹ H. DE WULF en S. DE GEYTER, “Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers”, 160 (en ook p. 156-157).

²²²⁰ En in de logica van het autonome corporatieve daderschapsbegrip zelfs niet meer zijn materiële daad *qua* materiële daad. Zie *supra* p. 531 e.v.

op grond van een louter buitencontractuele analyse te bepalen of de rechtspersoon op die bestuurder regres heeft, moet worden uitgemaakt of de daad die naar verkeersopvattingen een daad van de rechtspersoon was en in zijn hoofde autonoom foutief, ook als materiële daad bekeken in hoofde van de bestuurder foutief was *jegens het slachtoffer*. Die oefening wordt nog bemoeilijkt doordat, om de autonomie van foutbeoordeling op rechtspersoonlijk niveau kleur te geven, muren werden gebouwd tussen hoedanigheden in hoofde van de rechtspersoon en in hoofde van zijn bestuurders. De precontractuele informatieplicht van de rechtspersoon-verhuurder werd beoordeeld op grond van naar verkeersopvattingen toegerekend gedrag (waaronder kennis over nakende werken) van de zaakvoerder tijdens de onderhandelingen, maar de zaakvoerder die de onderhandelingen voerde en de kennis bezat, werd *jegens de derde* anders getoetst, omdat hij niet in eigen naam “verhuurder” was.²²²¹ Om dus *louter buitencontractueel* te bepalen of de rechtspersoon regres heeft voor het zwijgen van zijn zaakvoerder tijdens de onderhandelingen dat als *zwijgen van de verhuurder* foutief was, moet autonoom worden bepaald of de zaakvoerder zelf hiermee als *zaakvoerder van een verhuurder-rechtspersoon* een *afzonderlijke* buitencontractuele zorgvuldigheidsnorm overtrad *jegens de derde*. Dit volgt niet meer minstens impliciet uit het feit dat de rechtspersoon werd veroordeeld (de verfoeide “afgeleide fout”), maar moet steeds een afzonderlijke en autonome oefening zijn. Nog afgezien van zware problemen van proceseconomie²²²², bereiken we hier de grens van wat een theoretisch systeem de rechtsdogmatiek mag aandoen. Het klopt dat deze analyse door de contractuele relatie zelden zal moeten worden gevoerd. De vraag zal doorgaans luiden of de bestuurder een contractuele fout beging. Die discussie past wel zeer goed in een procedure tussen bestuurder en rechtspersoon. Maar dit resultaat volgt evengoed uit het gemeen recht. De theorie van VANANROYE onderscheidt zich maar waar zij buitencontractueel tot heel andere denkpatronen leidt, en net die wekken bijzonder weinig enthousiasme op.

6. BESLUIT

570. Wie een echt autonoom systeem van foutaansprakelijkheid op rechtspersoonlijk niveau wil uitbouwen, via verkeersopvattingen of anderszins, moet leven met het feit dat *binnen dit systeem* de fout van mensen in de organisatie theore-

²²²¹ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 778.

²²²² Moet de rechtspersoon na veroordeling *jegens het slachtoffer*, in een daaropvolgende procedure waarin dit slachtoffer niet meer in het geding is, de autonome buitencontractuele fout van de zaakvoerder *jegens ditzelfde slachtoffer* aantonen? Dit lijkt weinig zinvol. Moet hij dan maar de zaakvoerder in het oorspronkelijke geding betrekken en actief helpen aantonen dat die een buitencontractuele fout *jegens het derde-slachtoffer* beging? Maar als cumulatie van het oude en het nieuwe systeem het uitgangspunt blijft, bewijst hij hiermee meteen zijn eigen aansprakelijkheid.

tisch niet meer volstaat voor aansprakelijkheid. Als de rechtspersoon uit fout aansprakelijk is voor zijn juridisch autonoom als eigen geconstrueerd gedrag, dan moet hij ook verweer ontlenen aan het feit dat het foutieve menselijke gedrag dat de schade veroorzaakte, juridisch niet automatisch het zijne is, en zeker niet automatisch foutief. In het Frans-Belgische systeem van foutbeoordeling *in abstracto*, zeker in combinatie met een zeer ruime aanstellersaansprakelijkheid, is dit niet enkel rechtsdogmatisch bijzonder moeilijk in te passen, het kan bovendien voor slachtoffers snel een vergiftigd geschenk worden. Het enige alternatief is cumulatieve werking van de nieuwe leer met het bestaande systeem aanvaarden.²²²³ Maar dan is de meerwaarde bijzonder ver te zoeken. De orgaantheorie had al een complexe, overbodige en incoherente laag toegevoegd aan een klassiek regime dat, mits erkenning van bestuurders als aangestelden, bijzonder goed tegen de taak opgewassen was. Het falen van de orgaantheorie is geen reden om bijkomend nog een radicaal nieuwe laag zonder positiefrechtelijke basis toe te voegen. Het komt er net op aan de logica van de grondlaag, het neoklassieke gemeenrecht, te herontdekken. Waar zich toch problemen voordoen, is het beter die met punctuele en welomschreven bijwijling van bestaande teksten en gekende principes aan te pakken, eerder dan steeds weer te vluchten in *“le recours à des concepts autonomes, certes séduisants, mais souvent incertains – et dont la reconnaissance peut avoir des effets incontrôlés”*.²²²⁴ Zou VANANROYE van dit neoklassieke en sterk op objectieve aansprakelijkheid gerichte project in wezen geen objectieve bondgenoot zijn?²²²⁵

571. Daarom ook is verwijzing naar het strafrecht veel minder doorslaggevend dan wordt aangevoerd.²²²⁶ De proliferatie van misdrijven, vooral in ondernemingsverband, maakt dat het strafrecht in de praktijk inderdaad steeds belangrijker wordt voor vragen van slachtoffervergoeding. Maar zo lang het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht minstens op theoretisch niveau geen bijhuis van het

²²²³ Hetzij orgaantheorie en aanstellersaansprakelijkheid zoals vandaag wordt aangenomen, hetzij enkel aanstellersaansprakelijkheid zoals op basis van dit onderzoek wordt bepleit.

²²²⁴ P.A. FORIERS, “Aspects de la représentation en matière contractuelle”, 256 (over een andere vraag).

²²²⁵ Niet enkel omdat zijn oplossingen voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders inhoudelijk sterk overeenkomen met wat hier verdedigd werd en er natuurlijker uit voortvloeien. Maar ook omdat op diverse plaatsen in de tekst duidelijk blijkt dat de auteur in wezen naar meer objectieve aansprakelijkheid op rechtspersoonlijk niveau wil dan de theoretische onderbouw van de orgaantheorie toelaat, en dat hij minstens de *filosofie* van art. 1384, lid 3 B.W. niet ongenegen is (J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 760, 769-770, 784 en 792). Het is dan ook wat ironisch dat zijn uiteindelijke oplossing eigen foutaansprakelijkheid zo veel centraler stelt dan zelfs de moderne orgaantheorie doet.

²²²⁶ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 770-771. Zie ook: X. DIEUX en Y. DE CORDT, “Examen de jurisprudence (1991-2005): Les sociétés commerciales”, 516; K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA”, 6-7; M. WAUTERS, “Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders”, 54.

strafrecht werd, mag de onderscheiden logica van beide rechtsdomeinen meetellen. Het klopt dat het strafrecht sinds de wet van 4 mei 1999 met het nieuwe artikel 5, lid 1 Sw. een “*autonoom toerekeningscriterium*”²²²⁷ kent dat op juridisch geconstrueerd eigen daderschap neerkomt. Maar objectieve aansprakelijkheid in het algemeen, en aansprakelijkheid voor andermans daad in het bijzonder, is strafrechtelijk vloeken in de kerk. Wie als regel de rechtspersoon zelf strafbaar wil stellen voor elk misdrijf, moet dus wel een juridisch eigen daderschap construeren. De grondbeginselen van het strafrecht en de maatschappelijke zwaarwichtigheid van de strafsancie tolereren geen alternatief. Er is in het strafrecht evenmin interferentie met parallelle systemen van “objectieve” aansprakelijkheid. De strafrechtelijke logica verplicht zeer nauwgezet na te gaan of elke beschuldigde – natuurlijke of rechtspersoon – individueel en autonoom schuldig is aan het specifieke en nauw omschreven misdrijf dat hem ten laste wordt gelegd. Zij verantwoordt ook zware investeringen in tijd en middelen, zowel private als publieke, en brengt een heel arsenaal aan eigen onderzoeks- en bewijsmethoden mee. Het slachtoffer staat niet alleen en – oorspronkelijk – zelfs niet centraal. Het doel is, zowel juridisch als moreel, te straffen in verhouding tot de individuele schuld en *uitsluitend* op die basis. Het is dan onvermijdelijk dat de strafrechtelijke fout van de rechtspersoon nooit louter uit de strafrechtelijke fout van een – zelfs leidinggevende – natuurlijke persoon binnen zijn organisatie kan worden afgeleid *zelfs als worstelt rechtspraak en rechtsleer hier zelfs in het strafrecht nadrukkelijk mee*.²²²⁸ Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, anderzijds, gaat op cruciale punten van tegengestelde principes uit. Het slachtoffer neemt het helemaal alleen en met louter burgerlijke bewijsmiddelen tegen de rechtspersoon op. Er is geen onafhankelijk onderzoek met publieke middelen naar de “corporatieve waarheid”. Maar anderzijds zijn objectieve aansprakelijkheid in het algemeen, en aansprakelijkheid voor andermans daad in het bijzonder, geen enkel probleem. Er is zeer nadrukkelijk geen enkele morele of juridische equivalentie tussen fout en schadevergoedingsplicht.²²²⁹ De lichtste fout, zelfs van anderen, kan zonder enige eigen fout van de aangesprokene tot het vergoeden van de zwaarste schade verplichten, indien die daarmee in causaal verband staat. Obsessie met “corporatieve schuld” die equivalent is aan de “corporatieve schade” is niet nodig. Net omdat corporatieve schuld bepalen, indien de oefening ernstig wordt genomen, zo complex is, en net omdat het recht het slachtoffer en de rechter hiervoor in het privaatrecht een stuk minder middelen ter beschikking stelt, kan ze snel contraproductief worden.

572. Een autonoom juridisch geconstrueerd daderschap heeft onder het algemeen foutcriterium ook een inherent andere betekenis dan in het strafrecht. Zeker als het, zoals VANANROYE doet, zonder enige wetswijziging uit onze hui-

²²²⁷ J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, 767 en 770-771.

²²²⁸ S. VAN DYCK en V. FRANSSEN, “Tien jaar strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen (deel 1)”, 630-631.

²²²⁹ H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 869-870.

dige wetsartikels wordt afgeleid. Er is dan immers is geen enkele reden waarom de analyse niet ook voor natuurlijke personen zou gelden. Bij HOEKZEMA is dit zonneklaar. Het juridische handelingsbegrip, dat vervolgens op fout moet worden onderzocht, geldt niet enkel voor rechtspersonen, maar ook voor natuurlijke personen.²²³⁰ Een rechtssubject heeft juridisch gehandeld, hetzij als het feitelijk gehandeld heeft, hetzij als gedragingen van een ander juridisch (*in casu* naar verkeersopvattingen) als zijn eigen gedragingen hebben te gelden. Hiervoor is voor deze auteur “bepalend”: (i) de strekking van de toepasselijke wetsbepalingen; (ii) de positie van de handelende persoon; en (iii) de concrete gedragingen en omstandigheden.²²³¹ Het is echter een theoretische illusie dat die oefening niets met foutbeoordeling te maken heeft en enkel aangeeft welk gedrag als eigen geldt. Het strafrecht stelt wettelijk omschreven en strikt te interpreteren bestanddelen van het misdrijf ter beschikking. Maar het algemene foutcriterium van artikel 1382-1383 B.W. maakt elk denkbaar gedrag sanctioneerbaar, met als enige voorwaarde dat het “foutief” is. Daarom ook blijft in pleidooien voor een “juridisch” handelingsbegrip autonome gedragsconstructie van *eigen* gedrag van de “dader” theoretisch zo cruciaal, maar wordt het tegelijk zo kunstmatig. In het strafrecht is het mogelijk terug te redeneren van de constitutieve bestanddelen en na te gaan in welke mate de “rechtspersoonlijke” feiten er autonoom in passen. Aangezien die oefening enkel voor rechtspersonen mag worden gemaakt (ten aanzien van natuurlijke personen moet het wel degelijk om hun eigen gedrag gaan), en er ook geen alternatieven voor eigen daderschap zijn, is dit verdedigbaar. Maar in burgerlijke foutaansprakelijkheid heeft het recht enkel het *eigen* gedrag, maar tegelijk het *volledige* gedrag ter beschikking. De gewone 1382-fout is de allerlaatste linie voor het recht om principieel vrije rechtssubjecten tot de orde te roepen. Er is geen enkele formele rechtsbron die rechtssubjecten op voorhand toelaat de specifieke voorschriften te consulteren die hieruit aan hun gedrag worden opgelegd. Er is geen enkele beperking aan het gedrag dat onder het toepassingsgebied van de foutaansprakelijkheid voor eigen gedrag kan worden gebracht. Dit gaat ver. Maar het volgt uit een uitdrukkelijke keuze van de wetgever, neergelegd in artikel 1382-1383 B.W. Er ontstaat zo ook een evenwicht met andere risicofactoren uit de activiteitssfeer van de aangesprokene, waarvoor een soepeler, maar tegelijk beperkter bijzonder wettelijk regime geldt (aangestelden, dieren, zaken, enzovoort). De keerzijde van die medaille is dat foutaansprakelijkheid noodzakelijk op het *eigen* gedrag steunt, en ook het *volledige* gedrag moet worden bekeken, binnen alle feitelijke omstandigheden die ertoe aanleiding gaven. Alles kan *à charge* maar ook *à décharge* worden gebruikt. Niet enkel het schadeberokkenende feit komt in aanmerking. Niet enkel de welomschreven rechtsfeiten die een specifieke rechtsregel

²²³⁰ J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 171-172 en 184.

