

Noot

***Economische activiteiten van private stichting en VZW:
woordspelletjes versus de bestrijding van concurrentievervalsing****Hans De Wulf¹***1. SITUERING VAN DE BESPROKEN ARRESTEN TEGENOVER ELKAAR**

1. De hierboven afgedrukte arresten van het Brusselse en Antwerpse hof van beroep² illustreren hoe moeilijk het is te bepalen welke activiteiten door een VZW of private stichting uitgeoefend mogen worden. Dit komt doordat enerzijds sinds lang de opvatting is verlaten dat deze organisatievormen zelfs niet accessoir daden van koophandel zouden mogen verrichten, maar anderzijds vaststaat dat geen van beide organisatievormen met winst oogmerk mag opereren. Daar komt nog bij dat een belangrijk deel van de juridische gemeenschap, om te zwijgen van de concurrenten van de gebruikers van deze organisatievormen, van oordeel is dat wanneer VZW of stichting zonder beperking economische activiteiten ontplooiën, dit een onrechtmatig voordeel voor die organisaties oplevert, nu zij onder meer niet aan de faillissementwetgeving onderworpen zijn. De vraag is of het aan rechters toekomt om dit concurrentievoordeel weg te werken. Het antwoord luidt wellicht bevestigend, in de mate dat de wet speelruimte biedt voor dergelijk rechterlijk beleid.

2. Het Antwerpse arrest³, dat een private stichting betreft, is volgens onze indruk duidelijk ingegeven door de wens concurrentieverstoringen die door het hof niet aanvaardbaar geacht worden, te vermijden. In het Brusselse arrest, dat over een VZW gaat, heeft die overweging niet gespeeld: het hof laat toe dat een VZW concerten organiseert op dezelfde manier als een puur commerciële organisatie in vennootschapsvorm dat zou doen, nu de opbrengsten van die concerten volgens de statuten naar een goed doel⁴ zouden gaan.

Dit betekent niet dat beide arresten met elkaar onverenigbaar zijn: in het geval van de stichting Almatheek de Voorzorg (Antwerps arrest) lijkt het duidelijk dat de private stichting een organisatie was die slechts als ver verwijderd en in de praktijk nauwelijks met concrete activiteiten nagestreefd ideëel doel het verbeteren van de volksgezondheid en het

verstrekken van informatie daarrond had, maar voor het overige zoals een normale commerciële operator aan zelfverrijking wou doen, terwijl de VZW-concertorganisator uit het Brusselse arrest niet de bedoeling had zichzelf als organisatie te verrijken, maar een belangrijk deel van de opbrengsten van de concerten wou doorstorten aan liefdadigheidsinstellingen – ook al lukte dit in de praktijk niet, omdat de VZW voortdurend tegen een deficit aankeek.

Toch kan men er niet omheen dat de VZW die procespartij was in het Brusselse arrest als hoofdactiviteit had daden van koophandel stellen, nl. het organiseren van concerten op dezelfde manier als een commerciële concertorganisator, met als enig verschil dat de VZW niet de bedoeling had zichzelf of zijn leden te verrijken. Uit dat laatste element leidt het Brusselse hof zelfs af dat de VZW helemaal geen daden van koophandel stelde. Nu het hof ongetwijfeld ook weet dat concerten organiseren op zich als openbaar schouwspel in de zin van artikel 2 W.Kh. te beschouwen is, is de enige verklaring voor dit oordeel van het hof dat het (impliciet maar zeker) is uitgegaan van de regel die door het befaamde (pastoorzwembad-)arrest van het Hof van Cassatie uit 1973⁵ bevestigd werd: wanneer een persoon zonder beziel te zijn door een “esprit de lucre”, d.w.z. het subjectieve doel zichzelf te verrijken, daden stelt die voorkomen in de lijst van artikel 2 W.Kh., wordt die persoon geen handelaar. Het resultaat is dat het Brusselse hof toelaat dat een VZW, die niet aan handels- en faillissementsrecht onderworpen is, en van de beperkte aansprakelijkheid geniet zonder aan kapitaalplichten onderworpen te zijn, zonder meer concurreert met commerciële vennootschappen die wel aan die verplichtingen onderworpen zijn. Het Brusselse hof vindt dit gerechtvaardigd omdat er uiteindelijk een ideëel doel bij de VZW voorzit: niet zichzelf verrijken, maar aan liefdadigheid doen. Het Antwerpse hof lijkt de problematiek toch anders te

¹. Universiteit Gent.

². Hof van beroep Brussel, 23 december 2004, in dit nummer p. 434; Hof van beroep Antwerpen, 17 november 2005, in dit nummer p. 443.

³. De uitspraak in eerste aanleg, Voorz. Kh. Hasselt 10 december 2004, werd uitgebreid samengevat in *T.B.H.* 2005, 690 en werd inmiddels ook *in extenso* gepubliceerd in *T.R.V.* 2005, 276, met noot M. DENEFF, “De stichting als ‘voorzorgsmaatregel’ voor de VZW met commerciële activiteiten?”. Aldaar werd ook een gelijkaardige beslissing gepubliceerd betreffende de voorganger van de private stichting Almatheek de Voorzorg, nl. een VZW met een gelijkaardige naam die dezelfde activiteiten als de latere stichting bedreef en daarvoor op basis van art. 93 WHPC veroordeeld was (Voorz. Kh. Hasselt 31 oktober 2003, *T.R.V.* 2005, 272).

