

**SCHENDING VAN DE
BELANGENCONFLICTREGELING VOOR
BESTUURDERS LEIDT NIET AUTOMATISCH
TOT NIETIGHEID VAN DE
BESTUURSBESLISSING**
WP 2022-19

Hans De Wulf

Financial Law Institute

Working Paper Series





WP 2022-19

Hans De Wulf

Schending van de belangenconflictregering voor bestuurders leidt niet automatisch tot nietigheid van de bestuursbeslissing

Abstract

Dit is een bespreking van het Cassatiearrest van 9 december 2021. Dat arrest handelt over de mogelijkheid voor een NV om, op basis van art. 7:96 § 2 WVV, de nietigheid te vorderen van een bestuursbeslissing wanneer het bestuur de belangenconflictprocedure uit art. 7:96 § 1 WVV niet (volledig) heeft nageleefd. In navolging van de stichter van het Instituut Financieel Recht, Eddy Wymeersch, oordeelt het Hof van Cassatie dat de nietigheid niet kan uitgesproken worden wanneer de feitenrechter vaststelt dat de naleving van de belangenconflictprocedure geen verschil had kunnen maken, dus geen invloed op de besluitvorming had kunnen hebben. Terwijl Wymeersch (De belangenconflictregering in de vennootschappen, Maklu, 1996, nr. 71) enkel wou verhinderen dat nietigheid werd uitgesproken wanneer alleen maar de openbaarmakingsverplichtingen (melding aan de algemene vergadering, opname van notulen in het jaarverslag) niet werden nageleefd, laat het Hof van Cassatie ten onrechte ruimte aan de feitenrechters om ook andere “procedurefouten” als “zonder invloed” te kwalificeren.

De noot legt uit dat het Hof van Cassatie een weliswaar niet volledig onverdedigbaar arrest over een betwiste rechtsvraag heeft geveld, maar dat het arrest niettemin positiefrechtelijk verkeerd en beleidsmatig te betreuren is.

In elk geval zal ook na dit arrest een rechter nooit uit de feiten kunnen en dus mogen afleiden dat de deelname aan de besluitvorming van een bestuurder die krachtens de wet van deelname uitgesloten was, geen invloed op de besluitvorming heeft kunnen hebben.

Deze WP bevat de draft versie van een noot die bij het cassatiearrest zal verschijnen in TBH 2022/10

The author welcomes your comments at hans.dewulf@ugent.be

The final version of this paper will be published in TBH 2022/10.

The entire working paper series can be consulted at www.fli.ugent.be



Schending van de belangenconflictregering voor bestuurders leidt niet automatisch tot nietigheid van de bestuursbeslissing

Hans De Wulf

Gewoon hoogleraar, UGent, Financial Law Institute

Met het besproken arrest oordeelt het Hof van Cassatie dat feitenrechters die vastgesteld hebben dat de wettelijke belangenconflictprocedure voor bestuurders uit het toenmalige art. 523 W. venn. geschonden is doordat het belangenconflict niet is meegedeeld aan de raad van bestuur, toch mogen weigeren de nietigheid van de beslissing of verrichting uit te spreken wanneer die feitenrechters tegelijk hebben vastgesteld dat in de concrete omstandigheden van het geval de naleving van de belangenconflictregering “*geen wezenlijke invloed zou hebben gehad op de besluitvorming*”¹. Ietwat ongenueanceerd samengevat: schending van de belangenconflictregering leidt niet tot “automatische” nietigheid maar de nietigheidsvordering is slechts gegrond wanneer de begane onregelmatigheid de totstandkoming van de beslissing of verrichting heeft kunnen beïnvloeden, wat, aldus cassatie, het geval is wanneer de naleving van het voorschrift kon hebben geleid tot het afwijzen van de voorgenomen beslissing of verrichting of tot de aanvaarding ervan onder sterk verschillende voorwaarden².

I. Het cassatiearrest: geen automatische nietigheid

1. Feiten en arresten in beroep en cassatie

Een NV verkoopt een onroerend goed aan twee kopers. De NV wordt bij het verlijden van de notariële akte vertegenwoordigd door één bestuurder, een managementvennootschap. Diezelfde bestuurder (de managementvennootschap) is ook één van de kopers³. Een schoolvoorbeeld van een vermogensrechtelijk belangenconflict in hoofde van de bestuurder⁴. De bestuurder meldt het belangenconflict niet aan de NV (nl. aan zijn medebestuurders). Nochtans was zij daartoe verplicht overeenkomstig de dwingende procedure voorgeschreven in art. 523 § 1 van het toenmalige W. venn., dat nog toepasselijk was op de feiten die tot het

¹ Randnummer 5 van het cassatiearrest.

² Randnummer 3 van het cassatiearrest.

³ De tweede koper was een natuurlijke persoon. Op basis van de stukken waarop ik vermocht acht te slaan is mij niet duidelijk of die natuurlijke persoon tevens de vaste vertegenwoordiger, minstens (enige of controlerende) aandeelhouder van de managementvennootschap (eerste koper en tevens bestuurder van de verkopende NV) was. Er zijn formuleringen in het cassatiearrest die dit waarschijnlijk maken, maar zeker weet ik het helemaal niet.

⁴ Deze wil als koper natuurlijk een zo laag mogelijke prijs en zo weinig mogelijk voor de koper belastende voorwaarden aan de koop verbonden zien, terwijl hij tegelijk als bestuurder de plicht heeft de belangen van de verkopende vennootschap te behartigen, inclusief het nastreven van een behoorlijke prijs en gunstige contractuele bedingen.



cassatiearrest aanleiding gaven⁵. Artikel 523 § 2 W. venn. bepaalde dat de vennootschap (bij wie het belangenconflict zich voordoet) de nietigheid kan vorderen van een beslissing of verrichting die gebeurd is met schending van de regels uit art. 523 § 1. De vennootschap vordert die nietigheid ook. Dit op initiatief van de curatoren van de inmiddels failliete vennootschap. Maar het Hof van beroep te Antwerpen oordeelt dat die nietigheidsvordering ongegrond is. Weliswaar stond volgens het Antwerpse Hof vast dat art. 523 § 1 W. venn geschonden was doordat het belangenconflict niet op formele wijze aan de raad van bestuur van de NV (verkoper) werd meegedeeld. Maar tegelijk was het Hof te Antwerpen van oordeel dat een formele mededeling in de gegeven omstandigheden geen wezenlijke invloed zou hebben gehad op de besluitvorming van de raad van bestuur, nu uit stukken volgens het Antwerpse hof bleek dat de verkopende NV *“niet alleen op de hoogte was van de kwestieuze aankoop door (verweerders in cassatie, waaronder de bestuurder-hdw) maar tevens hiermee ook instemde”*. (We citeren het hof van beroep hier letterlijk omdat de formulering van dat hof niet elke twijfel uitsluit over de vraag of het hof van oordeel is dat de NV wist dat het haar bestuurder was die als koper optrad, noch helemaal duidelijk maakt of het hof van oordeel is dat de NV met de koop instemde, dan wel precies instemde met het specifieke feit dat de koper haar bestuurder was). In die omstandigheden had een formele mededeling van het belangenconflict volgens het Antwerpse hof *“geen enkele zin”* meer: dergelijke mededeling zou geen invloed op de besluitvorming hebben gehad; daarnaast kon er in die omstandigheden geen twijfel zijn over de geldige vertegenwoordiging van de verkopende NV. Omwille van die ontbrekende mogelijk invloed op het besluit van de schending van de regels uit art. 523 W. venn., wil het Antwerpse hof de nietigheid niet uitspreken.