²²³¹ J. HOEKZEMA, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, 184.

tot toepassingsvoorwaarde neemt, komen in aanmerking. Niet enkel de wettelijk welomschreven constitutieve bestanddelen van een misdrijf komen in aanmerking. Het volledige eigen gedrag wordt beoordeeld zonder specifiek vooraf bepaalde voorschriften. Daarom blijft het theoretisch zo cruciaal dat eigen gedrag wordt beoordeeld en de fout op grond daarvan bewezen wordt genoemd. Een “juridisch” handelingsbegrip onder artikel 1382-1383 B.W. betekent niet meer of niet minder dan dat zelfs deze beperking wegvalt. De rechter hoeft zelfs geen eigen gedrag meer aan te duiden en dit effectief foutief noemen. De rechter noemt “juridisch” gedrag wat hij foutief *wil* noemen. Dit is niet enkel fundamenteel in strijd met het wettelijke evenwicht tussen foutaansprakelijkheid voor eigen gedrag en andere risicofactoren uit de activiteitssfeer die hun eigen wettelijk geregelde en daardoor meteen ook beperkte aansprakelijkheidsregime hebben. Het is fundamenteel in strijd met de grondslagen van de eigen foutaansprakelijkheid zelf. Het is objectieve aansprakelijkheid, maar dan voor alles wat de rechter juridisch als eigen geldend gedrag wil noemen. Het volstaat dat “de feiten een fout opleveren”. Dit heeft niets meer met artikel 1382-1383 B.W. te maken. Die theoretische verminking van artikel 1382-1383 B.W. alleen al, maakt de prijs voor het regime dat VANANROYE voorstelt, veel te hoog.

BESLUIT VAN DEEL 4

573. Buitencontractuele aansprakelijkheid van rechtspersonen is het tweede grote in dit proefschrift onderzochte domein waarin de orgaantheorie een hoofdrol opeist. Ook waar het “rechtspersoonlijke optreden” tot schade bij derden leidt, zou zij een juridische grondslag bieden voor aanknoping van buitencontractuele rechtsgevolgen aan het rechtspersoonlijke rechtssubject. Hiertoe conceptualiseert de orgaantheorie hetzelfde organieke incarnatiemechanisme *sui generis* dat eerder ook al toerekening van rechtshandelingen moest verklaren. Ook hier volgt dit mechanisme deductief uit het rechtspersoonlijkheidsbegrip, en is het daarmee inherent en noodzakelijk verbonden. Ook hier zou het fundamenteel afwijken van de gemeenrechtelijke mechanismen van klassiek privaatrecht. Via organieke incarnatie is het handelen van zijn organen het handelen van de rechtspersoon zelf. Hij is dus als gevolg van dit handelen aansprakelijk uit eigen onrechtmatige daad, en niet voor de onrechtmatige daad van een ander. Die aanspraak werd hier onderzocht.

Daarbij werd gebruik gemaakt van de methode die eerder al aan bod kwam. De orgaantheorie is vandaag een juridische constructie die moet bewijzen waarom zij een bepaalde *juridische werkelijkheid* beter beschrijft en verklaart, coherenter of doelmatiger is dan het meer eenvoudige verklaringsmodel waarop zij beweert een verbetering te zijn. De aparte terminologie en retorische hoogstandjes die historisch werden overgeleverd, volstaan hiervoor niet. Als de rechtspersoon aansprakelijkheid oploopt omdat mensen die voor hem optreden schade bij derden veroorzaakten, lijkt dit *prima facie* op aansprakelijkheid voor andermans daad. De situatie niettemin conceptualiseren als eigen foutaansprakelijkheid is misschien niet onmogelijk, maar moet dan wel aan de hand van concrete gegevens uit de positieve rechtsstof bewijzen waarin de meerwaarde op het vlak van beschrijving, coherentie of doelmatigheid gelegen is.

574. Hiertoe werd in Hoofdstuk 1 eerst de hedendaagse rol van de orgaantheorie in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht voor rechtspersonen nauwkeuriger afgebakend.²²³² Haar theoretische grootspraak kan niet verdoezelen dat zij vandaag in het steeds ruimere domein van objectieve aansprakelijkheid geen noemenswaardige rol speelt. In wezen is dit ook niet verwonderlijk. De orgaantheorie conceptualiseert eigen rechtspersoonlijk handelen. Nu heel wat buitencontractuele aansprakelijkheid niet meer op beoordeling van het eigen handelen

²²³² Zie *supra* p. 319 e.v.

stoelt, maar andere risicofactoren tot aanknopingspunt neemt, wordt haar rol beperkter. Door explicitering met de jaren van het objectieve karakter van aansprakelijkheid voor aangestelden, gebrekkige zaken, dieren en instorting van gebouwen, drong die beperking zelfs tot diep in de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels van 1804 door. De eventuele meerwaarde van de orgaantheorie moet worden gezocht waar aansprakelijkheid op de *foutiviteit* van het *eigen gedrag* steunt.

575. Het is dan ook in het domein van 1382-aansprakelijkheid dat de orgaantheorie vandaag haar meest centrale en herkenbare uitspraak doet. Die luidt dat foutief bestuursoptreden via organieke incarnatie tot eigen foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon, en niet via artikel 1384, lid 3 B.W. tot objectieve aansprakelijkheid voor andermans daad leidt. Die aanspraak werd in Hoofdstuk 2 onderzocht.²²³³

Zelfs dit koninginnenstuk bleek, als het uitdrukkelijk als juridische constructie werd getoetst, verrassend zwak. Hiertoe werd eerst aangetoond dat het klassieke privaatrecht met artikel 1384, lid 3 B.W. een instrument kent dat *prima facie* bijzonder vlot tot buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor foutief door bestuurders veroorzaakte schade zou kunnen leiden.²²³⁴ In tegenstelling met het Duitse recht waaraan de orgaantheorie ontsproot, bevat de betrokken wetsbepaling *objectieve* aansprakelijkheid voor de daad van een ander. De aansteller ontleent geen verweer aan het ontbreken van *eigen fout*. Ook het concrete regime van aanstellersaansprakelijkheid, op het vlak van toepassingsvoorwaarden en rechtsvolgen, leek goed op de taak toegesneden. Vervolgens werd bondig het huidige regime van aansprakelijkheid voor foutief bestuursoptreden geschetst, zoals dit vandaag in rechtspraak en rechtsleer doorgaans op grond van de orgaantheorie wordt voorgesteld.²²³⁵ Al snel blijkt dan dat wat voor orgaantheorie doorgaat, sterk op een imitatie van aanstellersaansprakelijkheid lijkt.²²³⁶ Maar dan wel een slechte imitatie. De gelijkenis volgt immers op cruciale punten uit miskenning van de eigen logica van de orgaantheorie, ten voordele van de logica van artikel 1384, lid 3 B.W. Dit werd vastgesteld voor het orgaanvereiste²²³⁷, het verband tussen daad en functie²²³⁸, de persoonlijke aansprakelijkheid jegens derden²²³⁹ en het interne verhaal.²²⁴⁰ De beschrijvende waarde van de orgaantheorie is op al deze punten dus verrassend klein, terwijl elke poging tot inpassing van de positieve resulaten de interne coherentie van de constructie zwaar onder

²²³³ Zie *supra* p. 331 e.v.

²²³⁴ Zie *supra* p. 332 e.v.

²²³⁵ Zie *supra* p. 358 e.v.

²²³⁶ Zie *supra* p. 370 e.v.

²²³⁷ Zie *supra* p. 372 e.v.

²²³⁸ Zie *supra* p. 381 e.v.

²²³⁹ Zie *supra* p. 387 e.v.

²²⁴⁰ Zie *supra* p. 402 e.v.

druk zet. Bovendien was afwijking van de logica van de orgaantheorie geen toeval. Vaak zou het alternatief moeilijk werkbaar, inopportuun, of zelfs openlijk in strijd met positieve rechtsregels zijn (art. 1382-1383 B.W.). Dit werd extra geïllustreerd in twee aanpalende domeinen waarin het buitencontractuele onderscheid tussen organen en aangestelden werd gebruikt, maar met opvallend weinig succes qua doelmatigheid en opportuniteit van de daardoor geïnspireerde oplossingen: de burgerlijke vordering uit misdrijf²²⁴¹, en de vordering tot staking bij inbreuk op de W.H.P.C.²²⁴²

576. Dit falen van de orgaantheorie leidde tot een acute vraag.²²⁴³ Is toepassing van het gemeenrechtelijke alternatief waarnaar de oplossingen onder de oppervlakte blijkbaar steeds opnieuw teruggrijpen – artikel 1384, lid 3 B.W. – vandaag *de lege lata* werkelijk zo moeilijk? Eerder bleek al dat dit historisch helemaal niet het geval was, en dat bestuurders binnen artikel 1384, lid 3 B.W. een lange en rijke traditie hebben. Receptie van de orgaantheorie steunde meer op abstracte theorievorming dan op positiefrechtelijke problemen met de aanstellingskwalificatie. Nu de theorie pluimen laat, mag die keuze met onbevangen blik worden herbekeken. Uit dit onderzoek bleek dan dat bestuurders zich in een moderne interpretatie van artikel 1384, lid 3 B.W. zeer goed thuisvoelen. Het besluit luidde dan ook dat de orgaantheorie als juridische constructie voor buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon als gevolg van foutief bestuurshandelen, het onderspit delft tegen het meer eenvoudige gemeenrechtelijke verklaringsmodel.²²⁴⁴ Zelfs het koninginnenstuk houdt geen stand.

577. Hiermee was voor schadeverwekkend handelen jegens derden, van mensen die de rechtspersoonlijke activiteit in het maatschappelijke verkeer vorm geven, meteen de kiem gelegd voor een evenwichtiger en coherenter aansprakelijkheidsregime. Zonder scherpe en voor *doeleinden van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* kunstmatige breuklijnen binnen de organisatie waarmee de rechtspersoon naar buiten treedt. Moderne organisaties met rechtspersoonlijkheid ontplooiën hun activiteiten en nemen aan het maatschappelijke verkeer deel op een vaak veel diversere en complexere manier dan het simplistische model van de orgaantheorie aanneemt. De groeiende rol van bijzondere aansprakelijkheidsmechanismen, die vaak objectief zijn, weerspiegelt dit. De rechtspersoon van privaatrecht is nu al objectief aansprakelijk voor het – desnoods anonieme – onrechtmatige gedrag van alle aangestelden binnen zijn organisatie, waaronder zijn volledige werknemersbestand. Het is niet meer zinvol op fundamenteel theoretisch niveau een heel eigen, zware en gedateerde rechtsdogmatiek *sui generis* te

²²⁴¹ Zie *supra* p. 409 e.v.

²²⁴² Zie *supra* p. 413 e.v.

²²⁴³ Zie *supra* p. 418 e.v.

²²⁴⁴ Zie *supra* p. 445 e.v.

ontwikkelen voor bestuurders. Ook zij hebben hun plaats in een gemeenrechtelijk verklaringsmodel. Omdat zij eerder in onze rechtstraditie al in artikel 1384, lid 3 B.W. pasten, werd dit model “neoklassiek” genoemd.

578. Het was dan opletten geblazen de orgaanvormige leegte die verwerping van de orgaantheorie in de juridische geest misschien achterliet, niet met een nieuwe afgod op te vullen. De orgaantheorie was de allesoverheersende theoretische grondslag om de rechtspersoon in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht te begrijpen. Maar in het neoklassieke model speelt artikel 1384, lid 3 B.W. geen vergelijkbare rol. Het is net beter *ook op theoretisch niveau* opnieuw aan te knopen bij het feitelijk georiënteerde pluralisme dat aan ons buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht inherent is, en dat in de praktijk steeds aanwezig bleef. In Hoofdstuk 3 werd aangetoond dat het neoklassieke regime dat zo stilaan vorm krijgt, toelaat twee interessante domeinen in nieuw perspectief te zien.²²⁴⁵

Ten eerste bleek het vandaag mogelijk eigen 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon ook zonder orgaantheorie theoretisch op de kaart te zetten.²²⁴⁶ Niet als gevolg van een nieuw rechtspersoonlijk toerekeningsmechanisme, maar als gevolg van evoluties in het gemeenrechtelijke foutleerstuk. In een aantal gevallen kan de rechtspersoon met een specifieke regel in overtreding zijn en dus “automatisch” een fout begaan zonder dat een orgaan hieraan schuld heeft.²²⁴⁷ Pluralistisch samenspel met artikel 1384, lid 3 B.W. blijft echter onontbeerlijk.²²⁴⁸ Vooreerst omdat niet elke specifieke regel, zelfs al is de rechtspersoon normbepemmeling, toepassingsvoorwaarden heeft die gemakkelijk toelaten de overtreding “rechtstreeks” in hoofde van de rechtspersoon na te gaan. In dat verband werd uitgeklaard dat het feit dat sommige regels in hun specifieke vorm enkel op de rechtspersoon rusten en niet op de mensen binnen zijn organisatie, aanstellersaansprakelijkheid weinig kopzorgen bezorgt. Vervolgens omdat voor het *algemene foutcriterium* van artikel 1382-1383 B.W. eigen foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon *de lege lata* geen voldragen substituuat is voor de vlotte werking van artikel 1384, lid 3 B.W.²²⁴⁹

Ten tweede hoeft met het neoklassieke model persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders niet langer in theoretisch karikaturale denkpatronen worden gedwongen.²²⁵⁰ De vraag naar *externe aansprakelijkheid* van bestuurders wordt door de identificatiegedachte onnodig bemoeilijkt. Objectieve aansprakelijkheid van de rechtspersoon, ook voor bestuurders, liet toe die problematiek ook op the-

²²⁴⁵ Zie *supra* p. 449 e.v.

²²⁴⁶ Zie *supra* p. 450 e.v.

²²⁴⁷ Zie *supra* p. 461 e.v. Er werd echter sterk benadrukt dat de analyse steeds in de eerste plaats van de toepassingsvoorwaarden van elke regel afzonderlijk afhangt. Inbreuk op specifieke regel is geen uniforme categorie.

²²⁴⁸ Zie *supra* p. 469 e.v.

²²⁴⁹ Zie *supra* p. 482 e.v.