⁴. Dat goede doel bestond blijkens randnr. 1 van het arrest voor een deel uit het ondersteunen van liefdadigheidswerken, maar ook voor een deel uit de promotie van cultuur door muzikanten te ondersteunen door hen de mogelijkheid te geven een aantal concerten te geven. Of het daarbij om muzikanten van de VZW zelf kon gaan, blijkt niet duidelijk uit het arrest.

⁵. Cass. 19 januari 1973, *R.C.J.B.* 1974, 321, noot VAN RYN en HEENEN, “Esprit de lucre et droit commercial”. Dit arrest staat niet alleen, zie reeds Cass. 25 februari 1935, *Pas.* 1935, I, 170 en later Cass. 12 maart 1981, *R.W.* 1981-82, 1751.

benaderen, en meer oog te hebben voor mogelijke “ongerechtvaardigde concurrentievoordelen” die het gebruik van een non-profit-rechtsvorm met zich kan meebrengen.

3. Onze overtuiging is dat beide benaderingswijzen verenigbaar zijn met een redelijke interpretatie van de wetteksten, maar dat de Antwerpse benadering een economisch

beter beleid van de rechter vormt. Alleen als men de overtuiging toegedaan is dat de rechters de economische actoren de maximale vrijheid moeten laten bij de keuze van de door de wetgever al dan niet bewust ter beschikking gestelde organisatievormen, kan men de Brusselse aanpak verdedigen.

2. BACK TO BASICS: DE ARTIKELN 1 EN 27 V&S-WET⁶, CASSATIE 3 OKTOBER 1996 (ACCESSOIRE DADEN VAN KOOPHANDEL), CASSATIE 13 SEPTEMBER 2002 (WHPC EN KOOPHANDEL)

4. Het kan geen kwaad vooraleer de arresten zelf kort te bespreken het wettelijk kader in herinnering te brengen. Hoewel de onduidelijke artikelen 1 en 27 van de V&S-wet de oorzaak zijn van veel interpretatieproblemen, bieden zij toch meer houvast dan de enerverende veelvoud aan allernuanceerdste opvattingen in de rechtsleer.

5. Zoals bekend moet een VZW zonder winstoogmerk opereren en mag zij geen daden van koophandel stellen (art. 1 V&S-wet). Sinds lang is nochtans aanvaard dat een VZW wel daden van koophandel mag stellen, voor zover die accessoir zijn aan haar niet-winstgevend hoofddoel⁷. In een belangrijk arrest van 3 oktober 1996 bevestigde het Hof van Cassatie dat “l’association qui ne poursuit ni son enrichissement ni un gain direct ou indirect pour ses membres, peut exercer une activité accessoire qui produit des bénéfices (...) à la condition que cette activité soit nécessaire pour permettre la réalisation du but désintéressé que l’association veut atteindre et que celle-ci consacre à cette fin l’intégralité des bénéfices ainsi obtenus”⁸. Deze overweging maakt niet alleen duidelijk hoe het bijkomstigheidsconcept moet opgevat worden, maar verduidelijkt ook het concept zonder winstoogmerk: dit bestaat er niet alleen in dat aan de leden geen direct of indirect vermogensvoordeel wordt bezorgd, ook de verrijking van de vereniging als dusdanig mag geen doel op zich zijn⁹.

Een private stichting moet de verwezenlijking van een bepaald belangeloos doel op het oog hebben, en mag nooit een stoffelijk voordeel aan de stichters of aan haar bestuurders verlenen. Aan derden mag zij wel een materieel voordeel bezorgen, maar uitsluitend in het kader van de verwezenlijking van haar belangeloos doel (art. 27 V&S-wet).

6. Elke lezer van dit tijdschrift weet dat het Wetboek van Koophandel en de Faillissementswet enkel op handelaren van toepassing zijn, terwijl veel andere economische wetgeving het handelaarsbegrip niet meer als uitgangspunt neemt voor de afbakening van haar toepassingsgebied. De WHPC is op dit vlak een hybride monster¹⁰, dat gelukkig een beetje plastische chirurgie heeft ondergaan in het Hof van Cassatie. In het befaamde “*Watertaxi*-arrest” van 13 september 2002 heeft het Hof duidelijk gemaakt dat uit de samenlezing van de artikel 1, 6° en 1, 2° van de WHPC blijkt dat niet vereist is dat wie een dienst in de zin van de WHPC aanbiedt omdat hij handelingen tot doel heeft die voorkomen in de lijst van daden van koophandel in het Wetboek van Koophandel, die dienstverlenende activiteit met winstoogmerk verricht om als verkoper in de zin van de WHPC gekwalificeerd te worden en bijgevolg aan de WHPC onderworpen te zijn¹¹. Anders gezegd: activiteiten die in artikel 2 of 3 Wetboek van Koophandel voorkomen, zijn daden van koophandel in de zin van de WHPC, ook al is er geen “*esprit de lucre*” aanwezig, zoals vereist door de cassatierechtspraak opdat een daad van koophandel iemand tot handelaar in de zin van het W.Kh. zou maken.

⁶ Dit is de afkorting die we gebruiken voor de “wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen”, zoals gewijzigd door de wet van 2 mei 2002 en haar reparatiewetten.

