

KBC Lease Belgium verklaart in haar conclusies de vordering van de curator strekkende tot faillietverklaring “te ondersteunen” en zij zet uiteen dat haar schuldvordering op appellant Geudens gesteund is op diens borgstelling voor een schuld van een ook failliet verklaarde vennootschap, een NV Dermar die vreemd blijft aan de activiteiten van de Comm.V. Geudens.

Op grond waarvan hieruit moet blijken dat appellant handelaar is wordt niet verder uitgelegd en hierboven werd reeds aangegeven dat de hoedanigheid van handelaar niet bewezen is.

De curator van het faillissement van appellant vraagt ten slotte betaling van de kosten en erelonen der curatele maar gelet op de intrekking van het faillissement en de omstandigheden die hebben geleid tot dit faillissement zijn er geen redenen voorhanden deze kosten ten laste van appellant te leggen.

Om deze redenen

Het hof

Rechtdoende op tegenspraak;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935;

Gelet op het schriftelijk advies van de heer advocaat-generaal L. De Mot;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond.

Wijzig het bestreden vonnis en opnieuw rechtdoende, verklaart de vordering in faillietverklaring ongegrond en trekt het faillissement van de heer Geudens in.

Verklaart de vordering in betaling van de som van € 35.151,33 ongegrond.

Verwijst de curator van het faillissement van de Comm.V. Geudens in de kosten van beide aanleggen jegens appellant, deze begroot op:

- 192,26 EUR dagvaardingskosten
- 349,53 EUR rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg
- 59,47 EUR aanvullende rechtsplegingsvergoeding
- 186 EUR rolrecht hoger beroep
- 485,87 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep

Laat de kosten gemaakt door NV KBC Lease ten hare laste.

Verklaart de vordering van de curator Van Dijk tot betaling van de kosten en erelonen van de curatele ongegrond.

(...)

Commentaar

Hans De Wulf

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, daarin trouw gevolgd door lagere rechtspraak (inclusief het Antwerpse hof, bv. Antwerpen 10 mei 1999, *T.B.H.* 1999, 630 of Antwerpen 18 september 2000, *R.W.* 2000-01, 1205) dat de vennoten van een VOF met handelsdoel zelf ook handelaar zijn, en dat het faillissement van de VOF *ipso facto* de vaststelling meebrengt dat de faillissementsvoorwaarden in hoofde van die vennoten vervuld zijn (ook al is desgewenst een aparte faillietverklaring vereist): Cass. 15 december 1938, *Pas.* 1938, I, 383; Cass. 2 december 1983, *Pas.* 1984, I, 372; Cass. 23 november 1987, *Pas.* 1988, I, 351; Cass. 20 december 1990, *Pas.* 1991, I, 390; Cass. 15 december 1995, *J.L.M.B.* 1996, 866; Cass. 15 september 2000, *R.W.* 2000-01, 1205.

V. SIMONART (*La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel, Bruylant, 1995, 439 e.v.), M. COIPEL (“Le sort étrange des associés d’une SNC à objet commercial”, *J.C.D.S.* 2001, 22 en noot onder Luik 18 december 2001, *J.C.D.S.* 2003, 8) en ikzelf (H. DE WULF, “Onbepaalde aansprakelijkheid van vennoten impliceert geen toerekening van handelaarshoedanigheid”, *T.R.V.* 2003, 679) hebben die opvatting bekritiseerd, onder meer en vooral omdat zij de onderscheiden rechtspersoonlijkheid van de VOF en de vennoten miskent. Zie ook de twijfels bij R. PIRET noot onder Cass. 15 december 1938, *Jur. Comm. Brux.* 1939, (155),

158-159 (die tevens aantoonde dat het Hof van Cassatie bepaalde geschriften van Fredericq letterlijk gekopieerd heeft).

Voor andere vennootschappen dan de VOF bestaat geen gelijkaardige cassatierechtspraak.

Rechtsleer en rechtspraak zijn verdeeld over de vraag of de vennoten van andere vennootschappen met rechtspersoonlijkheid maar onbepaalde aansprakelijkheid, handelaar worden door het enkele feit venoot te zijn in dergelijke vennootschap (voor zover de vennootschap een commercieel statutair doel heeft).