²²⁵⁰ Zie *supra* p. 487 e.v.

oretisch niveau opnieuw in vertrouwde gemeenrechtelijke mechanismen te integreren. Eigen aansprakelijkheid jegens derden is mogelijk, maar hangt af van de eigen fout, en heeft in het model niet diezelfde Siamese verbinding met aansprakelijkheid van de rechtspersoon. Daarvan moet bovendien de vraag naar het *interne verhaal* worden onderscheiden.²²⁵¹ Daarin speelt de *contractuele* relatie tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders een doorslaggevende rol. Dit onderscheid tussen de externe buitencontractuele relatie met derden en de interne contractuele relatie tussen bestuurder en rechtspersoon, is een groot voordeel van het neoklassieke model. Niet enkel omdat het veel beter beantwoordt aan het grondpatroon van ons privaatrecht dan de theorie die het tracht weg te toveren via deductieve abstracties uit het rechtspersoonlijkheidsbegrip. Maar vooral omdat het de aandrang mildert om bestuurders via allerlei kunstgrepen uit de buitencontractuele relatie met derden te laten verdwijnen. Die zijn nooit coherent met artikel 1382-1383 B.W., en creëren al te scherpe onderscheiden tussen rechtspersoonlijke bestuurders en andere opdrachthouders. De kost van schade bij derden door gedrag dat daadwerkelijk binnen artikel 1382-1383 B.W. past, maar vooral het ondernemingsrisico reflecteert, hoeft in de interne relatie inderdaad niet steeds bij de bestuurder te liggen. Maar dit betekent niet dat het in de externe relatie bij de derde ligt. De enige vraag is wie het risico van insolventie van de rechtspersoon draagt. Voor contractuele schade is dit de derde-medecontractant, en niet de bestuurders. Voor buitencontractuele schade die voortvloeit uit de buitencontractuele 1382-fout van bestuurders, zijn dit de bestuurders, en niet het derde-slachtoffer.

Hoofdstuk 4, tot slot, was gewijd aan de nieuwste poging tot herconceptualisering van het buitencontractuele aansprakelijkheidsregime in rechtspersoonlijk verband: toerekening via verkeersopvattingen zoals in België werd verdedigd door VANANROYE.²²⁵² Deze auteur maakt een aantal treffende vaststellingen en sterke analyses. Maar die kunnen de Copernicaanse omwenteling die hij *de lege lata* bepleit, niet schragen. Zelfs *de lege ferenda* roept het door VANANROYE verdedigde systeem sterke bezwaren op. Aangezien het specifiek voor ons land weinig meerwaarde heeft, een ongeleid projectiel is, en zelfs dreigt artikel 1382-1383 B.W. ook voor natuurlijke personen onherroepelijk te verminken, werd het verworpen.

²²⁵¹ Zie *supra* p. 497 e.v.

²²⁵² Zie *supra* p. 511 e.v.

ALGEMEEN BESLUIT

579. Dit boek vertrok van de vaststelling dat de orgaantheorie de laatste jaren ook in het privaatrecht opnieuw heel wat stof deed opwaaien. De eensgezindheid over de actuele gezondheidstoestand van dit leerstuk bleek daarbij ver te zoeken. Aanleiding was de tegenstrijdige rechtspraak van het Hof van Cassatie over persoonlijke buitencontractuele aansprakelijkheid van organen jegens derden. Maar het besef groeide dat deze problematiek sterk verweven was met onzekerheid over een aantal fundamentele principes van privaatrecht. Het onderzoek stelde zich dan ook tot doel de orgaantheorie te onderzoeken vanuit haar interactie met de meer klassieke privaatrechtelijke mechanismen waarop zij ingrijpt.

De orgaantheorie beweert in essentie het juridische fundament te leveren waarop de deelname van rechtspersonen aan het rechtsverkeer steunt. Zij roept hiervoor een juridisch mechanisme *sui generis* in – organieke incarnatie – dat van de klassieke mechanismen van privaatrecht zoals vertegenwoordiging via lastgeving en aansprakelijkheid voor andermans daad essentieel zou afwijken. Om het onderzoek beheersbaar te houden, en tegelijk te trachten het op meest fundamenteel niveau te voeren, werd het onderzoeksdomein beperkt tot toerekening van *rechtshandelingen* en *onrechtmatige daden* aan rechtspersonen van *privaatrecht* naar aanleiding van het optreden van *bestuursorganen*. De onderzoeksvraag luidde of de orgaantheorie hiervoor *de lege lata* de juridische grondslag levert en waarin zij zich dan onderscheidt van het klassieke juridische kader dat het privaatrecht aanbiedt. Als aanvangshypothese gold daarbij dat de theoretische basis van de orgaantheorie niet zeer solide was, terwijl anderzijds de klassieke instrumenten van privaatrecht zoals vertegenwoordiging, lastgeving, en aanstellersaansprakelijkheid voor andermans daad, veel beter op de taak toegesneden waren dan onder invloed van de orgaantheorie werd beweerd.

580. In **Deel 1** van het boek werd verfijnd wat een hedendaagse rechtswetenschap van de orgaantheorie verlangt, opdat zij zich als juridische grondslag voor het optreden van rechtspersonen kan profileren.²²⁵³

Hiertoe werd in **Hoofdstuk 1** eerst het onderscheid gemaakt tussen het orgaanbegrip *lato sensu* en de orgaantheorie *stricto sensu*.²²⁵⁴ Niet elk gebruik van het begrip “orgaan” in de formele rechtsbronnen steunt op een keuze voor de orgaantheorie *stricto sensu*.

²²⁵³ Zie *supra* p. 13 e.v.

²²⁵⁴ Zie *supra* p. 17 e.v.

In **Hoofdstuk 2** mocht de orgaantheorie zelf haar verhaal doen.²²⁵⁵ Haar kernaanspraken werden zowel historisch als thematisch geduid. In een gunstig licht bekeken, en ontdaan van de excessen van het traditionele realisme, bleek de orgaantheorie zeker belofte in te houden voor de juridische inpassing van het rechtspersoonlijke optreden in het privaatrecht. Zij draait het klassiek privaatrechtelijke proces van incrementele toepassing van gemeenrechtelijke mechanismen op rechtspersoonlijke relaties om, en wil vanuit het rechtspersoonlijkheidsbegrip zelf een nieuwe dogmatiek te ontwikkelen die een werkelijk *oorspronkelijk* en *eigen* rechtspersoonlijk optreden vorm kan geven. Met dit uniforme rechtspersoonlijke handelingsbegrip dient zij zich dan in alle rechtsdomeinen aan. Inherent aan rechtspersoonlijkheid is voor de orgaantheorie een organieke drager die onverbreekbaar deel uitmaakt van de rechtspersoonlijke organisatie, er juridisch één geheel mee vormt, en de rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon op oorspronkelijke, directe wijze operationaliseert. Organen incarneren de rechtspersoon en identificeren zich ermee in het rechtsverkeer. Hun handelen *is* vanuit juridisch oogpunt het handelen van de rechtspersoon. Dit organieke incarnatiemechanisme is eigen aan de rechtspersoon (*sui generis*) en onderscheidt zich fundamenteel van klassiek privaatrechtelijke mechanismen zoals vertegenwoordiging via lastgeving en aansprakelijkheid voor andermans daad via aanstelling. Had de rechtspersoon na eeuwen van miskenning eindelijk recht op haar eigen dogmatiek?²²⁵⁶ Volgens de orgaantheorie wel.

In **Hoofdstuk 3** werd dit verhaal een eerste maal geproblematiseerd.²²⁵⁷ Naar moderne maatstaven is de orgaantheorie een juridische constructie. Zij doet geen uitspraken over de fysieke werkelijkheid. En zij vloeit evenmin rechtstreeks uit de wet voort. Zij onttrekt een aantal gegevens aan de positieve rechtsstof en boetseert hiermee een geheel van samenhangende uitspraken over hoe de juridische werkelijkheid in dit domein best kan worden begrepen. Maar dan volstaat het overgeleverde *petitio principii* over organieke eenheid tussen orgaan en rechtspersoon niet meer. De moderne toerekeningsvraag die uit de dualiteit tussen de rechtspersoon en de mensen die voor hem optreden voortvloeit, wordt niet beantwoord door in de premisse van de redenering in te bouwen dat die dualiteit juridisch niet bestaat. Het volstaat niet de uit het traditionele realisme overgeleverde kernpostulaten “juridisch” te noemen om te bewijzen dat hieraan ook een eigen juridische begrip-sinhoud beantwoordt. Een moderne versie van de orgaantheorie moet aantonen waarom zij de juridische werkelijkheid beter vat dan het gemeen privaatrechtelijke verklaringsmodel waarop zij beweert een verbetering te zijn. Kan de positieve rechtsstof die toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden aan de rechtspersoon beheerst, beter begrepen en verklaard worden met behulp

²²⁵⁵ Zie *supra* p. 23 e.v.

²²⁵⁶ F. LÖWENSTEYN, “Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap”, p. 721.

²²⁵⁷ Zie *supra* p. 61 e.v.

van begrippen als identificatie en incarnatie dan met klassiekere mechanismen van privaatrecht zoals vertegenwoordiging, lastgeving, en buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad? De *lex parsimoniae* (of Ockham's scheermes)²²⁵⁸ verplicht de orgaantheorie te bewijzen waarom de geobserveerde rechtsfenomenen niet eenvoudiger kunnen worden begrepen als toepassing van bestaande en gekende categorieën, en hiervoor integendeel een heel nieuw begrip-penapparaat *sui generis* moet worden ontwikkeld.

581. Vooraleer die oefening frontaal op het rechtspersoonlijke bestuursoptreden kon worden toegepast, werden in **Deel 2** eerst drie potentieel stroeve scharnierpunten uit het gemeen privaatrecht gesmeerd.²²⁵⁹

In **Hoofdstuk 1** werd het onderscheid tussen vertegenwoordiging en lastgeving verduidelijkt.²²⁶⁰ Vertegenwoordiging verwijst naar het juridische mechanisme waardoor een rechtshandeling als eigen wordt toegerekend aan een ander rechtssubject dan datgene dat heeft gehandeld. Lastgeving is een bijzonder geregelde overeenkomst waarbij een rechtssubject door een ander met een vertegenwoordigingsopdracht wordt belast.

Hoofdstuk 2 ging dieper in op de verhouding tussen vertegenwoordiging en buitencontractuele aansprakelijkheid.²²⁶¹ Vertegenwoordiging kan coherent omschreven worden als juridisch mechanisme voor toerekening van rechtshandelingen als eigen aan een ander. Hieruit volgt niet dat de principaal immuun is voor niet-gewilde rechtsgevolgen afgeleid uit gedrag van zijn vertegenwoordiger. Het vertegenwoordigingsmechanisme verleent de principaal geen buitencontractuele immuniteit. Maar dit betekent niet dat ons rechtsbegrip verbeterd wordt door alle of een aantal van de gevallen waarin ook niet-rechtshandelingen van de vertegenwoordiger tot rechtsgevolgen bij de principaal leiden, als vertegenwoordiging te herconceptualiseren. Toerekening van rechtshandelingen “als eigen” volgt immers een vrij uniform, herkenbaar en coherent stramien, terwijl aanknop-ping van rechtsgevolgen uit “feitelijk” handelen steeds afhangt van de concrete toepassingsvoorwaarden van uiteenlopende rechtsregels die het feitelijk handelen in deze of gene context als rechtsfeit omschrijven.

In **Hoofdstuk 3** werd de verhouding tussen lastgeving en aanstelling verder uitgediept.²²⁶² Lastgeving en aanstelling zijn autonome rechtsfiguren die elk vanuit hun eigen toepassingsvoorwaarden moeten worden benaderd. Zij gaan niet noodzakelijk samen, maar sluiten elkaar evenmin uit. De lastgever kan buitencontractueel aansprakelijk zijn voor de schade die zijn lasthebber heeft veroorzaakt, indien in hun onderlinge relatie ook een aanstellingsverhouding wordt herkend en de schade door de lasthebber binnen de bediening werd veroorzaakt.

²²⁵⁸ Zie *supra* voetnoot 288.

²²⁵⁹ Zie *supra* p. 71 e.v.

²²⁶⁰ Zie *supra* p. 75 e.v.

²²⁶¹ Zie *supra* p. 89 e.v.

²²⁶² Zie *supra* p. 127 e.v.

Het feit dat de lastgever in zijn contractuele relatie de lasthebber niet bevoegd heeft gemaakt om onrechtmatige daden te begaan, is dan zonder belang. Uiteraard is wel vereist dat de wettelijke toepassingsvoorwaarden voor aanstelling aanwezig zijn. In dit verband werd dieper ingegaan op de vermeend doorslaggevende rol van de “feitelijke” gezagsverhouding in de huidige rechtspraak rond het aanstellingsbegrip. Er werd aangetoond dat als algemene regel, en ondanks enige verwarring hierover, ook ondergeschiktheid die eerder formeel-juridisch van aard is, nog volstaat om tot aanstelling in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. te besluiten.

Eens geolied, biedt het klassieke privaatrecht hiermee drie aangrijppunten die op zeer algemeen maar tegelijk zeer fundamenteel niveau toelaten de toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden naar aanleiding van bestuursoptreden vorm te geven. Als bestuurders lasthebbers van de rechtspersoon zijn, kunnen zij via het vertegenwoordigingsmechanisme de aanknopng van de rechtshandelingen waarmee het rechtspersoonlijke doel in de eerste plaats wordt nagestreefd, bewerkstelligen. Het feit dat het vertegenwoordigingsmechanisme beperkt is tot rechtshandelingen, betekent niet dat de rechtspersoon immuun is voor rechtsgevolgen uit onrechtmatig handelen van bestuurders. Als bestuurders als aangestelden van de rechtspersoon in de zin van artikel 1384, lid 3 B.W. zouden kunnen worden gekwalificeerd, bestaat zelfs een algemene en wettelijke grondslag om de rechtspersoon buitencontractueel aansprakelijk te houden voor alle schade die zij in verband met hun functie foutief aan derden zouden veroorzaken.

582. In **Deel 3** werd dan de rol van de orgaantheorie bij toerekening van rechtshandelingen nader bekeken.²²⁶³

In **Hoofdstuk 1** bleek dat het juridische mechanisme dat voor toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersoon naar aanleiding van bestuursoptreden wordt gehanteerd, vandaag zonder twijfel vertegenwoordiging moet heten.²²⁶⁴ Organieke incarnatie voegt hieraan niets toe. Met behulp van Ockham’s scheermes²²⁶⁵, is hiermee meteen een eerste belangrijk punt voor lastgeving gescoord.

In **Hoofdstuk 2** werd aangetoond dat lastgeving positiefrechtelijk de meest voor de hand liggende grondslag blijft om vertegenwoordiging van de rechtspersoon door zijn bestuurders juridisch te onderbouwen en te omkaderen.²²⁶⁶ De verhouding tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders is zeer compatibel met de lastgevingsovereenkomst. Historisch is lastgeving een belangrijke juridische motor voor de ontwikkeling van het externe leven van vennootschappen en zo zelfs van het rechtspersoonlijkheidsbegrip zelf. Die analyse wordt niet doorkruist door artikel 13 van de Vennootschappenwet van 1873 of door artikel 61, § 1 van het Wetboek van Vennootschappen. Zij geven geen wettelijke grondslag aan de orgaantheorie als alternatieve constructie.