Het cassatieberoep tegen dit onderdeel van het arrest faalt. Het centrale argument in dat cassatieberoep was dat het Antwerpse Hof een voorwaarde voor nietigverklaring (mogelijke invloed op het genomen besluit) aan de wettekst had toegevoegd. Het Hof van Cassatie beantwoordt dit middel niet uitdrukkelijk, maar oordeelt dat *“door aldus te oordelen dat de vordering tot nietigverklaring niet kon worden toegewezen omdat een formele mededeling van het belangenconflict in de gegeven omstandigheden geen wezenlijke invloed zou hebben gehad op de besluitvorming van de raad van bestuur”*, de appelrechters hun beslissing naar recht verantwoord hebben (randnummer 5). Cassatie had eerst (randnummer 3 tweede alinea) overwogen, zonder verwijzing naar een wetsartikel of eerdere rechtspraak: *“Een beslissing of verrichting kan worden nietig verklaard indien de schending van de belangenconflicteregeling de totstandkoming ervan heeft kunnen beïnvloeden. Dit is het geval wanneer de naleving van het voorschrift kon hebben geleid tot het afwijzen van de voorgenomen beslissing of verrichting of tot de aanvaarding ervan onder sterk verschillende voorwaarden.”* Deze laatste zin heeft het Hof van Cassatie bijna letterlijk overgenomen (wellicht op suggestie van het openbaar ministerie of een advocaat die in de procedure tussenkwam) uit een belangrijke commentaar van Eddy Wymeersch op de belangenconflicteregeling zoals vervat in de wet van 13 april 1995⁶.

Eerst een opmerking over de formulering of (indien de formulering tactisch weloverwogen is) retoriek van het Hof van Cassatie. Ik vind de redactie van randnummer 3 van de beslissing

⁵ De opvolger van art. 523 W. venn. is art. 7:96 WVV.

⁶ Zie E. WYMEERSCH, *De belangenconflicteregeling in de vennootschappen. De regeling voor de nv, de bvba en de coöp.v. (artikelen 60, 60bis en 133 Ven. W.)*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, (204 p.), p.78, nr. 71.



van het Hof van Cassatie misleidend, minstens ietwat ongelukkig. De eerste alinea van dat randnummer begint “*Krachtens artikel 523 § 2, Wetboek van vennootschappen...*” en geeft vervolgens een correcte samenvatting van de inhoud van art. 523 § 2 W. venn. De zonet hierboven geciteerde tweede alinea volgt daarop naadloos, zodat de argeloze lezer zou kunnen denken dat dit het vervolg is van de samenvatting van de wettekst. Niets is minder waar: art. 523 W. venn. bevatte helemaal geen regel zoals hier door het Hof geformuleerd, noch in § 2 noch elders; het W. venn bevatte ook elders geen wetsbepaling met de inhoud van de door cassatie geponeerde regel. Wel bevatte het W. venn.⁷ sinds 1993 een regel over nietigheid van beslissingen van de algemene vergadering (niet van bestuursbeslissingen) - regel die min of meer een codificatie was van eerdere rechtspraak van feitenrechters⁸- die erop neerkwam dat een beslissing van een algemene vergadering van een vennootschap die tot stand was gekomen met schending van alleen maar zogenaamd “formele” besluitvormingsregels (en waaraan dus niet noodzakelijk iets inhoudelijks schortte), slechts nietig kon verklaard worden indien de begane onregelmatigheid een invloed kon hebben op het genomen besluit. De meeste rechtsleer⁹ was van oordeel dat de regels over nietigverklaring van beslissingen van de algemene vergadering, analoog mochten toegepast worden op beslissingen van andere vennootschapsorganen, met name het bestuur, waarvoor geen wettelijke regels bestonden tot inwerkingtreding van het WVV, dat inderdaad dezelfde nietigheidsgronden voor het bestuur als voor de algemene vergadering heeft gecodificeerd.¹⁰ Wellicht zweefde die rechtsleer het Hof voor de geest toen het met dit arrest het vereiste van een invloed op de totstandkoming van het besluit aan de letterlijke wettekst toevoegde.

Maar de geciteerde tweede alinea van de derde overweging (randnummer 3) van het Hof van Cassatie is dus geen weergave van de wet of een precedent, maar een regel die het Hof van Cassatie met dit arrest heeft ingevoerd: schending van de belangenconflictregering hoeft niet altijd “automatisch” tot nietigheid van de beslissing of verrichting te leiden ook al vordert de vennootschap zulke nietigheid. Wanneer de feitenrechter vaststelt dat de naleving van de belangenconflictregering geen verschil zou hebben gemaakt voor de besluitvorming, dan kan hij de nietigheidsvordering ongegrond verklaren. Op die manier heeft het Hof van Cassatie

⁷ In het toenmalige artikel 60 W. venn., opvolger van het door de wet van 29 juni 1993 ingevoerde artikel 190bis venn. W. (Die wet uit 1993 implementeerde de fusie-en splittingsrichtlijnen (EU), die in hun regels over nietigheid van die verrichtingen verwezen naar de nationale regels over nietigheid van beslissingen van de algemene vergadering, wat de Belgische wetgever tot de vaststelling bracht dat België geen wettelijke regels over de materie had, en dat het daarom aangewezen was de rechtspraak erover te codificeren in de wet.)

⁸ Zie B. TILLEMANS, *De geldigheid van besluiten van de algemene vergadering-het nieuwe artikel 190bis venn.W.*, Kalmthout, Biblo, 1994, bv. p. 33 en 41.

⁹ Zie bv. de talrijke verwijzingen naar voorstanders van analoge toepassing uit rechtsleer en rechtspraak bij S. DE DIER *Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap*, Roeselare, Roularta, 2016, nr. 31, p. 29-30 en in het bijzonder zijn voetnoten 71 en 72. De Dier argumenteerde vervolgens overtuigend dat men toch vragen kon hebben bij de al te letterlijke analoge toepassing, en dat het beter was uit het gemeen burgerlijk recht rond nietigverklaring van rechtshandelingen te vertrekken om -in die tijd, toen een wettelijke regeling in de vennootschapswetgeving ontbrak- de nietigverklaring van bestuursbeslissingen te analyseren en regelen.

¹⁰ Zie art. 2:42 WVV, dat de nietigheidsgronden opsomt voor “besluiten van organen” van een rechtspersoon (en van de algemene vergadering van obligatiehouders, die geen orgaan is).



feitelijk een voorwaarde voor nietigheid die niet in de wettekst voorkomt, aan die wettekst toegevoegd.

Het Hof heeft daarbij niet volledig duidelijk gemaakt of de feitenrechter die vaststelt dat de begane wetsschending geen invloed op de besluitvorming heeft kunnen hebben, de nietigverklaring *moet* weigeren (ongegrond verklaren). Cassatie oordeelt alleen dat het Antwerpse Hof zijn beslissing naar recht heeft verantwoord, en dus de nietigverklaring *mocht* weigeren. Toch lijkt het moeilijk denkbaar dat, na dit cassatiearrest, de feitenrechter die vaststelt dat er onmogelijk een beïnvloeding van de besluitvorming is kunnen zijn, toch nog het opportuniteitsoordeel zou vellen om toch nietig te verklaren. Dat ruikt naar interne inconsistentie. Bovendien is er de zin in de beoordeling door het Hof van Cassatie van het middel: *“Een beslissing of verrichting kan worden nietig verklaard indien de schending van de belangenconflictregering de totstandkoming ervan heeft kunnen beïnvloeden”*. Wat men ook over deze vraag moge denken, in elk geval zou het volgens ons verkeerd zijn uit het besproken cassatiearrest af te leiden dat de vennootschap die de nietigheid van een bestuursbesluit vordert wegens schending van de belangenconflictregering, voortaan positief moet bewijzen dat er een invloed op het genomen besluit is geweest of heeft kunnen zijn. Er rust op de eiser die de schending van de wettelijke procedurevoorschriften heeft aangetoond, helemaal geen verdere bewijsaanvoeringsplicht, het komt toe aan de verweerder die meent dat er onmogelijk een invloed op het genomen besluit is kunnen zijn om dit verweermiddel aan te voeren, en te bewijzen. De bewijslast ter zake rust volgens ons dus ook op de procespartij die het bestuursbesluit wil redden van de dreigende nietigverklaring. Er anders over oordelen zou toch wel heel erg wringen met de wettekst die letterlijk bepaalt dat de vennootschap de nietigheid kan vorderen wanneer een procedureregeling niet nageleefd werd.