⁷ D. VAN GERVEN, *Handboek verenigingen*, Kalmthout, Biblo, 2004, 40, met verdere verwijzingen. Dat dit zelfs overeenstemt met de bedoelingen van de wetgever uit 1921, blijkt uit het zogenaamde Verslag Tibbaut, *Parl. St. Kamer* 1920-21, nr. 198, 468. Zie tevens talrijke uitspraken in de voorbereidende werken geciteerd door Ph. ERNST, “Misbruik van de rechtsvorm van een V.Z.W.-beschouwingen over de rechtspersoonlijkheid, het winstoogmerk, de commercialiteit en het vermogen van de V.Z.W.”, *T.P.R.* 1995 (7), 32, noot 89.

⁸ Cass. 3 oktober 1996, *Pas.* 1996, I, 350, *T.R.V.* 1997, 217, noot M. DENEFF.

⁹ Voor dit punt, zie onder meer D. VAN GERVEN, *Handboek verenigingen*, Kalmthout, Biblo, 2004, 38, met verwijzingen naar de voorbereidende werken van de wet van 1921.

¹⁰ De WHPC is immers van toepassing op “verkopers”, zijnde a) handelaars of b) natuurlijke of rechtspersonen die beroepsmatig producten verkopen of diensten aanbieden, waarbij “diensten” te begrijpen is als alle prestaties die een handelsdaad uitmaken.

¹¹ Cass. 13 september 2002, *T.R.V.* 2003, 290, noot E. TERRY.

3. GEEN WINSTOOGMERK IN GEVAL VAN IDEALISTISCHE BEDOELINGEN?

a. Antwerpen: het “belangeloos doel”-vereiste voor stichtingen is geen papieren tijger

7. In het geval rond de biowinkels van Almatheek De Voorzorg oordeelt het Antwerpse hof dat een private stichting onbepoort economische activiteiten mag nastreven, voor zover die activiteiten een middel zijn om een belangeloos doel te verwezenlijken. De rechtsleer neemt inderdaad aan dat er voor een stichting geen verbod bestaat om commerciële activiteiten te verrichten, nu de wet daarover zwijgt, in tegenstelling tot wat voor VZW's geldt¹². Men had daarom kunnen vermoeden dat de stichting daardoor van de bijkomstigheidsdiscussie uit het VZW-recht gespaard zou blijven¹³. Ondanks de wettekst, heeft er zoals gezegd nooit betwisting over bestaan dat een VZW accessoir daden van koophandel mag verrichten. Maar tot op de dag van vandaag heerst er geen eensgezindheid over de vraag hoe dat bijkomstigheidsbegrip moet ingevuld worden (zie verder). In het recht van de private stichting wordt (een variant van) die discussie geïntroduceerd langs een omweg, nl. via de regel dat een stichting met een belangeloos doel moet opereren. Volgens sommige eerste commentatoren van de private stichting heeft dit begrip dezelfde inhoud als het begrip zonder winstoogmerk¹⁴, en de voorbereidende werken van de wet van 2 mei 2002 bieden stevige steun voor die visie¹⁵. Zoals de wetgever had moeten voorzien, geeft het uitermate vage begrip van belangeloos doel de mogelijkheid om te argumenteren dat wanneer een stichting economische activiteiten ontplooit – of die economische activiteiten daden van koophandel zijn of niet is op zich irrelevant – dit enkel geoorloofd is voor zover het niet met winstoogmerk gebeurt. Indien de opvatting correct is dat belangeloos doel en zonder winstoogmerk synoniemen zijn, dan moet aangenomen worden dat een private stichting niet als doel mag hebben zichzelf als organisatie te verrijken. Er is immers veel voor te zeggen dat dergelijk verbod ook voor VZW's geldt¹⁶, zoals het Hof van Cassatie met zijn arrest van 3 oktober 1996 bevestigt lijkt te hebben, zie de bewoordingen “ni son enrichissement”. En wanneer men aanvaardt dat een private stichting haar zelfverrijking niet mag nastreven, dan zal een stichting die

objectief daden van koophandel stelt vrij vlug beschouwd worden als één die mét winstoogmerk opereert, tenzij de opbrengst van die daden van koophandel besteed wordt aan een ideëel doel en die daden van koophandel qua inzet van middelen en personeel minder belangrijk zijn dan de eigenlijke verwezenlijking van het ideële doel, en dus accessoir.

8. Het Antwerpse hof stelt vast dat de Almatheek in haar statuten zelf aangeeft economische activiteiten van diëtdienst en winkeluitbating te verrichten met het oog op het behalen van opbrengsten voor zichzelf. Dit is volgens het hof winstoogmerk. Het hof vervolgt dat het belangeloos doel dat een stichting moet nastreven, niet mag bestaan uit de realisatie van economische activiteiten met het oog op het behalen van winst. Welnu, aldus het hof, bij de Almatheek was de gehele activiteit op het behalen van winst gericht.