²²⁶³ Zie *supra* p. 171 e.v.

²²⁶⁴ Zie *supra* p. 175 e.v.

²²⁶⁵ Of ook de *lex parsimoniae*. Zie *supra* voetnoot 288.

²²⁶⁶ Zie *supra* p. 187 e.v.

In **Hoofdstuk 3** werd het perspectief dan omgekeerd.²²⁶⁷ Zijn er doorslaggevende redenen om alsnog aan lastgeving te twijfelen? Vier belangrijke uitdagingen kwamen aan bod. De aanwezigheid van prestaties die geen vertegenwoordigingshandelingen zijn, slaagde er niet in de bestuursopdracht als vertegenwoordigingsopdracht te diskwalificeren. De conventionele grondslag van de bestuursopdracht, werd niet weggespoeld door de belangrijke rol die de wet aan gaande bestuur in rechtspersoonlijk verband speelt. Het bijzondere wettelijke regime van openbaarmaking en derdenwerking van de bestuurshoedanigheid was op fundamenteel niveau niet incompatibel met lastgeving, en bleek bovendien veel beter ingebed in het gemeen lastgevingsrecht dan vaak wordt aangenomen. Hetzelfde werd, tot slot, vastgesteld voor het wettelijke prokuraregime dat in sommige rechtspersoonvormen grenzen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders op bijzondere wijze regelt.

Het besluit van Deel 3 luidde dan ook dat de orgaantheorie er voor toerekening van rechtshandelingen niet in slaagt te bewijzen waarom de positieve rechtstof beter begrepen, verklaard en toegepast kan worden met behulp van een organiek incarnatiemechanisme *sui generis* dan met het klassiek privaatrechtelijke model van vertegenwoordiging via lastgeving.²²⁶⁸

583. In **Deel 4** werd het tweede grote domein waarin de orgaantheorie een hoofdrol opeist, onderzocht: buitencontractuele aansprakelijkheid.²²⁶⁹ Hiertoe conceptualiseert de orgaantheorie hetzelfde organieke incarnatiemechanisme *sui generis* dat eerder ook al toerekening van rechtshandelingen moest verklaren. Ook hier zou dit fundamenteel afwijken van de klassieke mechanismen van privaatrecht. Via organieke incarnatie is het handelen van zijn organen het handelen van de rechtspersoon zelf. Hij is dus als gevolg van dit handelen aansprakelijk uit eigen onrechtmatige daad, en niet voor de onrechtmatige daad van een ander.

In **Hoofdstuk 1** werd de huidige rol van de orgaantheorie in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht voor rechtspersonen nauwkeuriger afgebakend.²²⁷⁰ Daarbij bleek dat zij in het steeds ruimere domein van objectieve aansprakelijkheid geen noemenswaardige functie heeft. De eventuele meerwaarde van de orgaantheorie moet worden gezocht waar aansprakelijkheid op de *foutiviteit* van het *eigen gedrag* steunt. Het is in dit domein dat de orgaantheorie vandaag haar meest centrale en herkenbare uitspraak doet: foutief bestuursoptreden leidt via organieke incarnatie tot eigen foutaansprakelijkheid van de rechtspersoon, en niet via artikel 1384, lid 3 B.W. tot objectieve aansprakelijkheid voor andermans daad.

In **Hoofdstuk 2** werd aangetoond dat zelfs dit koninginnenstuk, als juridische constructie getoetst, verrassend zwak staat.²²⁷¹ Het klassieke privaatrecht kent

²²⁶⁷ Zie *supra* p. 241 e.v.

²²⁶⁸ Zie *supra* p. 313 e.v.

²²⁶⁹ Zie *supra* p. 315 e.v.

²²⁷⁰ Zie *supra* p. 319 e.v.

²²⁷¹ Zie *supra* p. 331 e.v.

met artikel 1384, lid 3 B.W. een instrument dat *prima facie* vlot tot buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor foutief door bestuurders veroorzaakte schade zou kunnen leiden. Wat voor orgaantheorie doorgaat, bleek sterk op een slechte imitatie van aanstellersaansprakelijkheid te lijken. De eigen logica van de orgaantheorie wordt voortdurend geslachtofferd om de oplossingen werkbaar en opportuun te houden, en openlijk conflict met fundamentele rechtsregels zoals artikel 1382-1383 B.W. te vermijden. In twee aanpalende domeinen (de burgerlijke vordering uit misdrijf, en de vordering tot staking) bracht het buitencontractuele onderscheid tussen organen en aangestelden weinig vreugde qua doelmatigheid en opportuniteit van de daardoor geïnspireerde oplossingen. Dit falen van de orgaantheorie leidde tot de vraag of toepassing van artikel 1384, lid 3 B.W. op rechtspersoonlijke bestuurders vandaag *de lege lata* zo moeilijk is? Vanuit historisch oogpunt hebben bestuurders binnen artikel 1384, lid 3 B.W. een lange en rijke traditie. Receptie van de orgaantheorie steunde meer op abstracte theorievorming dan op positiefrechtelijke problemen met de aanstellingskwalificatie. Het was tijd voor een herevaluatie. Hieruit bleek dat bestuurders zich in een moderne interpretatie van artikel 1384, lid 3 B.W. bijzonder goed thuis voelen. De orgaantheorie delft dus als juridische constructie ook voor buitencontractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon naar aanleiding van foutief bestuurshandelen het onderspit tegen het meer eenvoudige gemeenrechtelijke verklaringsmodel. Dit past overigens goed in een moderne visie op buitencontractuele aansprakelijkheid in rechtspersoonlijk verband. De orgaantheorie leidt tot onnodig scherpe en kunstmatige breuklijnen binnen de organisatie waarmee de rechtspersoon zijn activiteiten ontplooit. Moderne organisaties participeren vaak op veel diversere en complexere manier aan het maatschappelijke verkeer deel dan het simplistische model van de orgaantheorie aanneemt. Het is niet meer zinvol op fundamenteel theoretisch niveau een heel eigen, zware, en gedateerde rechtsdogmatiek *sui generis* te ontwikkelen uitsluitend voor bestuurders.

In **Hoofdstuk 3** bleek dat het neoklassieke regime dat zo stilaan vorm krijgt, toeliet twee interessante domeinen in nieuw perspectief te zien.²²⁷² De orgaantheorie was de allesoverheersende theoretische grondslag om de rechtspersoon in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht te begrijpen. Maar in het neoklassieke model speelt artikel 1384, lid 3 B.W. niet dezelfde rol. Hierdoor kan *ook op theoretisch niveau* opnieuw worden aangeknoopt bij het feitelijk georiënteerde pluralisme dat aan ons buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht inherent is, en dat in de praktijk steeds aanwezig bleef. Allereerst bleek het vandaag mogelijk eigen 1382-aansprakelijkheid van de rechtspersoon ook zonder orgaantheorie theoretisch op de kaart te zetten. Maar hiermee werd geen nieuw alleenzaligmakend rechtspersoonlijk toerekeningsmechanisme blootgelegd. Het besluit volgt uit ontwikkelingen in het gemeenrechtelijke foutleerstuk, en dan vooral de eenheidsleer tussen fout en wetsovertreding. Pluralistisch samenspel met artikel

²²⁷² Zie *supra* p. 449 e.v.

1384, lid 3 B.W. blijft dan ook onontbeerlijk. Ten tweede hoeft persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders niet langer in theoretisch karikaturale denkpatronen te worden gedwongen. *Externe aansprakelijkheid* van bestuurders tegenover derden blijft mogelijk, maar hangt af van de eigen fout. Die heeft in het neoklassieke model niet diezelfde Siamese verbinding met aansprakelijkheid van de rechtspersoon als onder de orgaantheorie het geval was. Voor het *interne verhaal* speelt de contractuele relatie tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders een doorslaggevende rol. Dit onderscheid tussen de externe buitencontractuele relatie met derden en de interne contractuele relatie tussen bestuurder en rechtspersoon, is zeer belangrijk. Het mildert de aandring om bestuurders via allerlei moeilijk met artikel 1382-1383 B.W. te rijmen kunstgrepen uit de buitencontractuele relatie met derden te laten verdwijnen voor schade die sterk met het ondernemingsrisico verbonden lijkt. De kost hiervan hoeft in de interne relatie inderdaad niet steeds bij de bestuurder te liggen. Maar dit betekent niet dat zij in de externe relatie bij de derde ligt. De enige vraag is wie het risico van insolventie van de rechtspersoon draagt. Voor contractuele schade is dit de derde-medecontractant, en niet de bestuurders. Voor buitencontractuele schade die voortvloeit uit de buitencontractuele 1382-fout van bestuurders, zijn dit de bestuurders in kwestie, en niet het derde-slachtoffer.

Tot slot werd in **Hoofdstuk 4** de poging van Joeri VANANROYE om het buitencontractuele aansprakelijkheidsregime in rechtspersoonlijk verband op grond van toerekening via verkeersopvattingen te herconceptualiseren, kritisch geanalyseerd.²²⁷³ Ondanks de soms treffende vaststellingen en sterke analyses van deze auteur, valt de positiefrechtelijke basis voor de Copernicaanse omwenteling die hij *de lege lata* wil vaststellen, te licht uit. Maar zelfs *de lege ferenda* roept het door VANANROYE verdedigde systeem sterke bezwaren op. Het biedt in België niet de verhoopde meerwaarde. En het riskeert een ongeleid projectiel te worden dat artikel 1382-1383 B.W. zelfs voor natuurlijke personen onherkenbaar verminkt. In het strafrecht kreeg een autonoom rechtspersoonlijk daderschap sinds 1999 een monoloogrol op het juridische toneel. Maar het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht kent nog heel wat andere mechanismen naast “eigen schuld”, zoals objectieve aansprakelijkheid voor elke *in abstracto* beoordeelde – en volgens de meerderheidsopvatting zelfs objectief – onrechtmatig daad van elke aangestelde in verband met zijn bediening. Tenzij dit en andere “afgeleide” aansprakelijkheidsmechanismen door de nieuwe “autonome” toerekeningsleer van VANANROYE worden opgeslokt – wat *de lege lata* onverdedigbaar zou zijn – blijven zij ook op scene staan. Hierdoor voegt VANANROYE *de facto* een derde laag complexe rechtsdogmatiek aan het rechtspersoonlijke aansprakelijkheidsregime toe. Op een ogenblik dat we ons net moeten ontworstelen aan de verwarring veroorzaakt door de *tweede laag* die de orgaantheorie ten onrechte over het grondpatroon van het klassieke buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht uitgoot, is dit de ver-

²²⁷³ Zie *supra* p. 511 e.v.

keerde weg. Eigen foutaansprakelijkheid is al te lang de heilige graal geweest voor inpassing in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht van een immaterieel rechtssubject zonder eigen gedrag, dat vooral als toerekeningspunt dient voor de rechten en verbintenissen die door de mensen die zijn activiteit in het maatschappelijke verkeer operationaliseren, worden gegenereerd. Vandaag de *hele rechtspersoonlijke activiteitssfeer* binnen deze queeste naar eigen foutaansprakelijkheid brengen, via een autonoom juridisch handelingsbegrip dat met artikel 1382-1383 B.W. niets meer te maken heeft, is niet nodig. Veel beter is de hele oefening zelfs voor het bestuursniveau te vervangen door objectieve aansprakelijkheid op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. Samen met de rest van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, levert dit voldoende grondslag voor een coherent en functioneel systeem. Eventuele nuances of evoluties die in rechtspersoonlijk verband zouden nodig blijken, kunnen dan daarbinnen een plaats krijgen.

584. Vormt de orgaantheorie *de lege lata* de juridische grondslag voor toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden naar aanleiding van het optreden van bestuursorganen in rechtspersonen van privaatrecht? Onderscheidt zij zich zinvol van de klassieke regels die het privaatrecht hiervoor kent? Die onderzoeksvraag stond hier centraal. Het antwoord luidt ondubbelzinnig negatief. Als juridische constructie getoetst, slaagt de orgaantheorie er niet in haar meerwaarde te bewijzen. Het neoklassieke verklaringsmodel is de meest eenvoudige, logische en coherente invalshoek om de positieve rechtsstof in deze domeinen te benaderen. Contractueel zijn bestuurders lasthebbers die de rechtspersoon vertegenwoordigen. Buitencontractueel brengen zij, binnen een ruimer gemeenrechtelijk regime, zijn aansprakelijkheid als aansteller in het gedrang. Beide domeinen volgen hun onderscheiden logica. Ook het rechtspersoonlijke optreden via zijn bestuurders weerspiegelt zo de *summa divisio obligationem*²²⁷⁴ in het privaatrecht. De orgaantheorie is er niet in geslaagd via organieke incarnatie een oorspronkelijk en eigen “rechtspersoonlijk handelen” te construeren dat zich op uniforme wijze inpast in de aangrijppunten van het contractuele en het buitencontractuele verbintenissenrecht. Voor de toekomst wordt dit project best verlaten. Als rechtspersoonsspecifieke oplossingen nodig zijn, is het beter die te begrijpen en te omkaderen vanuit de regels en principes van het ruimere privaatrecht, dan met de gedateerde rechtsdogmatiek *sui generis* die de orgaantheorie aanbiedt.

²²⁷⁴ R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 10-11.

EPILOOG

585. De orgaantheorie vertoont een merkwaardige en interessante gelijkenis met een gedateerde wetenschappelijke theorie uit de scheikunde van de 18e eeuw. Vuur heeft de mens al sinds zijn ontstaan gefascineerd. In de 18e-eeuwse scheikunde was de *phlogistontheorie* zeer populair om verbrandingsprocessen te “verklaren”.²²⁷⁵ De phlogistontheorie deed dit door een onzichtbare, kleurloze, reukloze en niet-waarneembare stof te postuleren die in alle brandbare materialen voorkwam en die bij verbranding vrijkwam. Die stof kreeg een goed klinkende naam – phlogiston – en een theorie die de scheikunde bijna een eeuw zou domineren, was geboren. Nadien werd duidelijk dat phlogiston de onderliggende chemische processen niet verklaarde, maar enkel een naam gaf aan wat verklaard moest worden. De fenomenen van het verbrandingsproces (het *explanandum*) waren gewoon bij postulaat in het phlogistonprincipe (de *explanans*) ingebouwd. Omdat tegelijk de zintuiglijke onwaarneembaarheid van de stof zelf werd gepostuleerd, was de leer bovendien moeilijk te weerleggen. De theorie had geen voorspellende waarde, maar ze kon net daarom gemakkelijk *ex post* worden “aangepast” om de uitkomst van de talrijke empirische experimenten waartoe zij aanleiding gaf, te “verklaren”. Hierdoor bleef de phlogistontheorie veel langer populair dan op basis van haar wetenschappelijke kwaliteiten kon worden verwacht.