Veel auteurs maken geen onderscheid tussen de vennootschapsvormen met onbepaalde aansprakelijkheid, bv. K. GEENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1986-1991)”, *T.P.R.* 1993, 1017, nr. 95; A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 203, nr. 256.

Voor de commanditaire vennootschap wordt meestal aangenomen dat de beheerende (werkende) vennoten (ook wel: “gecommanditeerden”) handelaar zijn:

A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial*, IV, *Les concordats et les faillites*, Brussel, Larcier, 3^{de} uitg., 1985, 39, nr. 128; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, Gent,

Fechey, 1950, IV, 295 (bij de behandeling van de VOF, maar met vermelding van de gecommanditeerden) en V, 783, nr. 552, met verwijzing naar Brussel 7 november 1883, *Pas*. 1884, II, 53; L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, Brussel, Bruylant, 1962, 740, nr. 911; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 283; J. RUYSSVELDT, *De gewone commanditaire vennootschap*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 9, nr. 26; J. VAN BAELE, "De commanditaire vennootschap op aandelen", in *Miskende vennootschapsvormen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 67 en 79; wellicht ook J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1954, I, nr. 871, p. 517 die strikt genomen enkel stelt dat op de beherende vennoten van een Comm.V. dezelfde regels als op die van een VOF van toepassing zijn; P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, "Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales", *R.C.J.B.* 1992, 691; J. MALHERBE, Ph. LAMBRECHT en Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Brussel, Bruylant, 1^{ste} uitg., 2004, 341.

De auteurs (Coipel, Simonart, De Wulf) die de handelaarshoedanigheid van VOF-vennoten ontkennen, doen dat natuurlijk ook voor de Comm.V.(A). Zie verder, zij het voorzichtig T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, Kluwer, 1996, t. I, 278, nr. 351; I. VEROUGSTRATE, *Manuel du concordat et de la faillite*, Kluwer, 2003, 247, nr. 355 ("Il convient toutefois de poser la question si la thèse de la commercialité du commandité ne doit pas être purement et simplement abandonnée").

Voor de CVOA is de verdeeldheid compleet, maar hier zijn er duidelijk meer auteurs en rechtbanken die de handelaarshoedanigheid ontkennen dan bij VOF en Comm.V.(A).

Oordelen dat de vennoot in een commerciële CVOA geen handelaar is:

Luik 18 december 2000, *Rev. prat. soc.* 2001, 300, noot W. DERIJCKE.

Kh. Tongeren 13 januari 2003, *T.R.V.* 2003, 678, noot H. DE WULF.

Kh. Charleroi 4 november 2003, *Rev. prat. soc.* 2003, 426, noot W. DERIJCKE.

Th. DELAHAYE, *La société coopérative à responsabilité illimitée en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1994, 213; W. DERIJCKE, "Le coopérateur à responsabilité illimitée et solidaire: un commerçant par interpolation?" (noot onder Luik 18 december 2000), *Rev. prat. soc.* 2001, 303; W. DERIJCKE, "Action en faillite contre un coopérateur engagé solidairement et bénéficiant d'une décision d'admissibilité au règlement collectif des dettes" (noot onder Kh. Charleroi 4 november 2003), *Rev. prat. soc.* 2003, 433; H. DE WULF, "Onbepaalde aansprakelijkheid van vennoten impliceert

geen toerekening van handelaarshoedanigheid", *T.R.V.* 2003, 679; H. DU FAUX, *Les sociétés coopératives*, in *Rép. not.*, t. XII, Brussel, Larcier, 1994, 154, nr. 203; J. WOESTYN, "Vennootschappen en insolventierecht", in *Omgaan met vennootschappen: regulering en rechtspraak*, Vlaamse conferentie Balie Gent en Instituut Financieel recht (eds.), Antwerpen, Maklu, 2002, 231, nr. 32.