Door economische activiteiten met winstoogmerk na te streven, heeft de Almatheek de V&S-wet geschonden, en elke wetschending is een schending van de eerlijke handelspraktijken, die tot een stakingsbevel kan leiden voor zover de beroepsbelangen van andere verkopers geschaad worden. Door gebruik te maken van de rechtsvorm van de private stichting heeft de Almatheek zich volgens het hof een onrechtmatig concurrentievoordeel verschafte. Private stichtingen zijn immers niet aan het faillissementsrecht onderworpen, de bestuurders ervan zijn niet hoofdelijk aansprakelijk (zoals vennootschapsbestuurders voor sommige bestuursfouten), en de stichter hoeft niet vergoed te worden voor zijn inbreng, in tegenstelling tot een aandeelhouder van een commerciële vennootschap. Meteen mag opgemerkt worden dat die laatste overweging nogal vreemd is, nu het precies een uiting van het beoogde verbod van winstoogmerk is dat een stichting geen uitkeringen aan de stichter mag doen. Het is nogal vreemd daarin een concurrentieel voordeel voor de stichting in vergelijking met entiteiten met winstoogmerk te zien. Deze overweging is dan ook een uiting van de gedachte die het arrest uitademt zonder haar duidelijk uit te spreken, nl. dat het Antwerpse hof het gebruik van private stichtingen voor louter economische activiteiten, zonder dat er een duidelijk “idealistisch” doel is

¹². In de voorbereidende werken van de wet van 2 mei 2002 werd meermaals bevestigd dat een stichting economische activiteiten mag verrichten, voor zover het met belangeloos doel gebeurt, zie bv. duidelijk *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-283/13, 45. Verder bv., P. LAVRYSEN, “De private stichting: een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor?”, *T.B.H.* 2002, 674, nr. 20 en 684, nr. 44; D. VAN GERVEN, “De private stichting en de stichting van openbaar nut”, *T.B.B.R.* 2003, 351, nr. 10; D. VAN GERVEN, *Handboek stichtingen*, Kalmthout, Biblo, 2003, 52; H. DE WULF, “De private stichting als instrument van familiaal vermogensbeheer”, in *Familiale vermogensplanning*, XXX^{ste} PUC Willy Delva, Kluwer, 2004, 585, nr. 19.

¹³. M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, 126, nr. 139; F. DERÈME, “La nouvelle fondation privée en droit belge comme véhicule de détention et de transmission d’un château ou d’une collection d’œuvres d’art”, *Rev. not. b.* 2003, 549.

¹⁴. D. VAN GERVEN, *Handboek stichtingen*, o.c., 52, nr. 24; hem volgend H. DE WULF, o.c., 582, nr. 16.

¹⁵. Zie bv. *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-283/13, 45-46.

¹⁶. Dit was volgens M. Coipel zelfs de hoofdbekommernis van de wetgever van 1921, die bevreemd bleef voor de dode hand. Zie zijn uiterst grondig onderzoek in de inmiddels klassieke studie, M. COIPEL, “Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité”, in *Les A.S.B.L. Évaluation critique d’un succès*, Commission droit et vie des affaires, Gent, 1985, bv. 143, nr. 121 en 254, nr. 353. Coipel argumenteert dat het verbod op handelsactiviteiten voor VZW's door de oorspronkelijke wetgever slechts gezien werd als een extra beveiliging van datzelfde verbod van zelfverrijking. Reeds J. GOEDSEELS, *Traité juridique des associations sans but lucratif et des établissements d'utilité publique*, Brussel, Larcier, 1935, nrs. 629 en 600 had in gelijkaardige zin besloten.

dat de stichtingsactiviteiten animeert, concurrentieverstoerend vindt, ook al wordt er niemand buiten de stichting zelf door die activiteiten verrijkt.

Het arrest zegt echter geenszins dat een stichting niet voor louter economische activiteiten mag gebruikt worden – en is in dat opzicht beter gemotiveerd dan het vonnis in eerste aanleg, waar de rechtbank ongelukkigerwijze¹⁷ had geoordeeld dat “de vraag in welke mate de private stichting handel mag drijven en of zij dat wel als hoofddoel mag in plaats van als nevendoeel, op analoge wijze onderzocht (moet) worden als voor de VZW”, hetgeen zoals gezegd in het licht van de wettekst die voor private stichtingen geen verbod op daden van koophandel bevat, moeilijk houdbaar was. Het arrest benadrukt daarentegen terecht dat een stichting zonder beperkingen economische activiteiten mag verrichten. Door tegelijk het vereiste van belangeloosheid, dat blijkens de wettekst inderdaad een zelfstandige betekenis moet hebben, streng in te vullen, namelijk niet enkel als een uitkeringsverbod maar ook als een verbod van zelfverrijking voor de stichting, probeert het hof (met succes) te voorkomen dat stichtingen die niks meer doen dan economische activiteiten nastreven, zonder door een ideëel doel bezield te zijn, een concurrentieel voordeel tegenover commerciële vennootschappen zouden hebben.

Dat dat het doel is van het hof blijkt uit overwegingen als “gelijke activiteiten, gelijk risico”¹⁸, maar ook uit het feit dat het hof niet nagaat wat er met de winst van de stichting gebeurde en ook niet beweerd wordt dat die winst terugvloeit naar de stichter (de mutualiteiten) of de bestuurders.

9. Dogmatisch is deze weg zeker verdedigbaar: er is veel voor te zeggen dat “belangeloos” hetzelfde betekent als “zonder winstoogmerk” bij de VZW, en in het VZW-recht

lijkt het inderdaad met de intenties van de wetgever – een toch niet te verwaarlozen criterium – overeen te komen dat “vermogensophoping”, ook al leidt zij niet tot verrijking van de leden maar hoogstens tot een onrechtstreeks voordeel in hoofde van hen¹⁹, geen toelaatbaar hoofddoel van een VZW is.