De parallellen met de orgaantheorie zijn treffend.²²⁷⁶ Ook de orgaantheorie bouwt de “verklaring” bij postulaat als inherente eigenschap van het te verklaren fenomeen in. Ook de orgaantheorie geeft die eigenschap een eigen naam (“organieke incarnatie”), waardoor de menselijke geest het – ontrechte – gevoel krijgt dat een oorzaak werd blootgelegd, terwijl in werkelijkheid enkel onwetendheid werd benoemd. Rechtspersonen kunnen zelf handelen omdat een “orgaan” gedefinieerd werd als entiteit van wie het handelen rechtspersoonlijk zelfhandelen is. Net zoals phlogiston, “ontsnapt” dit inherente en tegelijk onzichtbare “element” *sui generis* als het ware wanneer de rechtspersoon in het maatschappelijke verkeer “ontbrandt”. Net zoals phlogiston “verklaart” de veruitwendiging (ontnapping) van dit element alle geobserveerde fenomenen (toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden aan de rechtspersoon), terwijl het tegelijk als zodanig

²²⁷⁵ Zie hierover: J.B. CONANT (ed.), *The overthrow of the phlogiston theory. The chemical revolution 1775-1789*, Cambridge, Harvard, 1967, 59p.

²²⁷⁶ Zie voor de onderliggende analyse van de orgaantheorie vooral wat eerder werd toegelicht over de orgaantheorie als *petitio principii* (*supra* p. 63 e.v.).

uitwendig niet-waarneembaar is (het orgaan is *qua orgaan* een niet-rechtssubjectieve entiteit die met de rechtspersoon een onverbreekbare eenheid vormt maar er geen rechtsverhouding mee heeft). Het recht “ziet” enkel de uitwendige effecten van het organieke principe, maar “ziet” het orgaan zelf niet. Het ziet enkel de rechtspersoon.

Net zoals phlogiston bij postulaat het principe van “brandbaarheid” vormgaf, postuleert het orgaanbegrip een rechtspersoonlijk handelingsprincipe in gedomaterialiseerde vorm. En net zoals de phlogistontheorie destijds het vuur niet verklaarde, verklaart de orgaantheorie vandaag het rechtspersoonlijke handelen niet. Als organisaties met rechtspersoonlijkheid in het rechtsverkeer “ontbranden”, en daarbij juridische warmte en licht afgeven, is dit omdat het klassieke privaatrecht een zuurstofrijke omgeving biedt. De menselijke aspiraties en betrachtingen die nodig zijn om het proces te voeden, vinden binnen die omgeving voldoende ontstekingsmechanismen om de “juridische reactie” die toerekening in rechtspersoonlijk verband is, op gang te brengen en in stand te houden. Het is tijd om de orgaantheorie te verlaten en de klassiek privaatrechtelijke sokkel waarop het rechtspersoonlijke optreden juridisch steunt, in ere te herstellen.

BIBLIOGRAFIE

1. RECHTSPRAAK

1.1. BELGISCHE RECHTSCOLLEGES

GwH 4 maart 2008, 36/2008.

- Cass. 17 juni 1864, *Pasicrisie* 1865, I, 37.
Cass. 6 juli 1868, *Pas.* 1868, I, 468.
Cass. 1 december 1881, *Pas.* 1881, I, 415.
Cass. 2 juli 1900, *Pas.* 1900, I, 311.
Cass. 15 juni 1905, *Pas.* 1905, I, 267.
Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, I, 272.
Cass. 30 maart 1911, *Pas.* 1911, I, 193.
Cass. 2 oktober 1913, *Pas.* 1913, I, 417.
Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193.
Cass. 5 april 1921, *Pas.* 1921, I, 302.
Cass. 14 april 1921, *Pas.* 1921, I, 136.
Cass. 12 juli 1921, *Pas.* 1921, I, 311.
Cass. 16 oktober 1922, *Pas.* 1923, I, 14.
Cass. 13 december 1923, *Pas.* 1924, I, 82.
Cass. 25 februari 1926, *Pas.* 1926, I, 261.
Cass. 6 december 1937, *Pas.* 1937, I, 370, concl. SARTINI VAN DEN KERCKHOVE.
Cass. 1 april 1940, *Pas.* 1940, I, 98.
Cass. 31 maart 1943, *Pas.* 1943, I, 117.
Cass. 15 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 25.
Cass. 29 mei 1947, *Pas.* 1947, I, 216.
Cass. 5 januari 1948, *Pas.* 1948, I, 1.
Cass. 16 december 1948, *J.T.* 1949, 148, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT, noot C. CAMBIER, *R.C.J.B.* 1949, 97, noot J. DABIN.
Cass. 7 september 1950, *Pas.* 1950, I, 846.
Cass. 24 december 1951, *Pas.* 1952, I, 213.
Cass. 10 juli 1952, *Pas.* 1952, I, 738.
Cass. 27 april 1953, *Pas.* 1953, I, 654.
Cass. 25 november 1954, *Pas.* 1955, I, 269.
Cass. 19 februari 1955, *Pas.* 1955, I, 659.
Cass. 3 oktober 1955, *Pas.* 1956, I, 79, *R.C.J.B.* 1958, 38, noot C. GOOSSENS.
Cass. 31 mei 1957, *Pas.* 1957, I, 1176, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT.
Cass. 25 september 1959, *R.C.J.B.* 1960, 5, noot J. DABIN.

- Cass. 15 oktober 1959, *Pas.* 1960, I, 193.
 Cass. 4 april 1963, *Pas.* 1963, I, 847, concl. P. MAHAUX.
 Cass. 23 januari 1964, *Arr.Cass.* 1964, 548.
 Cass. 18 september 1964, *Pas.* 1964, I, 62.
 Cass. 17 september 1965, *Pas.* 1966, I, 78.
 Cass. 27 februari 1970, *Arr.Cass.* 1970, 604.
 Cass. 21 april 1971, *Arr.Cass.* 1971, 778.
 Cass. 4 juni 1971, *Pas.* 1971, I, 940, *R.W.* 1971-72, 371.
 Cass. 16 oktober 1972, *Arr.Cass.* 1973, 165.
 Cass. 7 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 395, concl. P. MAHAUX, *Pas.* 1974, I, 376; *R.C.J.B.* 1976, 15, noot R.O. DALCQ en F. GLANSDORFF.
 Cass. 24 januari 1974, *Arr.Cass.* 1974, 576.
 Cass. 5 mei 1976, *Pas.* 1976, I, 957.
 Cass. 25 oktober 1977, *Arr.Cass.* 1978, 258.
 Cass. 8 november 1979, *Pas.* 1980, I, 308.
 Cass. 24 januari 1980, *Pas.* 1980, I, 590.
 Cass. 27 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1368.
 Cass. 31 oktober 1980, *Pas.* 1981, I, 268, *R.W.* 1980-81, 1053, concl. H. LENAERTS.
 Cass. 24 december 1980, *Pas.* 1981, I, 464.
 Cass. 22 januari 1981, *Pas.* 1981, I, 543.
 Cass. 7 mei 1981, *Pas.* 1981, I, 1026.
 Cass. 5 november 1981, *Pas.* 1982, I, 316, concl. F. DUMON.
 Cass. 18 november 1981, *R.W.* 1982-83, 859.
 Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1982, I, 1056, concl. J. VELU.
 Cass. 17 juni 1982, *R.C.J.B.* 1986, 680, noot L. CORNELIS.
 Cass. 6 oktober 1982, *Pas.* 1983, I, 183.
 Cass. 27 oktober 1982, *Pas.* 1983, I, 278.
 Cass. 10 mei 1984, *Pas.* 1984, I, 1106.
 Cass. 2 oktober 1984, *R.W.* 1984-85, 2704.
 Cass. 22 april 1985, *Pas.* 1985, I, 1021.
 Cass. 14 juni 1985, *Pas.* 1985, I, 1317.
 Cass. 21 september 1987, *Pas.* 1987, I, 77.
 Cass. 9 november 1987, *T.R.V.* 1988, 355, noot M. WYCKAERT.
 Cass. 15 september 1988, *Pas.* 1989, I, 49, *R.W.* 1989-90, 708, noot G. DE PAUW.
 Cass. 22 september 1988, *R.C.J.B.* 1990, 203, noot R.O. DALCQ.
 Cass. 1 december 1988, *Pas.* 1989, I, 356.
 Cass. 11 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 902.
 Cass. 29 juni 1989, *Pas.* 1989, I, 1196, *R.P.S.* 1989, 175.
 Cass. 26 oktober 1989, *Pas.* 1990, I, 241.
 Cass. 18 mei 1990, *Pas.* 1990, I, 1069.
 Cass. 7 september 1990, *T.R.V.* 1991, 86, noot M.W.
 Cass. 14 december 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 425.
 Cass. 24 januari 1991, *Pas.* 1991, I, 500.
 Cass. 19 december 1991, *R.W.* 1992-93, 396, *J.T.* 1992, 142, concl. J. VELU.
 Cass. 9 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 643.
 Cass. 19 oktober 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1204.

- Cass. 25 maart 1993, *Pas.* 1993, I, 328.
 Cass. 4 november 1993, *Pas.* 1993, I, 924.
 Cass. 11 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 247, concl. J. DU JARDIN.
 Cass. 16 juni 1995, *Pas.* 1995, I, 621.
 Cass. 23 september 1996, *T.R.V.* 1998, 96, noot G. VAN LIMBERGHEN.
 Cass. 19 juni 1997, *Pas.* 1997, I, 700, concl. PIRET.
 Cass. 7 november 1997, *T.R.V.* 1998, 284, noot I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1990, 730, noot V. SIMONART.
 Cass. 26 juni 1998, *R.C.J.B.* 2001, 21, noot B. DUBUISSON.
 Cass. 19 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1297.
 Cass. 17 november 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1446.
 Cass. 14 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1178.
 Cass. 11 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2147, *De Verz.* 2002, 361.
 Cass. 16 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 303, *T.B.H.* 2002, 698, noot C. GEYS, *R.W.* 2002-03, 340, *R.P.S.* 2001, 348.
 Cass. 3 januari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 8, *A.J.T.* 2001-02, 768 noot I. BOONE.
 Cass. 5 september 2002, *Pas.* 2002, I, 1530.
 Cass. 26 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1968.
 Cass. 6 november 2002, *R.W.* 2002-03, 1629, noot B. WEYTS.
 Cass. 6 februari 2003, *Pas.* 2003, I, 283.
 Cass. 29 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1055.
 Cass. 25 oktober 2004, *N.J.W.* 2004, 1316, concl. J.F. LECLERCQ.
 Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1354, concl. J.F. LECLERCQ, *J.T.* 2006, 435, *R.P.S.* 2005, 183, noot Y. DE CORDT, *T.B.H.* 2006, 418, noot A. COIBION, *R.G.A.R.* 2006, nr. 14106, noot C. DALCQ, *DAOR* 2005, 340, noot G. GATHEM, *R.A.G.B.* 2005, 1549, noot I. BLOCKX en E. JANSSENS.
 Cass. 23 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1437.
 Cass. 16 september 2005, *Pas.* 2005, I, 1663, *R.W.* 2008-09, 405.
 Cass. 21 februari 2006, *Pas.* 2006, I, 417.
 Cass. 29 september 2006, *R.W.* 2006-07, 1717, noot A. VAN OEVELEN.
 Cass. 17 november 2006, *T.R.V.* 2007, 138.
 Cass. 20 december 2006, *R.W.* 2009-10, 993 (verkort).
 Cass. 12 januari 2007, *T.B.H.* 2007, 786, noot C. VAN SCHOUBROECK.
 Cass. 18 januari 2007, *N.J.W.* 2008, 80, noot GJ.
 Cass. 22 januari 2007, *Pas.* 2007, I, 122.
 Cass. 19 september 2008, *N.J.W.* 2009, 218, noot GJ.
 Cass. 29 juni 2009, *J.T.T.* 2009, 343, concl. GENICOT.
- Brussel 31 maart 1847, *Pas.* 1849, II, 247.
 Brussel 16 april 1856, *Pas.* 1856, II, 263.
 Brussel 25 april 1856, *Pas.* 1856, II, 129.
 Brussel 24 mei 1859, *Pas.* 1861, II, 349.
 Brussel 8 mei 1862, *Pas.* 1862, II, 321.
 Brussel 14 januari 1897, *R.P.S.* 1897, 329.
 Luik 16 januari 1890, *Pas.* 1890, II, 180.
 Luik 19 oktober 1892, *Pas.* 1893, II, 87.

Brussel 5 mei 1897, *R.P.S.* 1897, 272.
Brussel 8 februari 1899, *Pas.* 1899, II, 227.
Luik, 17 februari 1903, *R.P.S.* 1903, 193.
Brussel 25 februari 1904, *Pand. Pér.* 1904, 843.
Luik 23 oktober 1912, *R.P.S.* 1913, 17.
Brussel 7 januari 1933, *Jur. Comm. B.* 1933, 117.
Antwerpen 12 december 2001, *T. Gez.* 2005-06, 295.
Antwerpen 24 januari 2005, *N.J.W.* 2006, 704.
Antwerpen 11 oktober 2005, *T. Gez.* 2005-06, 393.
Antwerpen 20 november 2006, *T. Gez.* 2006-07, 368.
Antwerpen 27 november 2006, *T. Gez.* 2008-09, 132.
Antwerpen 8 januari 2009, *R.W.* 2010-11, 146, noot B. VAN DEN BERGH.