2. Een verdedigbaar maar uiteindelijk toch moeilijk houdbaar cassatiearrest

Het cassatiearrest is verdedigbaar: voorafgaand aan dit arrest was het antwoord op de vraag naar de al dan niet “automatische” nietigheid bij schending van de belangenconflictregering zowel in rechtspraak¹¹ als rechtsleer¹² omstreden. Het antwoord van cassatie past in de

¹¹ Brussel 15 mei 2007, *TRV* 2010, 560 was een arrest dat heel goed leek op het hier besproken cassatiearrest en waarin het Brusselse hof oordeelde dat de niet-mededeling van het belangenconflict niet tot automatische nietigheid leidt (in een situatie waarin alle bestuurders geconfronteerd waren). Ook in Antwerpen 13 september 2007, *TRV* 2010, 550 werd geoordeeld dat een managementovereenkomst niet nietig kan verklaard worden ook al was bij de totstandkoming ervan de toepasselijke belangenconflictprocedure niet gevolgd, omdat de geconfronteerde bestuurder zelf niet was tussengekomen, maar het besluit tot “gunning” van de overeenkomst door een andere gedelegeerd bestuurder van de vennootschap was genomen. Beide arresten werden geannoteerd door F. PARREIN, “De belangenconflictprocedure: de toepassing op de managementvennootschap en de nietigheidssanctie kritisch bekeken”, *TRV* 2010, 553. In Antwerpen 1 maart 1999, *DAOR* 2000, (nr.54), 126 werd daarentegen nietigverklaring zonder meer toegestaan en werd daarbij het argument verworpen dat uit de uitvoering van de verbintenissen kon afgeleid worden dat de vennootschap verzaakt had aan de nietigheidsvordering.

¹² Verdedigden (met verschillende nuances) dat nietigheid alleen kon indien invloed op het besluit werd aangetoond: E. WYMEERSCH, *De belangenconflictregering in de vennootschappen. De regeling voor de*



ruimere tendens, al lang aan de gang, om de nietigheidssanctie niet al te vlug toe te passen en/of de gevolgen ervan te matigen of minstens te nuanceren¹³. Beleidsmatig zullen velen, niet in het minst juristen die bestuurders adviseren en in geschillen vertegenwoordigen, het toe te juichen vinden dat niet elke schending van de belangenconflictregeling “op eenvoudige vordering”¹⁴ van de beschermde vennootschap tot nietigheid van het bestuursbesluit leidt. De aan het Hof van Cassatie voorgelegde rechtsvraag was niet expliciet in de wettekst beantwoord, zodat we moeten aanvaarden dat het Hof de knoop in een bepaalde zin heeft doorgesneden.

Toch zal ik verdedigen dat het cassatiearrest beter anders had geluid. Positiefrechtelijk zijn de argumenten voor de tegengestelde visie – die we kortheidshalve “automatische nietigheid” zullen noemen, al moet de nietigheid natuurlijk wel nog steeds gevorderd worden en kon¹⁵ volgens de duidelijke wettekst alleen de vennootschap die vordering instellen- overtuigender, minstens in gevallen waarin de belangenconflictprocedure geheel niet werd toegepast en er niet slechts een “formele” onregelmatigheid werd begaan zoals het niet in detail notuleren van

nv, de bobba en de coöp.v. (artikelen 60, 60bis en 133 Ven. W.), Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996,78-79, nr. 71; PH. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 564; D. WILLERMAIN “Le fonctionnement des organes et la représentation des sociétés-questions choisies” in *Droit des affaires et sociétés- Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthémis, 2013, 141; W. DAVID, “La procédure de conflit d’intérêts -rappel de quelques principes”, *JDSC* 2015, 113. Verdedigden daarentegen dat elke schending van de procedurevoorschriften grond tot nietigheid was (gedachte soms zonder twijfel uitgedrukt doorheen de bewering dat geen schade moet aangetoond worden, wat strikt genomen een andere bewering is): H. LAGA, “Belangenconflicten, aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming in de N.V.” in *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995* (Jan Ronse Instituut, eds.), Kalmthout, Biblo, 1995, 204, nr. 53; A. FRANÇOIS, “De nieuwe regeling van belangenconflicten in de raad van bestuur: een (voorlopig) eindpunt?” in *De gewijzigde vennootschapswet 1995* (Byttebier, Felkamp, François eds.), Antwerpen, Kluwer, 1996, 245, nr. 78 (François verwijst, zoals ook andere auteurs, ook naar de gelijkkluidende standpunten -automatische nietigheid- van X. DIEUX en van L. SIMONT die zij verdedigden in de door ons niet geraadpleegde documentatie van studiedagen over de wet van 13 april 1995); PH. HAMER en C. DE POTTER, “Les conflits d’intérêts” in *Évolution et perspectives du droit des sociétés- anno 2006*, Brussel, Bruylant, 2006, 243; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, PH. LAMBRECHT, PH. MALHERBE, *Droit des sociétés -Précis*, Brussel, Bruylant, 2011, 640; C. VAN DER ELST en K. SNEYERS, “Belangenconflicten in beursgenoteerde vennootschappen: hoe effectief zijn de wettelijke transparantieplichtingen?”, *TRV* 2018, 483 (over nietigheid in het kader van toenmalig art. 524 W. venn., nu art. 7:97 WVV).

¹³ Daarover bv. de proefschriften van J.BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten* Antwerpen, Intersentia, 2012 en F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019.

¹⁴ Zo eenvoudig is die vordering in de praktijk niet, aangezien men, bij gebrek aan andersluidende wettelijke bepaling die de bevoegdheid aan de algemene vergadering toewijst, moet aannemen dat de raad van bestuur de beslissing voor rekening van de vennootschap moet nemen en daarvoor, zolang de vennootschap niet failliet of ontbonden is en er geen bewindvoerder is aangesteld, de exclusieve bevoegdheid heeft (met uitsluiting dus van de mogelijkheid voor de algemene vergadering om dergelijke vordering in te stellen). Als de eertijds geconflieeerde bestuurder nog in de raad zit, zal hij doorgaans een belangenconflict hebben bij de beraadslaging over het al dan niet instellen van de nietigheidsvordering. Het verwondert dan ook niet dat in de zaak die we hier bespreken, het de curatoren van een failliete vennootschap waren die de vordering instelden.

¹⁵ Onder gelding van het in de procedure die tot cassatie leidde nog geldende art. 523 W. venn. Onder art. 7:96 § 2 WVV kunnen ook anderen vorderingsgerechtigd zijn, zie de bewoordingen “*Onverminderd het recht voor de in artikelen 2:44 en 2:46 genoemde personen om de nietigheid... te vorderen*”. Over de betekenis van die zinssnede hebben we het verder in deze noot nog.



de besprekingen rond de geconflicteerde beslissing. Beleidsmatig zijn de zaken volgens mij nog duidelijker: een behoorlijke belangenconflictregering vat potentiële belangenconflicten, vermijdt dat een geconflicteerde bestuurder een invloed kan hebben op de genomen beslissing en sluit uit dat de besluitvorming zoals ze in concreto verlopen is, geëvalueerd moet worden om na te gaan of er een invloed op het genomen besluit is kunnen zijn.

Tot slot zal ik argumenteren, zoals ook Stijn De Dier al voorzichtig gesuggereerd heeft¹⁶, dat het cassatiearrest, dat zoals gezegd nog het oude art. 523 W. venn. betrof, wellicht niet houdbaar is onder het WVV, nu onder het nieuwe Wetboek bestuurders met een belangenconflict ook bij niet-genoteerde vennootschappen volledig uitgesloten worden van deelname aan de besluitvorming. Als een bestuurder een belangenconflict niet meldt en dan toch deelneemt aan de besluitvorming, lijkt het hopeloos te proberen argumenteren dat dit in de concrete omstandigheden geen wezenlijke invloed op het genomen besluit heeft kunnen hebben.