De vraag rijst of de Antwerpse aanpak niet in strijd is met de wetssystematiek, meer bepaald met het onderscheid tussen VZW en stichting: de eerste mag slechts accessoir daden van koophandel stellen, de tweede mag onbeperkt economische activiteiten verrichten. De Antwerpse aanpak impliceert dat een stichting die volop, zoals toegelaten, economische activiteiten nastreeft, in zekere zin verplicht is dit met een ideëel²⁰ doel te doen, waaraan de opbrengsten van die economische activiteiten besteed worden. Immers, elke niet-permanent deficitaire economische activiteit levert een zelfverrijking op voor de organisatie die hem bedrijft. Die zelfverrijking is winstoogmerk, tenzij precies er besteding van de opbrengst aan een belangeloos (aan de stichting extern) doel is.

Ondanks het feit dat de wettekst voor stichtingen geen expliciet verbod van zelfverrijking bevat, is die redenering goed verenigbaar met de wettekst. Die bevat immers niet alleen een verbod van uitkeringen of rechtstreeks vermogensvoordeel voor stichters of bestuurders, maar ook het vereiste van belangeloos doel, waarvan men moet aannemen dat de wetgever het niet als aparte vereiste zou ingelast hebben indien het geen zelfstandige betekenis zou hebben in verhouding tot het uitkeringsverbod²¹. Onder de eerste commentatoren van de private stichting waren er nogal wat die vragen stelden bij deze zelfstandige betekenis van het gebod van belangeloos doel tegenover het verbod van verrijking van stichters of bestuurders. Ikzelf behoorde tot die sceptici²². Het Ant-

17. Ik gebruik dit woord omdat ik er van overtuigd ben, op basis van lectuur van het ganse vonnis en van de overweging die aan de bekritiseerde onmiddellijk voorafgaat, dat de rechtbank het wel goed bedoeld heeft, en eigenlijk slechts heeft willen zeggen dat een private stichting niet met winstoogmerk mag handelen.

18. Sectie 2.4.2.3. van het arrest. Zie verder emblematisch in dezelfde sectie: “Dit brengt met zich mee dat een stichting, die onterecht een economische activiteit voert, een onrechtmatig concurrentievoordeel bekomt tegenover een reguliere handelaar, die dezelfde economische activiteit ontplooit”.

19. Traditioneel wordt in de literatuur maar ook door het Hof van Cassatie aangenomen dat het niet onverenigbaar is met het verbod van winstoogmerk voor VZW's dat zij hun leden een onrechtstreeks vermogensvoordeel bezorgen. Zie Cass. 9 december 1940, *Pas.* 1940, I, 316, *Rev. prat. soc.* 1947, 49, noot J. GOEDSEELS en uit de literatuur bv. M. COIPEL, *o.c.* 113, nr. 43; J. 'T KINT, *Associations sans but lucratif*, Brussel, Larcier, 1987, 51; M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting, o.c.*, 115, nr. 121. Er zijn goede redenen om aan te nemen dat dit ook voor stichtingen geldt (zie vooral *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 283/11, 45-46. H. DE WULF, *o.c.* 583, nr. 18). In het geciteerde cassatiearrest van 3 oktober 1996 wordt gesteld dat ook een “gain indirect” voor de leden niet het streefdoel van een VZW mag zijn. Voor zover dit onderdeel van het arrest van 1996 niet als een vergissing kan aangeduid worden, heeft het Hof daarmee misschien willen duidelijk maken dat een VZW wel voordelen voor zijn leden mag meebrengen die in geld becijferbaar zijn (bv. belangenbehartiging, waarvan de kosten anders door de individuele leden als dusdanig gedragen zouden moeten worden; gratis of verminderde prijs voor toegang tot een natuurreservaat door een VZW uitgebaat), maar dat er niet langer sprake is van een onrechtstreeks maar van een rechtstreeks en dus verboden vermogensvoordeel wanneer bv. gratis beroepsopleiding wordt gegeven aan de leden, of de leden tewerkgesteld worden als concertmuzikanten en zij aldus de vermogensaccumulatie binnen de VZW naar zichzelf afromen. Vgl. Voorz. Kh. Luik 20 november 1986, *T.B.H.* 1987, 467; beroepsvorming ten voordele van de leden van een VZW zonder dat die een vergoeding moeten betalen, is voor die leden een *rechtstreeks* vermogensvoordeel. Vgl. D. VAN GERVEN, *Handboek verenigingen, o.c.*, 40. Er mag overigens op gewezen worden dat de letterlijke tekst van het cassatiearrest uit 1940 enkel stelt dat “les membres (...) peuvent en retirer indirectement (...) un avantage personnel”. Uit die letterlijke tekst als dusdanig kan men niet afleiden, zoals in de literatuur nochtans doorgaans wordt aangenomen, dat het Hof echte *vermogensvoordelen* toelaatbaar heeft geacht.

20. Dat wil *niet* zeggen: met een doel voor ogen zoals omschreven in de limitatieve lijst van doelstellingen voor stichtingen van openbaar nut, art. 27 vierde lid V&S-wet. Zoals bekend is bv. het bijhouden van een familiaal patrimonium een aanvaardbaar doel voor een private stichting, maar niet voor een publieke.