Kh. Antwerpen 16 december 1887, *J.T.* 1888, 107.
Kh. Antwerpen 16 mei 1889, *Pas.*, III, 72.
Kh. Brussel 9 juli 1897, *Pand Pér.* 1898, 133.
Kh. Brussel 16 januari 1900, *R.P.S.* 1900, 43, noot.
Rb. Brussel 8 mei 1901, *Pas.* 1902, III, 76.
Kh. Brussel 24 maart 1903, *Pand. Pér.* 1903, 558.
Rb. Brussel, 10 februari 1904, *J.T.* 1904, 871.
Kh. Gent 22 juli 1922, *R.P.S.* 1923, 134, noot.
Kh. Gent 22 juli 1922, *R.P.S.* 1923, 134 en noot.
Rb. Brussel 24 juni 1936, *Pas.* 1937, III, 61, *R.P.S.* 1937, 1968, noot.
Kh. Brussel 24 februari 2006, *R.W.* 2006-07, 1211.

1.2. CONCLUSIES VAN HET OPENBAAR MINISTERIE

DUMON, F., Concl. bij Cass. 5 november 1981, *Pas.* 1982, I, 316.
GENICOT, J.-M., Concl. bij Cass. 29 juni 2009, *J.T.T.* 2009, 343.
HAYOIT DE TERMICOURT, R., Concl. bij Cass. 16 december 1948, *J.T.* 1949, 149.
HAYOIT DE TERMICOURT, R., Concl. bij Cass. 31 mei 1957, *Pas.* 1957, I, 1176.
HAYOIT DE TERMICOURT, R., Concl. bij Cass. 17 mei 1962, *R.P.S.* 1962, 254.
LECLERCQ, J.-F., Concl. bij Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1354.
LECLERCQ, P., Concl. bij Cass. 12 juli 1921, *Pas.* 1921, I, 312.
LECLERCQ, P., Concl. bij Cass. 21 december 1933, *Pas.* 1934, I, 115.
LENAERTS, H., Concl. bij Cass. 31 oktober 1980, *R.W.* 1980-81, 1053.
LIEKENDAEL, E., Concl. bij Cass. 15 december 1983, *Pas.* 1984, I, 418.
VÉLU, J., Concl. bij Cass. 19 december 1991, *J.T.* 1992, 142.

1.3. BUITENLANDSE RECHTSCOLLEGES

H.R. 6 april 1979, *Ned. Jur.* 1980, 34.
H.R. 7 januari 1983, *Ned. Jur.* 1984, 607.
H.R. 4 november 1988, *Ned. Jur.* 1989, 244.

- Cass. Fr. 29 maart 1991, *Rec. Dall.* 1991, 324, noot C. LARROUMET.
 Cass. Fr. 25 februari 2000, *Rec. Dall.* 2000, 673, noot P. BRUN.

2. RECHTSLEER

- ANCEL, P., "La responsabilité contractuelle et ses relations avec la responsabilité extracontractuelle dans l'avant-projet français" in B. WINI (ed.), *La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens*, Brussel-Genève, Bruylant-Schulthess, 2008, 159-179.
- ANDRÉ-DUMONT, A.-P., BRÜLS, C. en CULOT, H., "Responsabilité des organes de société: la restauration?" in X (ed.), *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, 21-39.
- ARNTZ, E., *Cours de droit civil français*, IV dln., Brussel, Bruylant-Christophe, 1879-1880.
- ARTEIL, D., *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers, 2006, 482 p.
- ASENCIO, S., "Le dirigeant de société, un mandataire 'spécial' d'intérêt commun", *Revue des Sociétés* 2000, 683-713.
- ASSER, C., VAN DER GRINTEN, W. en KORTMANN, S., *De vertegenwoordiging*, in *Asser-reeks*, II/1, 8e uitgave, Deventer, Kluwer, 2004, 212 p.
- ASSER, C., VAN DER GRINTEN, W. en MAEIJER, J., *De rechtspersoon*, in *Asser-reeks*, II/2, 8e uitgave, Deventer, W.E.J. Tjeenk-Willink, 1997, 579 p.
- ASSER, C. en HARTKAMP, A., *Verbintenissenrecht*, in *Asser-reeks*, 4/III, *De verbintenissen uit de wet*, 11e uitgave, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2002, 412 p.
- ASSER, C. en SCHOLTEN, P., *Algemeen deel*, in *Asser-reeks*, I/1, 3e uitgave, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1974, 198 p.
- AUBRY, C. en RAU, C., *Cours de droit civil français*, 5e uitgave, XII dln., Parijs, Marchal et Billard, 1897-1922.
- BALLON, G., GEENS, K. en STUYCK, J., *Handels- en vennootschapsrecht*, 6e uitgave, Antwerpen, Kluwer, 1999, 388 p.
- BALLOT-LÉNA, A., *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, Parijs, L.G.D.J., 2008, 560 p.
- BARUCHEL, N., *La personnalité morale en droit privé*, Parijs, L.G.D.J., 2004, 436 p.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de droit civil*, 9e uitgave, III dln., Parijs, Librairie Sirey, 1906-1907.
- BEEKHUIS, J., *Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1934, 123 p.
- BELTJENS, G., *Encyclopédie du droit commercial belge*, 2e uitgave, III dln., Brussel, Bruylant, 1911.
- BENOÎT-MOURY, A., "De quelques modifications fondamentales apportées au droit des sociétés" in H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH (eds.), *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1995*, Antwerpen, Maklu, 1996, 1-34.
- BENOÎT-MOURY, A. en PELTZER, P., "Représentation de la société anonyme depuis la première directive européenne de coordination du droit des sociétés", *Revue Pratique des Sociétés* 1977, 57-108.

- BERTSCH, C., "La gestion de l'entreprise et la représentation des SA, SPRL et SCRL" in M. COIPEL (ed.), *Droit des sociétés commerciales*, I, Waterloo, Kluwer, 2006, 611-693.
- BEUDANT, C., "Des sociétés commerciales. Des origines et du système général de la loi du 24 juillet 1867 (premier article)", *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* 1867, 404-431.
- BIHAIN, L., "Responsabilité des dirigeants de société à l'égard des tiers. Pas d'immunité de principe en faveur des organes de société", *J.T.* 2006, 421-427.
- BLACK, A., "Editor's introduction" in A. BLACK (ed.), *Community in historical perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, xiv-xxxiii.
- BOCKEN, H., "Van fout naar risico. Een overzicht van de objectieve aansprakelijkheidsregelingen naar Belgisch recht", *T.P.R.* 1984, 329-415.
- BOCKEN, H., "De aansprakelijkheid van rechtspersonen, hun organen, aangestelden en zelfstandige hulppersonen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 489-520.
- BOONE, I., "Artikel 1384, derde lid B.W. en de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor de fouten begaan door het verplegend personeel", noot bij Cass. 3 januari 2002, *A.J.T.* 2001-2002, 769-772.
- BOONE, I., *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 722 p.
- BOUCKAERT, B., *De exegetische school*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 527 p.
- BOUCKAERT, F., *Notarieel vennootschapsrecht. N.V. en B.V.B.A.*, 2e uitgave, II dln., Antwerpen, Kluwer, 2000.
- BUDINGTON DUBOIS, A., *The English business company after the Bubble Act 1720-1800*, New York, The Commonwealth Fund, 1938, 522 p.
- BYTTEBIER, K., *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, 2e uitgave, Antwerpen, Maklu, 2005, 787 p.
- C.D., noot bij Kh. Gent 22 juli 1922, *R.P.S.* 1923, 134.
- CAMBIER, C., *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Brussel, Larcier, 1947, 548 p.
- CAMBIER, C., noot bij Cass. 29 mei 1947 en Gent 2 mei 1944, *J.T.* 1947, 540-542.
- CAMBIER, C., noot bij Cass. 16 december 1948, *J.T.* 1949, 150-153.
- CAMBIER, C., *Aansprakelijkheid van de openbare besturen*, in X (ed.), *Administratief Lexicon*, Brugge, die Keure, 1958, 131 p.
- CLAEYS, I., *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 713 p.
- CLAEYS, I., "Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ..." in B. TILLEMAN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 1-42.
- CLAEYS, I., "Het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid: zijn wetschending en fout nog één?" in X (ed.), *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 193-231.
- COIBION, A., "Responsabilité extracontractuelle des administrateurs ou gérants: retour à une interprétation orthodoxe de la théorie de l'organe", noot bij Cass. 20 juni 2005, *T.B.H.* 2006, 421-425.
- COING, H., "Le développement de la procuration (Vollmacht) en droit allemand", *Travaux et conférences de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles* 1964, nr. 1, 45-53.

- COING, H., *Europäisches Privatrecht*, I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985, 665 p.
- COING, H., *Europäischer Privatrecht*, II, *19. Jahrhundert*, München, C.H. Beck'sche verlagsbuchhandlung, 1989, 678 p.
- COIPEL, M., "Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés" in X (ed.), *Répertoire notarial*, XII – 2, Brussel, Larcier, 1982, 1-303.
- COIPEL, M., *Introduction au droit des sociétés et autres groupements*, in X (ed.), *Guide juridique de l'entreprise*, Titre I – boek 11.1, 2e uitgave, Brussel, Kluwer, 2002, 93 p.
- COPPENS, P., "La computation « en personne » des sociétés commerciales et la controverse issue de l'article 728 du Code Judiciaire", *Revue Pratique des Sociétés* 1970, 149-163.
- CORBIAU, J., "De la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes", *R.P.S.* 1903, 195-202.
- CORBIAU, J., "De la responsabilité des sociétés anonymes, eu égard aux cessions de leurs actions faites sur la foi de leurs faux bilans", *R.P.S.* 1909, 273-279.
- CORBIAU, J., "De la responsabilité civile des sociétés commerciales du chef des délits et quasi-délits de leurs administrateurs", *La Belgique Judiciaire* 1940, nr. 1, 1-17.
- CORBISIER, I., "Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale", *R.P.S.* 1994, 5-118.
- CORNELIS, L., "L'obligation « in solidum » et le recours entre coobligés", noot bij Cass. 17 juni 1982, *R.C.J.B.* 1986, 684-707.
- CORNELIS, L., *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 744 p.
- CORNELIS, L., "Fout en wetsovertreding in het handelsverkeer: enkele beschouwingen" in X (ed.), *Mélanges Roger Dalcq. Responsabilités et assurances*, 1994, 35-53.
- CORNELIS, L., "Plaidoyer pour une responsabilité uniforme en cas d'abus de fonction", *Revue Critique de la Jurisprudence Belge* 1997, 309-360.
- CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 997 p.
- CORNELIS, L., "De ene bestuurder is de andere niet, ook niet in vennootschappen" in X (ed.), *Van alle markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 239-258.
- CORNELOUP, S., *La publicité des situations juridiques*, Parijs, L.G.D.J., 2003, 565 p.
- CORNU, G. (ed.), *Vocabulaire juridique*, Parijs, PUF, 1987, 839 p.
- COULOMBEL, P., *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Langres, Imprimerie Moderne, 1950, 408 p.
- DABIN, J. noot bij Cass. 16 december 1948, *R.C.J.B.* 1949, 99-112.
- DALCQ, C., *La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui*, in X (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre IV – Boek 40, Brussel, Editions Kluwer, 2000, 39 p.
- DALCQ, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, 2e uitgave, II dln., Brussel, Larcier, 1967.
- DALCQ, R.O., "Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée", noot bij Cass. 22 september 1988, *R.C.J.B.* 1990, 207-214.
- DANIS-FANTÔME, A., *Apparence et contrat*, Parijs, L.G.D.J., 2004, 676 p.
- DAUW, P., "Het optreden in rechte van de rechtspersoon", *Cahiers Antwerpen Brussel Gent* 2006/2, 1-42.

- DE BECKER, A., *De overheid en haar personeel. Juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 672 p.
- DE BOECK, A., *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 572 p.
- DE CONINCK, J., *De voorwaarde in het contractenrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 620 p.
- DE CORDT, Y., “Chronique d’une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société”, noot bij Cass. 20 juni 2005, *R.P.S.* 2005, 194-242.
- DE CORDT, Y. en DELVAUX, M.A., “La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier” in Y. DE CORDT en D. PHILIPPE (eds.), *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Brussel, La Charte, 2007, 2-85.
- DEKKERS, R., *Handboek burgerlijk recht*, 2e uitgave, III dln., Brussel, Bruylant, 1971-1972.
- DEKKERS, R., *Précis de droit civil belge*, III dln., Brussel, Bruylant, 1954-1955.
- DEKKERS, R., *La fiction juridique*, Parijs, Sirey, 1935, 248 p.
- DEKKERS, R. en VERBEKE, A., *Handboek burgerlijk recht*, 3e uitgave, Antwerpen, Intersentia, 2007, 820 p.
- DE LIEDEKERKE, J., “Observations sur la théorie de l’organe”, *Journal des Tribunaux* 1956, 19-20.
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, VII dln., Parijs, Rousseau, 1923-1933.
- DE NAUW, A. en DERUYCK, F., “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen”, *R.W.* 1999-2000, 897-914.
- DE ROOVER, R., “The organisation of trade” in M. POSTAN, E. RICH en E. MILLER (eds.), *The Cambridge economic history of Europe*, III, *Economic organization and policies in the Middle Ages*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, 42-118.
- DERUYCK, F., *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 308 p.
- DESCAMPS, O., *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, Parijs, L.G.D.J., 2005, 562 p.
- DE SCHEPPER, J., “Het gezag van de aansteller: van mogelijkheid tot gezag naar mogelijkheid tot gezagsuitoefening”, noot bij Cass. 21 februari 2006, *R.W.* 2008-09, 317-320.
- DE SCHRIJVER, D., “In hoeverre zijn vennootschapsbestuurders persoonlijk aansprakelijk voor door de vennootschap onbetaald gebleven bedrijfsvoorheffing?”, *Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap* 2001, 554-562.
- DE SCHRIJVER, D., “De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor onbetaald gebleven voorheffingen en belastingen betreffende de vennootschap, vereniging of stichting”, noot bij Antwerpen 12 november 2004 en 19 april 2005, Gent 22 februari 2005 e.a., *T.R.V.* 2005, 351-355.
- DE VOS, A., *Commentaire pratique et critique de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales*, Brussel, Monnom, 1886.
- DEVOS, W. en CAIMO, V., “Kunnen vennootschapsmandatarissen een beroep doen op de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 van de arbeidsovereenkomstenwet”, *T.R.V.* 2009, 611-637.
- DE WULF, H., *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 910 p.
- DE WULF, H., “Het Hof van cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders” in X (ed.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 517-546.