II. Waaronder automatische nietigheid de gepaste sanctie is wanneer het belangenconflict niet is meegedeeld of de geconflicteerde bestuurder aan de besluitvorming heeft deelgenomen

1. Een beetje wetsgeschiedenis over nietigheid van orgaanbeslissingen

Toen België in 1873 voor het eerst een volledig Belgische vennootschapswet kreeg, bevatte die meteen al een wettelijke belangenconflictregering¹⁷. Die eerste wettelijke regeling bevatte geen regels over nietigheid van beslissingen of verrichtingen die met overtreding van de belangenconflictregering waren tot stand gekomen. Zulke nietigheidsregels zouden pas in 1991 worden ingevoerd, bij de eerste grondige hervorming van de belangenconflictregering. Uit de oorspronkelijke afwezigheid van een wetsbepaling die de nietigverklaringsmogelijkheid voorschreef, leidde het Hof van Cassatie in een arrest van 21 juni 1956 af dat de wetgever geen nietigheid had gewild-anders had hij dat wel expliciet voorgechreven, aldus de redenering van Cassatie- zodat de nietigheid nooit gevorderd kon worden.¹⁸ Onvrede bij beleidsmakers

¹⁶ Zie S. DE DIER “Leidt elke schending van de belangenconflictregering tot nietigheid? Cassatie kiest stelling”, blogpost op corporatefinancelab.org, 17 maart 2022.

¹⁷ Art. 50 van de wet van 18 mei 1873, door de wet van 25 mei 1913 hernummerd tot art. 60, nummer dat tot inwerkingtreding van het Wetboek van vennootschappen (aangenomen 1999, inwerkingtreding 2001) behouden bleef, en dan art. 523 W. venn. werd. De oorspronkelijke regeling uit 1873 voorzag in een verbod voor de geconflicteerde bestuurders om (bij elke NV) deel te nemen aan de beraadslaging, verbod dat door de wet van 13 april 1995 beperkt zou worden tot genoteerde vennootschappen, tot het in 2019 met het WVV (art. 7:96) weer algemeen ingevoerd werd. Voor een (interessant) historisch overzicht van de evolutie van de regeling van 1873 tot en met 1995, zie A. FRANÇOIS, “De nieuwe regeling van belangenconflicten in de raad van bestuur: een (voorlopig) eindpunt?” in *De gewijzigde vennootschapswet 1995* (K. Byttebier, R. Feltkamp, A. François eds.), Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 159 e.v.

¹⁸ Cass. 21 juni 1956, *Pas.* 1956, I, 1158, *RW* 1956-57, kol. 1988, *RPS* 1957, 227, noot P. Coppens. Zie de verwijzingen naar goedkeurende rechtsleer van onder meer Wauwermans, Frédéricq, Ronse, Geens bij P. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 324, nr. 351 en 556, nr. 639 en S. DE DIER, *Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap*, Roeselare, Roularta, 2016,



over dat arrest¹⁹ leidde ertoe dat de wetgever bewust een uitdrukkelijke nietigheidssanctie in de wet inschreef toen hij in 1991 de belangenconflictregering grondig wijzigde. Deze nietigheidssanctie betrof oorspronkelijk uitsluitend uitvoeringshandelingen en dus niet het eigenlijke bestuursbesluit dat ofwel op zich stond, ofwel gevolgd werd door uitvoeringshandelingen. Pas door de wet van 13 april 1995 werd een tekstwijziging doorgevoerd waardoor alle “beslissingen en verrichtingen” van het bestuur gevisieerd werden. Maar van in het begin (1991) hield de wettekst de nietigheidsvordering inzake belangenconflicten voor aan de vennootschap.

Overigens was de specifieke regeling over nietigheid van bestuursbeslissingen bij schending van de belangenconflictenregels, de eerste expliciete regeling over nietigheid van orgaanbeslissingen in de vennootschapswetgeving. De Belgische vennootschapswetgeving bevatte oorspronkelijk geen (algemene) voorschriften over de nietigheid van orgaanbeslissingen. Dergelijke expliciete wettelijke regeling werd pas door de wet van 23 juni 1993 ingevoerd, en was beperkt tot beslissingen van de algemene vergadering van aandeelhouders. Beslissingen van bestuursorganen werden ook af en toe nietig verklaard, en de dominante mening in de rechtsleer was dat de wettelijke voorschriften over nietigheid van beslissingen van de algemene vergadering, analoog moesten toegepast worden op beslissingen van bestuursorganen²⁰. Pas met de inwerkingtreding van het WVV op 1 mei 2019 werd een expliciete wettelijke regeling over de nietigverklaring van bestuursbeslissingen van kracht, met art. 2:42 WVV dat de nietigheidsgronden voor alle beslissingen van alle organen van de in het Wetboek geregelde rechtspersonen bevat.

De wettelijke regeling over nietigheid van orgaanbeslissingen heeft sinds haar invoering voor de algemene vergadering in 1993 een onderscheid gemaakt tussen wat de rechtsleer “formele” nietigheidsgronden noemt en “inhoudelijke” gronden, en dat onderscheid is in art. 2:42 behouden. Uit art. 2:42, 1° WVV en zijn voorgangers blijkt dat indien de onregelmatigheid de wijze van totstandkomen van het besluit betreft, de nietigheid enkel kan worden uitgesproken indien de begane onregelmatigheid de beraadslaging of de stemming heeft kunnen beïnvloeden, of met bedrieglijk opzet is begaan.

Zoals gezegd bepaalt de reeds in 1991 ingevoerde specifieke wettelijke regeling over nietigheid bij schending van de belangenconflictregering van in het begin dat de vennootschap de nietigheid kan vorderen, voor zover de wederpartij van de overtreding van de wet op de hoogte was of had moeten zijn. Het WVV²¹ bepaalt voor het eerst dat het vorderingsrecht van de vennootschap, het recht van degenen die volgens art. 2:44 bevoegd zijn om te vorderen, onverlet laat. Art. 2:44 geeft de vorderingsbevoegdheid niet alleen aan de rechtspersoon, maar ook aan “*een persoon die belang heeft bij de naleving van de rechtsregel die niet is nageleefd.*” Daarbij

240, voetnoot 640, met tevens verwijzing naar verschillende arresten van het Hof van beroep van Brussel tussen 1934 en 1984 (en een arrest van het Gentse hof uit 1904).

¹⁹ Zie *Parl. St.* Senaat 1990-91, nr. 1107/1, 75.

²⁰ Zie hoger voetnoot 9.

²¹ Art. 7:96 § 2 WVV, over de nietigheidsvordering bij belangenconflicten.



zal een aandeelhouder nagenoeg steeds als belanghebbende in die zin beschouwd worden, derden (bv. schuldeisers) zelden.