21. Vgl. in dezelfde zin D. VAN GERVEN, *Handboek stichtingen, o.c.*, overgang p. 50-51.

22. H. DE WULF, *o.c.*, 583, nr. 17.

werpse arrest maakt duidelijk dat we ongelijk hadden: om concurrentieverstoring te vermijden is een scherpe invulling van dit vereiste van belangeloos doel in de zin van verbod van zelfverrijking nodig. Of andere hoven het Antwerpse zullen volgen, valt nog af te wachten – de andere hier geannoteerde uitspraak, van het Brusselse hof van beroep, doet vermoeden dat dit hof ten onrechte een laksere houding zou kunnen aannemen.

10. Vanuit opportuiniteitsoogpunt blijft nochtans de vraag of concurrentieverstoring niet beter rechtstreeks als concurrentieverstoring wordt aangevallen, eerder dan via de omweg van het concept zonder winstoogmerk. In haar annotatie van de uitspraak in eerste aanleg van de zaak Alma-theek de Voorzorg heeft M. Deneff gesuggereerd dat dergelijke rechtstreekse aanval zou kunnen gebeuren op basis van het criterium van de oneerlijke prijszetting²³. Zij argumenteert dat los van het verbod om met verlies te verkopen, de eerlijke handelsgebruiken een gebod om een adequate prijs te hanteren impliceren, waarbij adequate prijs diegene is die minstens evenveel inkomsten oplevert als er nodig zijn voor de normale werking van de organisatie, en die moet betaald worden door de afnemers van diensten van de organisatie. Wanneer nu in casu de private stichting kan leunen op het netwerk van de mutualiteiten om haar producten te verdelen en er reclame voor te maken, wellicht eveneens omwille van haar band met de mutualiteiten van zeer scherpe huurprijzen kan genieten etc., is de vraag of deze subsidie door de mutualiteiten geen afbreuk doet aan het vereiste van een adequate (dus door derden betaalde) prijs²⁴.

We zijn niet zeker of de redenering van Deneff verenigbaar is met het Belgische positieve recht inzake de WHPC. Niettemin zijn we *de lege ferenda* ervan overtuigd dat de regel zou moeten zijn dat wie zich als *onderneming* op een *markt* profileert, dat niet zou mogen doen via een rechtspersoon die specifiek aan die rechtsvorm verbonden concurrentiele voordelen biedt tegenover commerciële vennootschappen of eenmansbedrijven. Vandaar dat een private stichting die tot doel heeft een familiaal kasteel te renoveren, en aldus de stichting rechtstreeks zelf wil verrijken en de familieleden onrechtstreeks, wat ons betreft met rust gelaten mag worden: dergelijke stichting begeeft zich niet op de markt. De aanpak van het Antwerpse hof heeft die gedachte vertaald in zijn redenering rond winstoogmerk, en wellicht is die redenering dogmatisch (en daardoor in cassatie) minder aanvechtbaar dan de op de directere, op de WHPC gestoelde aanpak van Deneff of de marktaanpak die volgens ons in de beste der werelden zou overheersen.

In casu zag het hof in elk geval inderdaad een concurrentie-

verstoring in het laten uitschijnen van een band met de mutualiteiten, en om zich volledig in te dekken wijst het op gebrek aan inschrijving in de KBO (zie verder).

11. Een fundamentele vraag is, of het concurrentievoordeel dat stichtingen tegenover vennootschappen hebben indien ze zonder beperkingen commercieel actief (zouden mogen) worden, wel via de rechterlijke macht bestreden mag worden. Dat het gevaar voor dergelijke concurrentievervalsing tussen wat in beide gevallen onbetwistbaar ondernemingen zijn, bestaat, is de schuld van de wetgever. Die heeft het toegelaten activiteitengebied van VZW's en stichtingen zeer onduidelijk afgebakend, wat stichtingen betreft precies door gebruik te maken van het criterium "belangeloos doel". Kan men het de rechtsgebruikers dan verwijten dat zij daarin een opportuiniteit zien en de rechtsvorm van de private stichting kiezen precies omdat hij voordelen biedt tegenover de vennootschapsvorm? Door de vraag te stellen willen we niet zeggen dat het opportuun is stichtingen qua activiteiten met commerciële vennootschappen te laten concurreren. Integendeel is deze ganse kwestie nog maar eens – het verhaal is eentonig – een illustratie van twee welbekende problemen: het feit dat het concept winstoogmerk niet geschikt is, onder meer omwille van zijn inherente vaagheid, om het toepassingsgebied van rechtsregels te bepalen²⁵; en de evidentie dat het handelsrecht en het faillissementsrecht op alle ondernemingen van toepassing zouden moeten zijn, naar het model van het mededingingsrecht. Op die manier zouden de voornaamste "concurrentiele voordelen" van stichtingen die voor commerciële doeleinden gebruikt worden, verdwijnen, en zou de rechtspraak niet, zoals het Antwerpse hof min of meer noodgedwongen gedaan heeft, hoeven terug te vallen op een strenge interpretatie van het verbod van winstoogmerk/belangeloos doel om concurrentieverstoring te bestrijden.

b. Brussel: een (papieren?) ideëel doel rechtvaardigt VZW-handelsactiviteiten

12. In het Brusselse arrest oordeelt het hof dat de concertorganisatie geen daad van koophandel was, wellicht omdat er geen winstoogmerk bij aanwezig was. Dit maakt duidelijk dat het Brusselse hof van oordeel is dat ook voor VZW's het vereiste van een subjectief winstoogmerk in de zin van het pastoorzwembad-arrest vereist is opdat een VZW die objectieve daden van koophandel stelt, als handelaar zou gekwalificeerd worden. Dit is wellicht nog steeds de meerderheidsvisie²⁶.