- DE WULF, H. en DE GEYTER, S., "Aansprakelijkheid van de rechtspersonen en hun vertegenwoordigers" in X (ed.), *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 103-191.
- DIDIER, P., *De la représentation en droit privé*, Parijs, L.G.D.J., 2000, 461 p.
- DIEUX, X., "La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers: une révolution de velours" in X (ed.), *Mélanges John Kirkpatrick*, Brussel, Bruylant, 2004, 225-242.
- DIEUX, X., "La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme: questions de principe!" in A. PUTTEMANS (ed.), *Actualités en droit des sociétés*, Brussel, Bruylant, 2006, 103-140.
- DIEUX, X. en DE CORDT, Y., "Examen de jurisprudence (1991-2005): Les sociétés commerciales", *R.C.J.B.* 2008, 405-526 en 577-657.
- DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus*, Parijs, Michel-Etienne David, 1735.
- DONDERO, B., "Le code de commerce de 1807 et le mystère de la personnalité morale" in P. LE CANNU (ed.), *D'un Code à l'autre: le droit commercial en mouvement*, Parijs, L.G.D.J., 2008, 211-219.
- DUBUISSON, B., "Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile", noot bij Cass. 26 juni 1998, *R.C.J.B.* 2001, 28-72.
- DUBUISSON, B., *Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle (1)*, in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Prel. titel – boek 3, Brussel, Editions Kluwer, 2003, 39 p.
- DU FAUX, H., "Représentation organique et conventionnelle des sociétés commerciales en droit belge", *R.P.N.B.* 1968, 330-368.
- DUFF, P.W., *Personality in Roman private law*, New York, Kelley Publishers, 1971 (eerste uitgave herdruk van: Londen, Cambridge University Press, 1938), 241 p.
- DURANTON, M., *Traité du contrat de louage, de société et du prêt*, 3e uitgave, Parijs, Tous-saint, 1834, 703 p.
- ERNST, P., *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 1153 p.
- FAGNART, J.-L., "Problèmes de responsabilité au cas de faute commise par un préposé mis à la disposition d'un tiers", noot bij Cass. 8 november 1979 en Cass. 17 januari 1980, *R.C.J.B.* 1980, 300-321.
- FAGNART, J.-L., "Responsabilité du fait d'autrui" in B. TILLEMANS en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 169-211.
- FAURE, M., "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de onderneming", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2000, 1293-1363.
- FAURE ABBAD, M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Poitiers, Université de Poitiers, 2003, 546 p.
- FAURÈS, J. en DE MEYER, J., *La pensée juridique du Procureur Général Paul Leclercq*, Brussel, Bruylant, 1953, 533 p.
- FEENSTRA, R., *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, 6e uitgave, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1994, 340 p.
- FERRIER, N., *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Montpellier, Litec, 2005, 591 p.

- FLOUR, J., *Les rapports de commettant à préposé dans l'article 1384 du Code Civil*, Parijs, Librairie Dalloz, 1933, 378 p.
- FORIERS, P.A., "Aspects de la représentation en matière contractuelle" in X (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, 221-283.
- FORIERS, P.A., noot bij Cass. 20 januari 2000, *T.B.H.* 2000, 485-492.
- FORIERS, P.A. en JAFFERALI, R., "La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes. Annotations sur le régime général de responsabilité" in VANHAM & VANHAM (ed.), *Les responsabilités des administrateurs, dirigeants et conseillers*, Studiedag 30 september 2004, 1-46.
- FORIERS, P.A. en SIMONT, L., "Observations sur un revirement de jurisprudence: représentation et responsabilité aquilienne des organes et mandataires de société" in X (ed.), *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, 419-431.
- FORIERS, P.A., *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Brussel, Larcier, 2006, 189 p.
- FORIERS, P.A., "Responsabilité personnelle des organes, mandataires, préposés et agents d'exécution. Responsabilité du fait d'autrui" in P. VAN OMMESELAGHE (e.), *Actualités en droit de la responsabilité*, Brussel, Bruylant, 2010, 75.
- FRANÇOIS, A., *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht. Inhoud en grondslagen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 795 p.
- FRANÇOIS, A., "Tweestrijd omtrent het directiecomité" in X (ed.), *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Brussel, Bruylant, 2006, 433-467.
- FRÉDÉRICQ, L., *Beginselen van het Belgisch handelsrecht*, III dln., Gent, Van Rysselberghe & Rombaut, 1927-1935.
- FRÉDÉRICQ, L., *Handboek van Belgisch handelsrecht*, II dln., Brussel, Bruylant, 1962-1963.
- FRÉDÉRICQ, L., *Traité de droit commercial belge*, X dln., Gent, Fechey, 1946-1955.
- GEELHAND, N., "De externe vertegenwoordigingsmacht van de organen van de vennootschap (art. 54, lid 3 en 130, lid 3 Venn.W.). Een rechtsvergelijkende schets m.b.t. de goede en kwade trouw van de derde-medecontractant", *T.R.V.* 1994, 63-84.
- GEENS, K., "De fundamente van het vennootschapsrecht dooreengeschud voor de eeuw-wende" in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, 13-60.
- GEENS, K., DENEFF, M., HELLEMANS, F., TAS, R. en VANANROYE, J., "Overzicht van rechtspraak: Vennootschappen 1992-1998", *T.P.R.* 2000, 99-538.
- GEENS, K., HELLEMANS, F. en WYCKAERT, M., "Artikelsgewijze commentaar van de inhoudelijke wijzigingen ingevolge het Wetboek van Vennootschappen" in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Het Wetboek van Vennootschappen en zijn uitvoeringsbesluit*, Kalmthout, Biblo, 2002, 27-444.
- GEENS, K. en VANANROYE, J., "Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA" in K. GEENS (ed.), *Vennootschaps- en financieel recht*, Themischahier 11, Brugge, die Keure, 2001-2002, 5-25.
- GEENS, K. en VANANROYE, J., "De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen" in W. VAN ECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 425-487.

- GLANSDORFF, F., "Réflexions sur la théorie de l'organe" in X (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 61-86.
- GOFFIN, J.-F., *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 2e uitgave, Brussel, Larcier, 2004, 505 p.
- GOSSELIN, A., "La réforme du 13 avril 1995 : la fin de la théorie des cadres légaux obligatoires et l'apparition d'une société commerciale à forme civile", *Act. Dr.* 1997, 717.
- GUILLERY, J., *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales en Belgique*, Brussel, Bruylant, 1878, 572 p.
- GUILLERY, J., *Des sociétés commerciales en Belgique. Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, 2e uitgave, IV dln., Brussel, Bruylant-Christophe, 1882.
- GUYÉNOT, J., *La responsabilité des personnes morales publiques et privées*, Parijs, L.G.D.J., 1959, 302 p.
- HAMBLIN, C., *Fallacies*, Londen, Methuen & Co, 1970, 326 p.
- HANSENNE, J., *Introduction au droit privé*, 3e uitgave, Diegem, Story-Scientia, 1997, 342 p.
- HANSMANN, H., KRAAKMAN, R.H. en SQUIRE, R., "Law and the rise of the firm", *Harvard Law Review* 2006, 1333-1403.
- HANSMANN, H. en KRAAKMAN, R.H., "The uneasy case for limiting shareholder liability in tort", *Yale Law Journal* 1991, 1879-1934.
- HARRIS, R., "The Bubble Act: Its passage and its effects on business organization", *Journal of Economic History* 1994, 54, 610-627.
- HEIRBAUT, D. en BAETEMAN, G., *Cumulative editie van het Burgerlijk Wetboek*, II dln., Gent, 2004.
- HELLEMANS, F., *De algemene vergadering*, Kalmthout, Biblo, 2001, 814 p.
- HENRY, P., "La responsabilité du fait d'autrui: commettants, préposés et organes" in COMMISSION UNIVERSITÉ-PALAIS (ed.), *Droit de la responsabilité*, Luik, Editions CUP, 1996, 202-271.
- HERBOTS, J., STIJNS, S., DEGROOTTE, E., LAUWERS, W. en SAMOY, I., "Overzicht van rechtspraak: bijzondere overeenkomsten (1995-1998)", *T.P.R.* 2002, 57-923.
- HILAIRE, J., *Introduction historique au droit commercial*, Parijs, PUF, 1986, 355 p.
- HOEKZEMA, J., *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 249 p.
- HORMANS, G., "La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes" in X (ed.), *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, 553-571.
- HOUPIN, C. en BOSVIEUX, H., *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7e uitgave, III dln., Parijs, Librairie Sirey, 1935.
- HUET, J., *Les principaux contrats spéciaux*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, 2e uitgave, Parijs, L.G.D.J., 2001, 1697 p.
- HUNT, B., "The joint-stock company in England, 1800-1825", *Journal of Political Economy* 1935, 43, 1-33.
- JOCQUÉ, G., "Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid" in X (ed.), *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 1-101.
- JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français*, III dln., Parijs, Sirey, 1930.
- JULIEN, J., *La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités*, Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 526 p.

- KASER, M., *Romeins privaatrecht*, vertaald uit het Duits door F.B.J. WUBBE, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1974, 458 p.
- KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., "Overzicht van rechtspraak (1981-1992): verbintenissen", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1994, 171-721.
- LABARTHE, F. en NOBLOT, C., *Le contrat d'entreprise*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité des contrats*, Parijs, L.G.D.J., 2008, 871 p.
- LACOUR, L. en BOUTERON, J., *Précis de droit commercial*, 3e uitgave, IV dln., Parijs, Dalloz, 1925.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, XXXIII dln., Brussel, Bruylant, 1869-1878.
- LEFEBVRE-TEILLARD, A., *La société anonyme au XIXe siècle*, Parijs, PUF, 1985, 481 p.
- LEFEBVRE-TEILLARD, A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Parijs, PUF, 1996, 475 p.
- LEGEAIS, R., "L'évolution de la responsabilité civile des maîtres et commettants du fait de leurs préposés en droit français et en droit allemand" in P. COUVROT (ed.), *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, Parijs, PUF, 1992, 303-315.
- LÉONARD, T., *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Brussel, Larcier, 2005, 894 p.
- LÉVY-BRUHL, H., *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècles*, Parijs, Domat-Montchrestien, 1938, 281 p.
- LINDITCH, F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Parijs, L.G.D.J., 1997, 334 p.
- LIVERMORE, S., "Unlimited liability in early American corporations", *Journal of Political Economy* 1935, 674-687.
- LOCRIÉ, J., *Législation civile, commerciale et criminelle ou Commentaire et complément des codes français*, XVI dln., Brussel, H. Tarlier, 1836-1838.
- LÖWENSTEYN, F., *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1959, 338 p.
- LÖWENSTEYN, F., *Over het rechtmatig en onrechtmatig "handelen" van de naamloze vennootschap*, Amsterdam, Scheltema & Holkema, 1965, 30 p.
- LÖWENSTEYN, F., "In memoriam 'het orgaan handelende binnen den formelen kring van zijn bevoegdheid'" in X (ed.), *Gratia commercii. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. A. van Oven*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1981, 121-136.
- LÖWENSTEYN, F., "Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap", *Ars Aequi* 1985, 720-726.
- LUBACH, R., *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, Deventer, Kluwer, 2005, 527 p.
- MAEIJER, J. en RONSE, J., *De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht*, Deventer, Kluwer, 1978, 83 p.
- MAHONEY, P., "Contract or concession? An essay on the history of corporate law", *Georgia Law Review* 2000, 873-893.
- MAITLAND, F.W. (ed.), *Political Theories of the Middle Ages by Otto Gierke*, Cambridge, Cambridge University Press, 1968 (eerste uitgave 1900), 197 p.
- MALHERBE, J., LAMBRECHT, P. en MALHERBE, P., *Droit des sociétés*, Brussel, Bruylant, 2004, 1203 p.

- MARTIN, G., *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, Doctoraal proefschrift Nancy II, 1977, 313 p.
- MARX, J.-M., *De la responsabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes*, Brussel, Larcier, 1932, 232 p.
- MAZEAUD, H. en MAZEAUD, L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, 1e uitgave, II dln., Parijs, Sirey, 1931.
- MESSAÏ-BAHRI, S., "Le statut des dirigeants de société" in P. LE CANNU (ed.), *D'un Code à l'autre: le droit commercial en mouvement*, Parijs, L.G.D.J., 2008, 235-245.
- MESTRE, A., *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Parijs, Rousseau, 1899, 360 p.
- MICHEL, J.-H., *La gratuité en droit romain*, Brussel, Editions de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1962, 633 p.
- MICHOUD, L., "La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la doctrine française contemporaine" in X (ed.), *Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1911, 493-524.
- MICHOUD, L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3e uitgave, II dln., Parijs, L.G.D.J., 1932 (eerste uitgave 1906).
- MOGI, S., *Otto von Gierke. His political teaching and jurisprudence*, Londen, P.S. King & Son, 1932, 291 p.
- NAMUR, P., *Le code de commerce belge révisé*, 2e uitgave, III dln., Brussel, Bruylant, 1884.
- NELISSE GRADE, J.-M., "Les aménagements statutaires et contractuels" in C.D.V.A. (ed.), *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Brussel, Bruylant, 2004, 249-280.
- OLDENHUIS, F., *Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad van anderen*, Deventer, Kluwer, 1985, 198 p.
- ORIANNE, P., noot bij Brussel 22 oktober 1948, *J.T.* 1949, 279-280.
- PAGNUCCO, J.-C., *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne en L.G.D.J., 2006, 515 p.
- PHILIPPE, D. en GATHEM, G., "A quelles conditions le dirigeant peut-il engager sa responsabilité aquilienne personnelle à l'égard des tiers? Les pièges de l'article 1382 du Code Civil" in Y. DE CORDT en D. PHILIPPE (eds.), *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Brussel, La Charte, 2007, 87-152.
- PIC, P., *Des sociétés commerciales*, 2e uitgave, III dln., Parijs, Rousseau, 1925.
- PIRSON, R. en DE VILLÉ, A., *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, II dln., Brussel, Bruylant, 1935.
- PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, 1e uitgave, XIV dln., Parijs, L.G.D.J., 1925-1934.
- PONT, P., *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, in V. MARCADÉ (ed.), *Explication du Code Napoléon*, VII, Parijs, Delamotte, 1872, 524 p.
- POSNER, R., *Economic analysis of law*, 5e uitgave, New York, Aspen, 1998, 802 p.
- POTHIER, R.-J., *Œuvres de R.-J. Pothier, contenant les traités du droit français*, uitgave verzorgd door DUPIN, VIII dln., Brussel, H. Tarlier e.a., 1829-1834.
- QUIEVY, J.-F., *Anthropologie juridique de la personne morale*, Parijs, L.G.D.J., 2009, 416 p.
- RENARD, C. en C. GOOSSENS, "Responsabilité de la puissance publique du fait de services commis par ses organes", noot bij Luik 26 april 1955, *R.C.J.B.* 1956, 10-20.
- RESTEAU, C., *Traité des sociétés anonymes*, 2e uitgave, II dln., Brussel, Polydore Pée, 1933.