2. De nietigheidsregeling in art. 7:96 WVV (oud art. 523 W. venn.) is voor de vennootschapsvordering een exclusieve *lex specialis*

Die nietigheidsregeling in geval van belangenconflict, eertijds te vinden in art. 523 § 2 W. venn. en nu in art. 7:96 § 2 WVV, kan men als een “aanvullende” *lex specialis* beschouwen, die enkel wilde bepalen (in 1991, toen er nog geen wettelijke regeling over nietigheid van orgaanbesluiten in het algemeen was) dat nietigheid kon gevorderd worden en dat de vordering voorbehouden was aan de vennootschap en tot de gevallen waarin de wederpartij op de hoogte was of moest zijn van de nietigheidsgrond. In dat geval zou men de regels over nietigheid die buiten dat wetsartikel bestonden²², ook op de nietigverklaring van bestuursbeslissingen wegens belangenconflict moeten toepassen, uiteraard voor zover zij niet strijdig waren met de specifieke wettelijke nietigheidsregels over belangenconflicten. Men kon art. 523 § 2 (en kan art. 7:96 § 2) evenwel ook als een “exclusieve”, “afsluitende” *lex specialis* beschouwen, die de gemeenrechtelijke regels over nietigheid van orgaanbeslissingen volledig terzijde schuift. In de eerste opvatting (“aanvullende” *lex specialis*) kan, ja moet men de gemeenrechtelijke regel, eerst ontwikkeld door de rechtspraak en inmiddels gecodificeerd in art 2:42, 1° WVV, dat bestuursbeslissingen die aangeatst zijn door een “vormelijke” onregelmatigheid (wijze van tostandkomen van het besluit) enkel nietig kunnenverklaard worden indien de begane onregelmatigheid de beraadslaging of stemming heeft kunnen beïnvloeden, ook toepassen op vorderingen wegen schending van de belangenconflictregeling. Die opvatting werd, zonder beroep op een *lex specialis*-redenering, verdedigd door een aantal auteurs, in de eerste plaats Eddy Wymeersch²³, die daarin gevolgd werd door een Antwerps en Brussels arrest²⁴.

Ikzelf daarentegen ben, net als Alain François²⁵, steeds van oordeel geweest dat de wettelijke nietigheidsregeling in art. 523 § 2 W. venn. (nu 7:96 § 2 WVV) een “exclusieve” *lex specialis* was, die de de regels uit wat nu art. 2:42 en 2:44 WVV zijn, ter zijde schoof, minstens wanneer de vennootschap als direct beschermde partij de nietigheid vordert. De vennootschap die de nietigheid van een bestuursbeslissing wegens schending van de belangenconflictprocedure vorderde, hoefde dus geen invloed op de genomen beslissing of besluitvorming aan te tonen.

²² Tot juni 1993 waren dat enkel jurisprudentiële regels, in 1993 aangevuld met wettelijke regels over nietigheid van beslissingen van de algemene vergadering die de rechtspraak analoog op bestuursbeslissingen kon toepassen, vanaf 1 mei 2019 wettelijke regels over nietigheid van bestuursbeslissingen.

²³ E. WYMEERSCH, *De belangenconflictregeling in de vennootschappen. De regeling voor de nv, de boba en de coöp.v. (artikelen 60, 60bis en 133 Ven. W.)*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, 78-79, nr. 71.

²⁴ Zie de arresten uit 2007 vermeld in voetnoot 11 hierboven.

²⁵ A. FRANÇOIS, “De nieuwe regeling van belangenconflicten in de raad van bestuur: een (voorlopig) eindpunt?” in *De gewijzigde vennootschapswet 1995* (K. Byttebier, R.Feltkamp, A. François eds.), Antwerpen, Kluwer, 1996, nr. 78, p. 245-46.



Verschillende argumenten ondersteunen die visie, en dus de conclusie dat het Hof van Cassatie een beslissing heeft genomen die louter positiefrechtelijk minder goed verdedigbaar is dan de “automatische nietigheid”.

a. Opnieuw wetsgeschiedenis en interne coherentie van de wetgeving

Vooreerst hebben we er al meermaals op gewezen dat de belangenconflictnietigheidsregel in 1991 is ingevoerd, toen er nog geen wettelijke regels over nietigheid van orgaanbeslissingen bestonden. Als de wetgever in een juridisch landschap waarin er geen relevante wetgeving bestaat zeer bewust ingaat tegen het cassatiearrest uit 1956 dat had ontkend dat schending van de belangenconflictheregeling tot nietigheid kon leiden, en wél een nietigheidsvordering voor zulke schendingen creëert, dan heeft het er toch alles van weg dat dergelijke wettelijke ingreep niet slechts bedoeld was om te verdudielijken dat *enkel* de vennootschap de nietigheid kon vorderen (beperking die dan overigens met de invoering van het WVV terzijde geschoven zou worden), maar wel degelijk moest gezien worden als een afsluitende zelfstandige nietigheidsregeling. Aangezien die wettekst minstens sinds 1995 geen vereiste bevat, als de vennootschap de nietigheid vordert, van mogelijke invloed op het genomen besluit, zou een rechter die dergelijk vereiste wel invoert, een vereiste toevoegen aan de wet. Dat was ook wat de eisers in cassatie o.i. terecht opwierpen.

De wetsgeschiedenis biedt ook steun voor die interpretatie. Toen de nietigheidsvordering voor belangenconflicten in 1991 in de wet werd ingevoerd, werd bepaald dat de vordering alleen gegrond kon verklaard worden indien de vennootschap tevens aantoonde dat de bestuurder of een derde een onrechtmatig voordeel ten nadele van de vennootschap had verworven. Bij de hervorming door de wet van 13 april 1995 heeft men dat vereiste bewust weggelaten. Men kan dit toch moeilijk anders interpreteren dan als uitdrukking van de wens van de wetgever een bijzondere, van de gemeenrechtelijke vennootschapsrechtelijke nietigheidsregeling afwijkende regeling in te voeren, en van zijn wens nietigheid toe te laten bij elke schending van de procedure.²⁶ Minstens maakt de wetswijziging duidelijk dat de wetgever geen belang hechtte aan de gevolgen van de schending van de procedure.

Onder gelding van het WVV geldt die conclusie nog sterker. Zoals reeds aangegeven, is er in art. 7:96 § 2 WVV een toevoeging gebeurd in vergelijking met art. 523 § 2 W. venn. De toevoeging luidt: “*Onverminderd het recht voor de in de artikelen 2:44 en 2:46 genoemde personen om de nietigheid of opschorting van de het bestuursbesluit te vorderen*”, voorafgaand aan de vermelding dat de vennootschap de nietigheid kan vorderen indien de wet overtreden is en de wederpartij dit wist of had moeten weten. Art. 7:96 § 2 WVV betekent dus dat de vennootschap hoedanook de nietigheid kan vorderen (mits kennis van de overtreding in hoofde van de wederpartij), zonder dat zij moet aantonen belang te hebben bij de naleving van de

²⁶ In die zin ook A. FRANÇOIS, vorige voetnoot, 245-46.



belangenconflictregering (omdat niet-naleving een invloed ophet besluit heeft kunnen hebben), terwijl de in art. 2:44 genoemden zij zijn die een belang hebben bij de naleving van de geschonden regels, en dus dat belang bij de naleving zullen moeten aantonen. Die laatste groep zal er moeilijk in slagen een belang bij de naleving van de belangenconflictregering aan te tonen indien zij niet aantonen dat die naleving een invloed had kunnen hebben op de genomen beslissing. Men ziet niet in waarom het WVV een onderscheid zou maken tussen zij die een belang bij de naleving van de geschonden norm moeten aantonen, en de vennootschap, indien het de “bedoeling” van het WVV zou zijn om ook van de vennootschap te eisen dat zij een belang bij de naleving van de overtreden regel moet aantonen.²⁷

Het onderscheid tussen vennootschap en derden is ook logisch: de bestuurders moeten de vennootschap besturen in het belang van de vennootschap, en hun eigenbelang volkomen ondergeschikt maken aan dat van de vennootschap²⁸. De wettelijke belangenconflictregering beschermt dan ook primair de vennootschap. Alleen tegenover de vennootschap hebben bestuurders een contractuele loyaleitsplicht. Derden die een band hebben met de vennootschap, zoals schuldeisers, kunnen er ook belang bij hebben dat de bestuurder zichzelf niet verrijkt ten nadele van de vennootschap (die daardoor bv. kan verarmen en haar terugbetalingsmogelijkheden tegenover schuldeisers kan zien slinken). Maar wanneer er niks in concreto mis is met de inhoud van het genomen besluit, en er alleen besluitvormingsfouten zijn gemaakt, zal een derde moeilijk kunnen aantonen een belang te hebben (gehad) bij de naleving van de belangenconflictregering, en dus evenmin bij een nietigheidsvordering. Wij geloven dat dit ook verklaart waarom de wet van oudsher de nietigheidsvordering in de eerste plaats (en tot 2019 exclusief) aan de vennootschap toekent, terwijl zij bepaalt dat zowel derden als de vennootschap schadevergoeding kunnen vorderen wanneer een bestuurder met belangenconflict zichzelf of iemand anders een financieel voordeel ten nadele van de vennootschap heeft bezorgd (ongeacht of de belangenconflictregering wel of niet nageleefd werd).²⁹Schadevergoeding is altijd in zekere zin vergoeding voor belangenschade, en de eiser moet dergelijke schade bewijzen. Ook een derde kan bewijzen schade te hebben geleden. Voor de vennootschap wordt daarentegen vermoed dat zij er belang bij heeft de nietigheid te vorderen van een beslissing die is genomen zonder de toepasselijke belangenconflictregering na te leven, aangezien het heel waarschijnlijk is dat een bestuurder met belangenconflict die de procedure niet heeft toegepast, zijn eigenbelang heeft nagestreefd en dus de belangen van de vennootschap niet afdoende gerespecteerd heeft³⁰, zodat de nietigheid steeds kan gevorderd worden.