^{23.} Het criterium haalt zij bij W. VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, deel 1 in *Beginselen van Belgisch privaatrecht XIII: handels- en economisch recht*, Antwerpen, Standaard, 3^{de} druk, 1989, 74, nr. 58.

^{24.} M. DENEFF, "De stichting als 'voorzorgsmaatregel' voor de VZW met commerciële activiteiten?", *T.R.V.* 2005, 192-193, nr. 6.

^{25.} Zie reeds J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 115.

^{26.} Zie M. COIPEL, *o.c.*, 124 en D. VAN GERVEN, *Handboek verenigingen, o.c.*, 37, beiden met verwijzingen naar de voorbereidende werken van de wet van 1921 en naar rechtspraak.

De vraag is of die visie correct is. Voor VZW's kan men argumenteren dat bij het beantwoorden van de vraag of zij daden van koophandel stellen, het subjectieve, handelsrechtelijke winstoogmerk irrelevant is. De wetgever eist immers niet alleen dat een VZW niet met winstoogmerk opereert, maar ook dat hij geen daden van koophandel stelt. Dat laatste verbod zou, apart geformuleerd, geen zin hebben indien in de ogen van de wetgever het subjectieve winstoogmerk een rol zou spelen bij de VZW om te bepalen of zij daden van koophandel stelt: uit het verbod van winstoogmerk volgt reeds dat dergelijk subjectief winstoogmerk niet aanwezig kan zijn²⁷. Als de VZW-wet dus zegt dat een VZW geen daden van koophandel mag verrichten, wordt daarmee bedoeld dat zij geen handelingen omschreven in artikel 2 W.Kh. mag stellen.

Als men vertrouwt op het zeer grondige onderzoek van de voorbereidende werken van de oorspronkelijke VZW-wet door Coipel én belang blijft hechten aan de bedoelingen van de wetgever indertijd²⁸ moet men evenwel aanvaarden dat de klassieke opvatting de juiste is, en dat artikel 1 V&S-wet dus slecht geformuleerd was en is, omdat de wetgever van 1921 het verbod van handelsactiviteiten, in tegenstelling tot wat de tekst van de wet zelf doet vermoeden, slechts zag als een bevestiging of versterking van het verbod van winstoogmerk.

13. Het hof had o.i. beter in strijd met de klassieke opvatting, toegegeven dat de betrokken VZW daden van koophandel stelde (het organiseren van concerten is het organiseren van openbare schouwspelen), en had er dan eventueel kunnen aan toevoegen dat dit slechts accessoir gebeurde. Inderdaad stond in het Brusselse arrest eigenlijk de vraag naar de invulling van het "accessoir karakter"-vereiste voor daden van koophandel van VZW's centraal. Het hof gaat impliciet maar vrij duidelijk uit van de strekking in de rechtsleer²⁹ die voorhoudt dat de bijkomstigheidstest enkel inhoudt dat wordt nagegaan a) of de commerciële activiteiten noodzakelijk zijn

om het hoofddoel op een normale manier te bereiken, b) of alle opbrengsten uit die activiteiten geherinvesteerd worden in het niet-commerciële hoofddoel. Een andere, strengere, en in de huidige rechtsleer waarschijnlijk overwegende strekking houdt voor dat het tweede luik van de bijkomstigheidstest zou moeten bestaan uit een kwantiteitsvereiste: de omvang van de commerciële activiteiten, in de zin van de mensen en middelen die ervoor ingezet worden, zou kleiner moeten zijn dan die van de niet-commerciële³⁰.

In casu bestond de activiteit van de VZW volledig in het organiseren van concerten, zijnde openbare schouwspelen, zonder twijfel een "objectieve" daad van koophandel. Qua inzet van mensen en middelen was dit niet slechts de belangrijkste, maar zonder meer de enige activiteit. Toch oordeelt het Brusselse hof dat daarin geen schending van de wet kan gezien worden, nu de VZW volgens het hof geen zelfverrijking nastreefde. Inderdaad houden de aanhangers van de strekking die de kwantitatieve analyse van het bijkomstigheidsvereiste verwerpt, op basis van de bedoelingen van de oorspronkelijke wetgever uit 1921 voor dat die wetgever vooral beducht was voor zelfverrijking (dode handgedachte) en dat daarom commerciële activiteiten die niet tot dergelijke zelfverrijking leiden, onbeperkt toegelaten zijn, voor zover zij geïnspireerd worden door een eventueel verwijderd, ideëel doel, in casu het ondersteunen van muzikanten en caritatieve werken. De critici van deze opvatting merken soms op dat deze aanpak de deur openst voor misbruiken³¹. De reden waarom men de critici gelijk moet geven is dat de niet-kwantitatieve invulling van het bijkomstigheidsprincipe al te gemakkelijk tot concurrentievervalsing leidt: organisaties die niet aan het handelsrecht onderworpen worden en geen minimumkapitaal moeten bijbrengen kunnen met beperkte aansprakelijkheid concurreren met commerciële vennootschappen die exact hetzelfde doen, en in wier hoofde diezelfde activiteiten wel als commercieel worden aangemerkt.