- RESTEAU, C., *Traité des sociétés anonymes*, 3e uitgave, II dln., Brussel, Swinnen, 1982.
- RONSE, J., "De aansprakelijkheid van de onbevoegde vertegenwoordiger in het wisselrecht", *Rechtskundig Weekblad* 1961-62, 969-988.
- RONSE, J., *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973 tot aanpassing aan de eerste E.E.G.-Richtlijn van 9 maart 1968*, Gent, Story-Scientia, 1973, 282 p.
- RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 3e uitgave, Leuven, Acco, 1975, 530 p.
- RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling*, in A.P.R., 2e uitgave, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 411 p.
- RONSE, J. en STORME, M., "Proceshandelingen van en tegen vennootschappen volgens het nieuw Gerechtelijk Wetboek", *Rechtskundig Weekblad* 1968-69, 1873-1888.
- RONSE, J. en VAN HULLE, K., "Overzicht van rechtspraak (1968-1977): Vennootschappen", *T.P.R.* 1978, 681-970.
- RUTTEN, S., "Commentaar bij art. 61 W.Venn." in X (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, Kluwer, 2003 (losbl.), 1-10.
- RUTTEN, S., "Commentaar bij art. 76 W.Venn." in X (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, I, Kluwer, 2003 (losbl.), 1-12.
- RUTTEN, S., "Commentaar bij art. 77 W.Venn." in X (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, I, Kluwer, 2003 (losbl.), 1-7.
- RUYSSEVELDT, J., *De gewone commanditaire vennootschap*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 493 p.
- SALEILLES, R., *De la personnalité juridique*, 2e uitgave, Parijs, Rousseau, 1922 (eerste uitgave 1910), 684 p.
- SAMOY, I., "'What's in a name?' Het 'in naam van-vereiste' bij de vertegenwoordiging vier jaar na Schoordijk" in X (ed.), *Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme*, Brussel, E. Story-Scientia, 2004, 563-576.
- SAMOY, I., *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 762 p.
- SAMOY, I., "Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2007, 173-208.
- SCHOORDIJK, H., "Het 'op naam vereiste' bij de vertegenwoordiging honderd jaar na Schlossmann", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2000, 1069-1106.
- SICARD, G., *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Age*, Parijs, Librairie A. Colin, 1953, 408 p.
- SIEBURGH, C., *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2000, 306 p.
- SIMONART, V., *La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel, Bruylant, 1995, 670 p.
- SIMONART, V., "La quasi-immunité des organes en droit privé", noot bij Cass. 7 november 1997, *R.C.J.B.* 1999, 732-774.
- SIMONART, V., "La théorie de l'organe" in Y. POULLET, P. WÉRY en P. WYNANTS (eds.), *Liber amicorum Michel Coipel*, Brussel, Kluwer, 2004, 713-732.
- SIMONT, L., "Les administrateurs « de facto » et les enseignements des droits anglais et américains", noot bij Brussel 6 mei 1963, *R.C.J.B.* 1966, 462-487.

- SIMONT, L., "Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation" in X (ed.), *Les sociétés commerciales*, 1985, 59-124.
- SIMONT, L., "Exposé introductif" in B. GLANSDORFF (ed.), *Les intermédiaires commerciaux*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1990, 7-28.
- SIMONT, L., DE GAVRE, J. en FORIERS, P.A., "Examen de jurisprudence (1976-1980). Les contrats spéciaux (3e partie)", *R.C.J.B.* 1986, 317-454.
- SIMONT, L. en FORIERS, P.A., "Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux (suite et fin)", *Revue Critique de la Jurisprudence Belge* 2001, 471-587.
- SLIM, H., "Recherche sur la responsabilité du fait d'autrui en droit comparé", *Resp. civile et assurances* 2000, nr. buiten reeks, 52-62.
- STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Parijs, Rodstein, 1947, 503 p.
- STARCK, B., ROLAND, H. en BOYER, L., *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, 5e uitgave, Parijs, Litec, 1996, 582 p.
- STIJNS, S., *Verbintenissenrecht*, III dln., Brugge, die Keure, I, 2005, 268 p.
- STORCK, M., *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Parijs, L.G.D.J., 1982, 270 p.
- STORME, M.E., "Het recht inzake meerpartijenverhoudingen in het ontwerp-GRK vergeleken met het Belgische recht (vertegenwoordiging, derdenbeding, cessie, subrogatie, garantie, delegatie)", *T.P.R.* 2009, 1039-1101.
- STUYCK, J., *Handelspraktijken*, in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (ed.), *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, XIII-2.A, 2e uitgave, Mechelen, Kluwer, 2004, 483 p.
- SUPPLE, B., "The nature of enterprise" in E. RICH en C. WILSON (eds.), *The Cambridge economic history of Europe*, V, *The economic organization of early modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, 393-461.
- Taelman, P., "Het optreden in rechte van (privaatrechtelijke) entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid en rechtspersonen voor de judiciële rechtscolleges" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 33-81.
- Th., Th., noot bij Luik 18 november 1910, *R.P.S.* 1911, 259.
- THIRIAU, J.-L., "Un code traditionaliste pour un droit nouveau" in P. LE CANNU (ed.), *D'un Code à l'autre: le droit commercial en mouvement*, Parijs, L.G.D.J., 2008, 21-43.
- THIRY, V., *Cours de droit civil*, IV dln., Luik, H. Vaillant-Carmanne, 1892-1893.
- THIRY, V., "Des rapports existants dans les sociétés civiles entre les associés et les tiers", *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, VII, 289-316.
- THIRY, V., "Les sociétés civiles: constituent-elles des personnes juridiques distinctes de celles des associés", *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, V, 412-446.
- TILLEMANS, B., "Commentaar bij art. 64 W.Venn." in X (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar*, I, Kluwer, 1999 (losbl.), 1-27.
- TILLEMANS, B., *Lastgeving*, in A.P.R., Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 396 p.
- TILLEMANS, B., *Bestuur van vennootschappen*, 2e uitgave, Brugge, die Keure, 2005, 806 p.
- TILQUIN, T. en SIMONART, *Traité des sociétés*, III dln., Diegem, Kluwer, 1996-2005.
- TROPLONG, R., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Du contrat de société*, Brussel, Ad. Wahlen et Compagnie, 1843, 416 p.

- UYTTERHOEVEN, K., "Ondergrondse constructies in het Belgische aansprakelijkheidsrecht" in C. ADRIAANSENS en V. SAGAERT (eds.), *Ondergrondse constructies in het Belgische en Nederlandse recht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 51-90.
- VANANROYE, J., "Enkele evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid" in K. GEENS (ed.), *Vennootschaps- en financieel recht*, Themischahier 29, Brugge, die Keure, 2004-2005, 77-100.
- VANANROYE, J., "Over stille en openbare maatschappen", *Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap* 1999, 1453-1510.
- VANANROYE, J., "Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap" in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1999, 205-296.
- VANANROYE, J., "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties" in X (ed.), *Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme*, Brussel, E. Story-Scientia, 2004, 753-793.
- VAN BOGAERT, V., *De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief*, Apeldoorn, Maklu, 2005, 572 p.
- VAN CREVELD, I., *Aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor onrechtmatige daden volgens privaatrecht*, Amsterdam, Van Creveld & Co, 1912, 272 p.
- VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M., WYNANT, L. en DEBAENE, M., "Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1994-1999)", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2000, 1551-1955.
- VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., "Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad (1985-1993)", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1995, 1115-1534.
- VANDENBOGAERDE, M., *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 209 p.
- VAN DYCK, S. en FRANSSEN, V., "Tien jaar strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen (deel 1)", *T.R.V.* 2008, 599-654.
- VAN ECKHOUTTE, W., "Gezag' in de cassatierechtspraak", *N.J.W.* 2005, 2-17.
- VAN GERVEN, D., *Rechtspersonen*, in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (ed.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, IV-1, Mechelen, Kluwer, 2007, 688 p.
- VAN GERVEN, D. en WYCKAERT, M., "Kroniek vennootschapsrecht 1999-2000", *T.R.V.* 2000, 236-368.
- VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 509 p.
- VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, I, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 519 p.
- VAN GERVEN, W., *Tort Law Ius Commune casebooks*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 969 p.
- VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, 2e uitgave, Leuven, Acco, 2006, 719 p.
- VAN HECKE, G., "La responsabilité des sociétés pour faits de leurs administrateurs en droit belge", *Rivista delle società* 1956, 1010-1019.
- VAN HECKE, G., "De locatio operis faciendi: een bijdrage tot de systematiek van de contractentypes", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1966, 343-359.
- VAN OEVELEN, A., "De aansprakelijkheid van de staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991", *Rechtskundig Weekblad* 1992-93, 377-396.

- VAN OEVELEN, A., "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst", *Rechtskundig Weekblad* 1987-88, 1168-1205.
- VAN OEVELEN, A., *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen, Maklu, 1987.
- VAN OMMESLAGHE, P., *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1960, 595 p.
- VAN OMMESLAGHE, P. en SIMONT, L., "La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d'administration des sociétés anonymes", noot bij Cass. 17 mei 1962, *R.C.J.B.* 1964, 74-103.
- VAN OMMESLAGHE, P., "Examen de jurisprudence (1974 à 1982): les obligations", *Revue Critique de la Jurisprudence Belge* 1986, 33-259.
- VAN OMMESLAGHE, P. en DIEUX, X., "Examen de jurisprudence (1979-1990): les sociétés commerciales (première partie)", *R.C.J.B.* 1992, 573-705.
- VAN OMMESLAGHE, P. en DIEUX, X., "Examen de jurisprudence (1979-1990): les sociétés commerciales (suite)", *R.C.J.B.* 1993, 639-824.
- VAN OMMESLAGHE, P., "La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne" in X (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid. XIXe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 413-442.
- VAN OMMESLAGHE, P., "L'exécution des contrats de service par autrui" in F. GLANSDORFF en P.A. FORIERS (eds.), *Les contrats de service*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, 237-279.
- VAN OMMESLAGHE, P., "La théorie de l'organe: évolutions récentes" in Y. POULLET, P. WÉRY en P. WYNANTS (eds.), *Liber amicorum Michel Coipel*, Brussel, Kluwer, 2004, 765-786.
- VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, III dln., Brussel, Bruylant, 2010.
- VAN QUICKENBORNE, M., "De verbintenis 'in solidum' in een impasse?", *Rechtskundig Weekblad* 1977-78, 2621-2648.
- VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, 549 p.
- VAN RYN, J., "Responsabilité aquilienne et contrats", *Journal des Tribunaux* 1975, 505-506.
- VAN RYN, J. en DIEUX, X., "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers", *Journal des Tribunaux* 1988, 401-404.
- VAN SCHILFGAARDE, P., *Toerekening van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1969, 183 p.
- VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 947 p.
- VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 935 p.
- VERSTRAETEN, R., *Handboek strafvordering*, 4e uitgave, Antwerpen, Maklu, 2005, 1173 p.
- VERVLIET, V., *Buitencontractuele aansprakelijkheid bij professionele risico's*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 679 p.
- VINEY, G. en JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, 3e uitgave, Parijs, L.G.D.J., 2006, 1397 p.
- VINEY, G., *Introduction à la responsabilité*, in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil*, 3e uitgave, Parijs, L.G.D.J., 2007, 693 p.

- VON BAR, C. en E. CLIVE, *Principles, definitions and model rules of European private law. Draft common frame of reference (DCFR): Full edition*, München, Sellier, 2009, VI dln.
- VON BAR, C. en DROBNIG, U., *The interaction of contract law and tort and property law in Europe. A comparative study*, München, Sellier, 2004, 541 p.
- VON GIERKE, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, IV dln., Berlijn, Weidmannsche Buchhandlung, 1868-1913.
- VON GIERKE, O., *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, Berlijn, Weidmannsche Buchhandlung, 1887, 1024 p.
- VON GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, (onveranderde herdruk van 1895), I, *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, München, Verlag von Duncker & Humblot, 1936, 895 p.
- VON JHERING, R., *L'esprit du droit Romain*, 3e uitgave, IV dln., Bologna, Forni, 1969 (herdruk van editie van 1886).
- VON SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, VIII dln., Berlijn, Veit und comp., 1840-1849.
- VON SAVIGNY, F.C., *Das obligationenrecht*, II dln., Berlijn, Veit und comp., 1851-1853.
- WAUTERS, M., "Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders", in K. GEENS (ed.), *Vennootschaps- en financieel recht*, Themischier 47, Brugge, die Keure, 2007-2008, 53-76.
- WAUWERMANS, P., *Manuel pratique des sociétés anonymes*, 4e uitgave, Brussel, Bruylant, 1924, 824 p.
- WÉRY, P., *Le mandat*, in *Répertoire notarial*, Brussel, Larcier, 2000, 341 p.
- WILLERMAIN, D., "Le statut de l'administrateur de sociétés anonymes: principes, questions et réflexions", *R.P.S.* 2008, 207-254.
- WINTGEN, R., *Etude critique de la notion d'opposabilité: les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Parijs, L.G.D.J., 2004, 402 p.
- X, Noot bij Kh. Brussel 16 januari 1900, *R.P.S.* 1900, 43.
- X, Noot bij Rb. Doornik 13 mei 1903, *R.P.S.* 1904, 319.
- X, Noot bij Cass. 26 april 1909, *R.P.S.* 1909, 326.
- X, Noot bij Luik 23 oktober 1912, *R.P.S.* 1913, 17.
- X, Noot bij Brussel 18 maart 1913, *R.P.S.* 1914, 95.
- X, Noot bij Cass. fr. 8 april 1930, *R.P.S.* 1930, 158.
- ZIMMERMANN, R., *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Kaapstad, Juta & Co, 1990, 1241 p.
- ZWEIGERT, K. en KÖTZ, H., *Introduction to comparative law*, 3e uitgave, Oxford, Clarendon Press, 1998, 714 p.