²⁷ De vennootschap zal natuurlijk wel, zoals elke eiser die hiervan niet door speciale wetgeving is vrijgesteld, een belang bij de vordering als dusdanig moeten aantonen, in de zin van art. 17 lid 1 Ger W.. Maar dat zal altijd zeer eenvoudig zijn, aangezien de nietigheid de rechtshandeling uit het rechtsverkeer verwijdert, en dit een belangrijk voordeel voor de vennootschap kan zijn, en normalerzins steeds zal zijn in de gevallen waarin zij daadwerkelijk vordert om een rechtshandeling die haar verbindt, de wereld uit te helpen.

²⁸ Zie uitgebreid over de loyaleitsplicht van bestuurders tegenover de vennootschap H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 405 e.v.

²⁹ Momenteel art. 7:122 eerste lid WVV.

³⁰ Voor een uitgebreide en overtuigende argumentatie over waarom het waarschijnlijk is dat iemand die geplaagd wordt door een belangenconflict, de situatie daadwerkelijk zal misbruiken, zie M. KRUIJTHOF, *Belangenconflicten in financiële instellingen*, Deel 1, ongepubliceerd doctoraal proefschrift UGent (beschikbaar in Vlaamse universiteitsbibliotheken), 2009, p. 280-294.



b. nagenoeg elke procedurefout heeft invloed op de besluitvorming

Zelfs indien men niet overtuigd is door het bovenstaande, en verdedigt dat als de vennootschap de nietigheid van een bestuurshandeling wegens schending van de belangenconflictregering vordert, ook zij nog steeds gebonden is door de algemene nietigheidsregels die nu in art. 2:42 WVV vervat liggen, en bijgevolg overeenkomstig art. 2:42, 1° WVV een invloed op de besluitvorming moet bewijzen, zal moeten toegeven dat dergelijke invloed zowat automatisch aangenomen mag worden bij bijna elke schending van de procedurevoorschriften van art. 7:96 § 1 (voorheen 523 § 1 W. venn.). Dat schreef ook Eddy Wymeersch, de voornaamste tegenstander van “automatische nietigheid” in de rechtsleer en auteur wiens boek over belangenconflicten bijna letterlijk geciteerd werd in het besproken cassatiearrest. Wymeersch schreef:³¹ *“Bij een nadere analyse van deze voorschriften (bedoeld zijn de procedureregels uit art. 60 venn. W, voorloper van art.7:96 WVV-hdw) komt men evenwel tot het besluit dat nagenoeg alle specifieke regelen die in artikel 60 worden vermeld, een invloed kunnen hebben op de transactie: de niet-melding van het strijdige belang, het niet-naleven van de regelen inzake onthouding bij beraadslaging of stemming, afwezigheid of onvoldoende motivering van de beslissing van de raad van bestuur, het nalaten de vereiste meldingen in de notulen op te nemen. Doch de beslissing zal niet worden beïnvloed door de vraag of de raad van bestuur heeft gerapporteerd aan de algemene vergadering, of het jaarverslag op de gestelde wijze werd openbaar gemaakt. Men zou kunnen aannemen dat de schending van deze verplichtingen geen nietigheid tot gevolg zou hebben, vermits zij geen onmiddellijke weerslag op de contractssluiting zal hebben.”*

Wij sluiten ons hierbij aan: zelfs indien men ten onrechte aanneemt, zoals het Hof van Cassatie doet, dat nietigheid alleen kan uitgesproken worden wanneer er een invloed op het genomen besluit is kunnen zijn, dan nog zal men moeten toegeven dat alle schendingen van de procedureregels in de fase voorafgaand aan de openbaarmaking van het belangenconflict, een invloed op het besluit kunnen hebben³². Anders gezegd, men moet dan zoals Wymeersch een onderscheid maken tussen de eigenlijke besluitvormingsregels, waarvan de schending steeds geacht moet worden een invloed op het besluit/de besluitvorming te hebben gehad, en de procedurevoorschriften die enkel de verslaggevings-en openbaarmakingsverplichtingen over het genomen besluit betreffen (notulering, opname in het jaarverslag, mededeling aan de commissaris en de algemene vergadering; voor die laatste twee voorschriften kan gemakkelijk een pleidooi gehouden worden om ook hen steeds als van wezenlijk belang voor de besluitvorming te beschouwen, aangezien commissaris en algemene vergadering, weliswaar

³¹ E. WYMEERSCH *De belangenconflictregering*, nr. 71, p. 78-79.

³² Verlies daarbij niet uit het oog dat het ook na het besproken cassatiearrest onredelijk zou zijn te eisen dat de vennootschap die de nietigheid vordert, positief moet bewijzen dat er daadwerkelijk een invloed is geweest op het genomen besluit. Het moet volstaan -zoals ook de bewoordingen van het cassatiearrest vrij duidelijk lijken te impliceren- dat er een potentiële invloed op de besluitvorming is geweest. De bewijslast daarvoor mag niet bij de vennootschap liggen, als ontvankelijkheids-of gegrondheidsvoorwaarde voor de nietigheidsvordering; de bewijslast dat er onmogelijk een invloed kon zijn, ligt bij degene die zich tegen de nietigverklaring verzet, en kan als een verweermiddel tegen de nietigverklaring gezien worden.



achteraf, kritisch tegenover het bestuur kunnen optreden, en het besef hiervan bij het bestuur een *ex ante* invloed op de besluitvorming door dat bestuur zal hebben).

Een en ander klemmt des te meer sinds de herformulering van de algemene nietigheidsregeling voor orgaanbeslissingen in art. 2:42, 1° WVV. De huidige wettekst spreekt niet over mogelijke invloed op het genomen besluit als voorwaarde voor de nietigverklaring, maar heeft het over “*de beraadslaging of de stemming heeft kunnen beïnvloeden*”. De discussie moet dus niet gaan over potentiële invloed op de *inhoud* van de beslissing, maar over invloed op de beraadslaging en stemming, dat wil zeggen op de procedure. Welnu, alle hierboven in het Wymeersch-citaat vermelde proceduregels *zullen* de beraadslaging beïnvloeden. Dit geldt natuurlijk ook, en zeer sterk, voor het niet-medelen van het bestaan van het belangenconflict: dit verandert de besluitvorming en dus beraadslaging op essentiële wijze. Dit geldt overigens ook wanneer de niet-geconflicteerde bestuurders via een andere weg op de hoogte waren van het belangenconflict: de formele melding daarvan aan de plenaire raad, volgens de expliciete wettekst verplicht gepaard gaande met een “*toelichting*” over onder meer de aard van het belangenconflict, heeft zonder twijfel een andere impact op het gedrag van zowel de geconflicteerde mededeler als van de andere bestuurders die de mededeling en toelichting in ontvangst nemen, overigens naar aanleiding van een formele vergadering³³. Wie al eens over *board dynamics* gehoord heeft³⁴, weet dat de manier waarop zaken besproken worden en de noodzaak beslissingen te notuleren ongetwijfeld een invloed hebben op zowel de beraadslaging als de inhoud van de beslissing.