Beschouwen de CVOA-vennoot wel als handelaar:

De reeds genoemde auteurs die alle personenvennootschappen over dezelfde kam scheren, en bv. H. VAN HULLE, F. HOFKENS en K. VAN HULLE, *De coöperatieve vennootschap*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 63, nr. 102 (evenwel voor zover ik zie niet hernomen in de editie 1996); K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1992-1998)", *T.P.R.* 2000, nr. 466, 475; D. VAN GERVEN, "Kroniek vennootschapsrecht 2003-2004", *T.R.V.* 2004, 577 en "Kroniek vennootschapsrecht 2004-2005", *T.R.V.* 2005, 219-220, nr. 49 (deze auteur benadrukt terecht dat er geen redenen zijn om tussen VOF en CVOA te onderscheiden).

Op basis van een glasheldere redenering heeft het Antwerpse hof in het hierboven gepubliceerde arrest aangenomen dat de werkende vennoten in een Comm.V.(A). geen handelaar worden door het enkele feit vennoot te zijn. Naar ons oordeel terecht benadrukt het hof daarbij de aparte rechtspersoonlijkheid van vennootschap en vennoten en wijst het erop dat onbepaalde aansprakelijkheid niet leidt tot handelaarshoedanigheid.

Consequenterwijze zou het hof in dezelfde zin moeten oordelen over de vennoten van een CVOA of zelfs van een VOF, wiens rechtspersoonlijkheid in niets verschilt van die van een Comm.V. of CVOA (of NV of BVBA).

Ondergetekende hoopt dat het Hof van Cassatie zijn, naar mijn oordeel, dogmatisch onhoudbare en daarenboven zeer onrechtvaardige¹ rechtspraak over de VOF verlaat. In de loop der jaren heeft de wetgever helaas twee wetsbepalingen ingevoerd die geïnspireerd zijn door de cassatierechtspraak, en waarin inmiddels bijgevolg, in een absurde kringloop waarbij de ene verkeerde gedachte de andere ondersteunt, steun kan gevonden worden voor de visie dat de vennoten van een VOF wel degelijk handelaar zijn. Artikel 33 van de KBO-wet van 16 januari 2003 bepaalt, net zoals voorheen artikel 5 Handelsregisterwet, dat "de vennoten onder firma of werkende vennoten, ofschoon zij handelaars zijn", zich niet persoonlijk in de KBO moeten laten registreren. Artikel 9 derde lid Faillissementwet legt de verplichting op om wanneer een VOF aangifte van faillissement doet, bepaalde (adres)gegevens over de hoofdelijk aansprakelijke vennoten mee te delen. Deze bepalingen wegen nochtans niet zwaar².

¹ In die zin dat zij op nota bene duidelijk discriminatoire manier alleen de vennoten van een VOF persoonlijk failliet laat verklaren, waardoor die strenger worden behandeld dan vennoten in andere vennootschappen, maar zelfs strenger dan een natuurlijke persoon-handelaar, die immers enkel failliet verklaard kan worden wanneer hij persoonlijk handel heeft gedreven tot binnen de zes maand voorafgaand aan de faillietverklaring. Voor een VOF-vennoot wordt enkel gekeken naar het handel drijven door de vennootschap.

Niet alleen wordt in de Faillissementswet niet gezegd dat VOF-vennoten handelaar zijn. De geciteerde woorden uit artikel 33 KBO-wet zijn een soort *obiter dictum* van de wetgever, zonder invloed zelfs op de draagwijdte van dat artikel zelf, en voorkomend in een wet die helemaal niet de bedoeling noch de mogelijkheid heeft om, afwijkend van W.Kh. en W.Venn., te bepalen wie wel en wie geen handelaar is. Artikel 9 Faillissementswet voorziet enkel in een formaliteit, die

als dusdanig los kan bestaan van de vraag naar de handelaarshoedanigheid van VOF-vennoten. Meer algemeen is het niet overtuigend conclusies te trekken uit wetten waarin de wetgever de te beoordelen vraag slechts zeer indirect en impliciet aanraakt – temeer daar in onze wetgeving wel meer gevallen voorkomen waarin de wetgever probeert voort te bouwen op een regel waarvan hij ten onrechte denkt dat die deel uitmaakt van ons recht.

² Aldus ook M. COIPEL, noot onder Luik 18 december 2001, *J.D.S.C.* 2003, 8.