Ook wie het met al het bovenstaande oneens is, zal ongetwijfeld wel akkoord (moeten) zijn met de stelling dat het voor de beraadslaging en stemming een verschil maakt of de geconflicteerde bestuurder heeft deelgenomen aan de beraadslaging dan wel zichzelf volledig afzijdig heeft gehouden. Welnu, het WVV schrijft in art. 7:96 § 1 voor dat de geconflicteerde bestuurder niet aan de beraadslaging mag deelnemen (regel die tussen 1995 en 2019 enkel gold voor genoteerde vennootschappen). Wanneer een geconflicteerde bestuurder wel deelneemt, kan men dus onmogelijk argumenteren dat er geen invloed op het genomen besluit is geweest en kan in die zin de doctrine uit het besproken cassatiearrest de nietigverklaring nooit in de

³³ Men kan er wel over twisten of het niet ook mogelijk is de schriftelijke besluitvorming toe te passen in geval van belangenconflict. Art. 7:95 lid 2, over schriftelijke besluitvorming, verbiedt het niet, zodat advocatenkantoren hun cliënten doorgaans lijken te adviseren dat het mag (mits unanimitieit onder de niet-geconflicteerde bestuurders, en voorafgaande melding van het bestaan van het belangenconflict). Zie bv. E. POTTIER, T. L’HOMME EN G. VISEUR, “Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées”, *RDC* 2018, 1048, nr. 143; ook H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 274 gaan ervan uit dat schriftelijke besluitvorming bij belangenconflict toegelaten is. Ook al zwijgt de letterlijke wettekst hierover, precies gezien de vereiste zorg waarmee met belangenconflicten moet omgegaan worden en de *board dynamics* die spelen bij een live vergadering, lijkt het mij duidelijk dat schriftelijke besluitvorming bij belangenconflict ongeoorloofd *zou moeten* zijn; de wet zou dit in de toekomst best expliciet zo bepalen. Zie hierover ook F. HELLEMANS en PH. HULPIAU, “Belangenconflicten in hoofde van bestuurders na het WVV: status quaestionis” in *Lessen na twee jaar WVV* (ed. S. Cools), Roeselaere, Roularta, 2022, nr. 24, 362-363 (die naar geldend recht wel de mening van Pottier en Braeckmans/Houben hierboven geciteerd, delen).

³⁴ Voor een inleiding tot de wetenschappelijke discipline, zie PH. STILES, *Board dynamics*, Cambridge University Press, 2021, 75 p.



weg staan. Indien een bestuurder zijn/haar belangenconflict niet meedeelt, dan is de kans groot dat hij/zij ook aan de beraadslaging of besluitvorming zal deelnemen.

3. Beleidsmatige argumenten voor automatische nietigheid

Er zijn ook beleidsmatige redenen waarom “automatische nietigheid” een betere aanpak is dan een opening laten voor het verweer dat de schending van de procedureregels geen invloed heeft kunnen hebben op het besluit of de beraadslaging.

Elke goede belangenconflictregering vat *potentiële* belangenconflicten, en is van toepassing ongeacht de graad van waarschijnlijkheid dat een bestuurder de belangenconflictsituatie uitbuit door zichzelf te bevoordelen³⁵. In een belangenconflictregering die naam waardig wordt al helemaal nooit gekeken naar het resultaat van de handeling van de geconflicteerde bestuurder, of dus naar de inhoud van de uiteindelijk genomen beslissing, om op basis van die *ex post* gegevens te beoordelen of men de belangenconflictregering had moeten toepassen. (Vandaar ook dat de regel, vandaag vervat in art. 7:96 § 3 tweede lid WVV, dat de belangenconflictprocedure niet moet toegepast worden op gebruikelijke verrichtingen die tegen marktvoorwaarden afgehandeld worden, van bij zijn invoering in 1991, een miskleun was. Men kan immers pas nadat de beslissing genomen is vaststellen of zij marktconform genomen werd. De belangenconflictregering wil nu net bestuurders die op niet-marktconforme afhandeling zouden kunnen aansturen, ver houden van de besluitvorming). De belangenconflictregering is in die zin preventief en hanteert een *ex ante* perspectief. Dit moet logischerwijze doorgetrokken worden naar de sanctionering. Uiteraard kan schadevergoeding alleen gevorderd worden wanneer er schade is veroorzaakt. Maar de nietigheidssanctie staat volledig los van het zich voordoen of niet van schade. De nietigheid is de sanctie op het mogelijks beïnvloeden van de besluitvorming door het niet-naleven van de belangenconflictregering, ongeacht of die invloed er daadwerkelijk geweest is en zo ja, of de invloed negatief is geweest. De belangenconflictprocedure is van toepassing van zodra een bestuurder een vermogensrechtelijk belang bij de beslissing heeft. Men miskent dit *ex ante* perspectief, dat op *potentiële* beïnvloeding van de besluitvorming afstelt, en men ondergraaft de preventieve en afschrikwekkende werking van de belangenconflictprocedure, wanneer men toelaat dat een bestuurder of de vennootschap aanvoeren en bewijzen dat de beslissing niet anders was geweest als de procedure wél was nageleefd. Onder het WVV, waar zoals reeds gezegd elke geconflicteerde bestuurder zich moet onthouden van deelname aan de beraadslaging bij ook niet-genoteerde vennootschappen, komt de prophylactische aard van

³⁵ Veronderstel een bestuurder X die 20% van de aandelen van vennootschap A bezit en 90% van vennootschap B. X zetelt bij beide vennootschappen in de raad van bestuur. B heeft een collegiale raad van bestuur van drie personen. Als B een belangrijk actief aan A verkoopt en de transactie moet goedgekeurd worden door het bestuur van B, dan is het extreem onwaarschijnlijk dat X binnen de raad zou aansturen op een beslissing die nadelig is voor B. Toch heeft X overduidelijk een vermogensrechtelijk belang bij de beslissing, zodat de belangenconflictprocedure zeker moet toegepast worden, niet alleen binnen het bestuur van A, maar ook binnen het bestuur van B. Theoretisch heeft X immers de (“positionele”) mogelijkheid zichzelf bij de transactie vermogensrechtelijk te bevoordelen te nadele van B.



de belangenconflictregering nog meer tot uitdrukking: men wil de potentieel geconflicteerde bestuurder volledig weg houden van de besluitvorming. Neemt die bestuurder toch deel aan het besluit, dan is dat onuitwisbaar bevlekt of, om een andere metafoor te gebruiken, dan heeft de bestuurder zich bezondigd aan *trespassing* en moet hij van het verboden terrein verwijderd worden, wat alleen kan door “zijn” besluit uit de rechtsorde weg te wassen, dus door nietigheid te verwijderen. De Engelsen spreken inzake belangenconflicten terecht over een “no conflict rule”, en in de Anglo-Amerikaanse wereld schaamt men er zich niet voor te argumenteren dat *fiduciary duties* zo streng gehandhaafd moeten worden dat ook achteraf bekeken onschuldige situaties gesanctioneerd worden, om de afschrikwekkende werking van de regels, die al verminderd wordt doordat de pakkans geen 100% bedraagt, te helpen handhaven³⁶. Voor gezapige redelijkheid *à la belge* is geen plaats in een belangenconflictregering, enkel voor de rechte leer “op zijn calvinistisch”.

Conclusie

De beslissing van het Hof van Cassatie, dat een schending van de belangenconflictregering niet automatisch tot nietigheid van de bestuursbeslissing leidt, met name niet wanneer de feitenrechter kan aannemen dat de schending van de procedure geen invloed heeft kunnen hebben op de besluitvorming, is niet in strijd met een expliciete wettekst, en is daarom, in deze materie die voorheen betwist was, verdedigbaar. Toch wringt zij met de wettekst, aangezien zij een voorwaarde voor nietigheid aan de wettekst toevoegt. Zij is ook moeilijk verenigbaar met de wetsgeschiedenis, waaraan goede argumenten kunnen ontleend worden voor de visie dat de nietigheidsregels uit art. 7:96 een *lex specialis* zijn tegenover art. 2:42 WVV, althans voor zoverde vennootschap de nietigheid vordert. De beslissing is ook beleidsmatig ongelukkig, aangezien een goed uitgewerkte belangenconflictregering er precies op gericht is discussies over de daadwerkelijke invloed van een onregelmatigheid op de uiteindelijke beslissing, uit te sluiten. Maar vooral lijkt de beslissing ons onhoudbaar onder de nieuwe versie van wettelijke belangenconflictregering die met het WVV is ingevoerd. Onder die nieuwe regeling mag een bestuurder die geplaagd wordt door een belangenconflict, niet aan de beraadslaging deelnemen. Wanneer een bestuurder het belangenconflict niet meldt aan zijn medebestuurders, en de geconflicteerde bestuurder dus deelneemt of zou kunnen deelnemen aan de beraadslaging, zal zijn deelname steeds een invloed op de beraadslaging en stemming hebben. Anders gezegd, als een bestuurder deelneemt aan de beraadslaging terwijl hij dat volgens de wet niet mag, kan een rechter onmogelijk vaststellen dat er geen invloed op de beraadslaging en de stemming is geweest, zelfs niet indien die rechter *per impossibile* bewezen zou achten dat de inhoud van de beslissing exact dezelfde zou geweest zijn bij onthouding van de bestuurder. Het besproken cassatiearrest kan hoogstens nog toepassing vinden in die gevallen waarin de geconflicteerde bestuurder het conflict gemeld heeft en zich van deelname onthouden heeft, maar er alleen een onregelmatigheid is begaan bij de openbaarmaking van de beslissing en de besluitvorming (bv. geen opname in het jaarverslag). Tegenargumenten

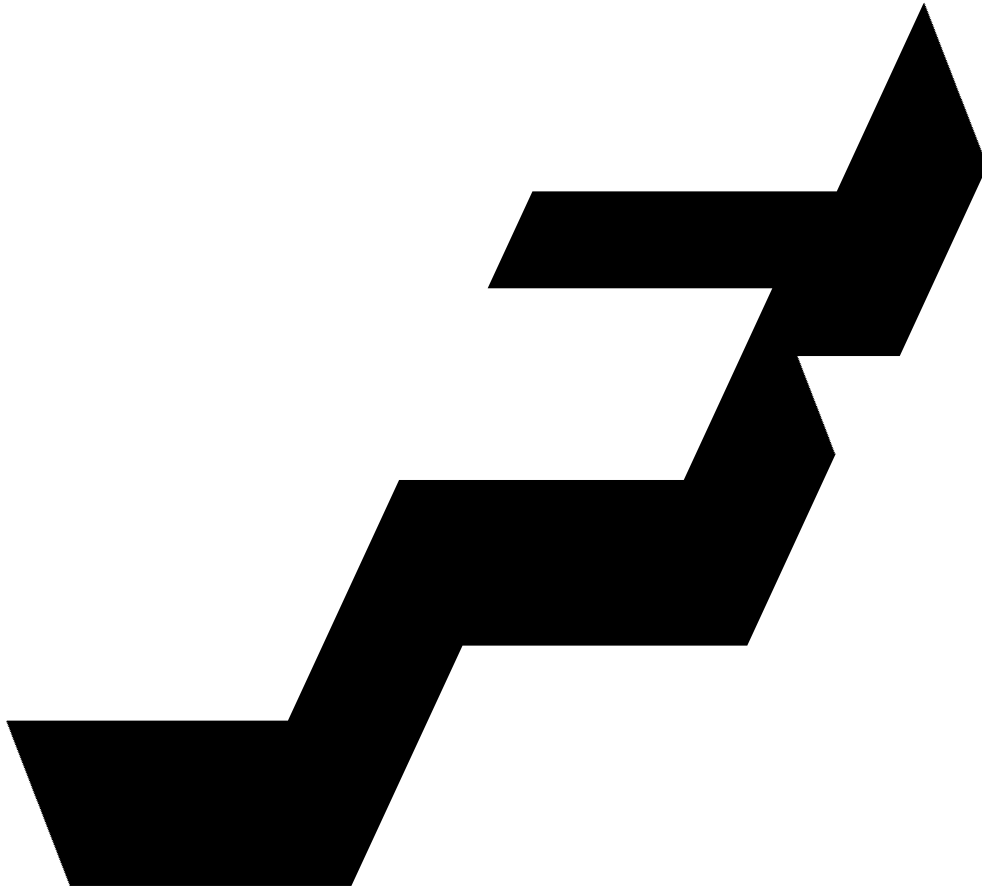
³⁶ Zie over dat prophylactische kenmerk van *fiduciary duties*-regelingen bv. T. FRANKEL, “Fiduciary law”, *California Law Review*, vol. 71, 1983, 795 en D.A. DEMOTT, “Beyond metaphor: an analysis of fiduciary obligation”, *Duke Law Journal* 1988, 888, waar deze auteur er op wijst dat schade geen discussiepunt is (en dus zeker niet te bewijzen is) wanneer een fiduciary gehandeld heeft in een situatie waarin hij niet mocht handelen, en de begunstigde sanctie van dit gedrag verlangt.



gebaseerd op de *in abstracto* juiste vaststelling dat nietigheid een zware sanctie is, overtuigen niet. Belangenconflictenregelingen die naam waardig eisen dat een geconflicteerde bestuurder *niet* tussenkomt in de besluitvorming, net zoals een eigenaar in principe het recht heeft om te eisen dat wandelaars zijn stuk grond *niet* betreden, en er zich niet moet toe beperken hen slechts te verjagen wanneer hun wandelgedrag in concreto storend wordt. In die zin zijn belangenconflictenregels over “self-dealing”³⁷ *property rules*, die aan de beschermde vennootschap (en daardoor aan haar *stakeholders*) een absoluut afweerrecht geven³⁸, zonder dat een rechter een belangenafweging mag maken/concrete invloed van de onregelmatigheid mag nagaan wanneer de vennootschap de nietigheid vordert. Door de nietigheid te vorderen in een situatie waarin een bestuurder ten onrechte in de besluitvorming is tussengekomen, vraagt de vennootschap als het ware herstel in natura, in de zin van herstel van de toestand van de wereld zoals hij zou geweest zijn als de bestuurder niet in de besluitvorming was tussengekomen, los van de vraag of die tussenkomst in concreto nadelige gevolgen voor de vennootschap heeft gehad.

³⁷ Anders dan regels over functionele belangenconflicten, die zoals men weet niet geregeld zijn in de Belgische vennootschapswetgeving.

³⁸ Het nuttige onderscheid tussen *liability rules* en *property rules* gaat terug op G. CALABRESI en D. MELAMED, “Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, 1089-1128. Op p. 1092 schrijven zij: “An entitlement (door de overheid beschermd belang, dat in geval van conflict wordt “verkozen boven” andere belangen van andere personen- hdw) is protected by a property rule to the extent that someone who wishes to remove the entitlement from its holder must buy it from him in a voluntary transaction in which the value of the entitlement is agreed upon by the seller. ...Whenever someone may destroy the initial entitlement if he is willing to pay an objectively determined value for it, an entitlement is protected by a liability rule”. Dit onderscheid werd inzichtrijk toegepast op belangenconflicten (daarbij argumenterend dat “property rules” in wezen, in het continentaal-Europese taalgebruik, subjectieve rechten zijn) door M. KRUIJTHOF, *Belangenconflicten in financiële instellingen*, Deel 1, ongepubliceerd doctoraal proefschrift UGent (beschikbaar in Vlaamse universiteitsbibliotheken), 2009, bv. p. 237.



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

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. The working papers are provisional.