4. VZW EN STICHTING ALS HANDELAAR?

14. In het Brusselse arrest wordt geoordeeld dat een VZW die geldig is opgericht met een niet-handelsrechtelijk statutair doel, maar de facto daden van koophandel stelt, eventueel om die reden ontbonden kan worden. Verder kunnen de leden van de VZW eventueel aansprakelijk gesteld worden. Maar de vaststelling van dergelijke commerciële activiteiten (in strijd met het statutaire doel) kan niet tot de herkwalificatie

van de VZW als vennootschap leiden. Op dit vlak bevestigt het arrest de academische orthodoxie³². Volgens die visie moet men een onderscheid maken tussen de VZW met op zich regelmatig statutair doel, die in werkelijkheid met winstoogmerk daden van koophandel stelt, en de VZW wiens statutair doel zelf daden van koophandel bevat. De eerste soort VZW zou geen handelaar worden, nu de hande-

27. Ph. ERNST, *l.c.*, 30, nr. 10.

28. Hetgeen bij de meeste auteurs, of ze nu Amerikaanse constitutionalisten dan wel Belgische commercialisten zijn, een nogal selectief proces is.

29. Zie vooral M. COIPEL, *o.c.*, 161.

30. J. 'T KINT, *Associations sans but lucratif*, Brussel, Larcier, 1987, 56-61; M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting, o.c.*, 108, nr. 112; Ph. ERNST, *l.c.*, 32, nr. 11.

31. P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, "Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1979-1990)", *R.C.J.B.* 1992, 592-93, nr. 1bis.

32. Zie naast de in het arrest (nr. 10) geciteerde auteurs ook bv. D. VAN GERVEN, *Handboek verenigingen, o.c.*, 61. Bij vele auteurs vindt men subtiele nuanceringen van een gelijkaardige kerngedachte. Het onderscheid dat M. Coipel maakt tussen "les ASBL faussement qualifiées" en "les ASBL faussement utilisées" bijvoorbeeld (*o.c.*, 167 e.v.), vertoont zeer grote gelijkenis met, maar is niet exact hetzelfde als de tweedeling die hier gemaakt wordt.

lingen met winstoogmerk wegens strijdigheid met de wettelijke specialiteit niet toegerekend kunnen worden aan de VZW. Dergelijke VZW zou wel ontbonden kunnen worden wegens schending van de wet, handelen in strijd met haar statutair doel of aanwending van haar vermogen voor een ander doel dan datgene waarvoor ze opgericht is (art. 18 eerste lid, 2° en 3° V&S-wet). De tweede soort VZW, met ongeldig statutair doel, zou daarentegen nietig verklaard kunnen worden (art. 3bis V&S-wet).

Nochtans lijkt er ruimte voor nuancering van deze redenering. Men kan zich afvragen of men een VZW toch niet als vennootschap zou kunnen herkwalficeren wanneer bewezen is dat de deelnemers van in den beginne de bedoeling hadden een activiteit met winstverdelingsoogmerk na te streven, meestal om aldus de toepassing van een wetgeving van dwingend recht, zoals het faillissementsrecht, te omzeilen. In dat geval is van veinzing sprake: naar buiten toe is een VZW-overeenkomst gesloten, terwijl in werkelijkheid is overeengekomen met winstoogmerk een handelsactiviteit te voeren³³. Daartegen kan men inbrengen dat uit de specifieke wetsbepalingen over ontbinding en nietigverklaring van VZW's blijkt dat de wetgever in geval van feitelijke handelsactiviteiten een ontbinding wou en geen herkwalficatie. Indien men het veinzingsargument toch zou aanvaarden, dan lijken er geen problemen te zijn om de aldus vastgestelde vennootschap meteen als handelaar te kwalficeren. Dit is overigens wat de literatuur voorstelt te doen na nietigverklaring van een VZW die als statutair doel heeft handelsdaden te stellen: de werkende leden of het bestuur als commerciële maatschap kwalficeren. Maar voor het geval van veinzing vragen wij ons af of men toch niet tot kwalficatie van de VZW als vennootschap kan overgaan, zonder de tussenstap van de voorafgaande nietigverklaring van de VZW. Rechtstreeks een VZW als handelaar kwalficeren kan inderdaad niet, omdat een VZW nu eenmaal geen handelaar kan zijn blijkens artikel 1 V&S-wet. Dat argument is wellicht sterker dan de gedachtenlijn die erin zou bestaan dat toerekening van rechtsfeiten – en het voeren van een bepaalde activiteit is een rechtsfeit – niet gehinderd wordt door een wettelijk verbod dergelijke activiteiten te stellen: dat verbod doet geen afbreuk aan de realiteit dat de handelingen gesteld zijn – gedachtenlijn die ongetwijfeld voor een groot stuk verklaart waarom lagere rechtscollages VZW's wel eens failliet verklaren.

15. Voor een stichting is de vraag of zij handelaar kan zijn, nog iets moeilijker. Zoals uitgelegd mag een stichting om het even welke activiteit voeren, ook die vermeld in artikel 2 W.Kh. Het verbod objectieve daden van koophandel te stellen maakt dus geen deel uit van de wettelijke specialiteit van

stichtingen. Indien men evenwel het concept “belangeloos doel” inderdaad opvat als synoniem van “zonder winstoogmerk”, dan kan een stichting geen handelaar zijn, nu zij met belangeloos oogmerk moet opereren en de cassatierechtspraak inzake handelaarschap toch duidelijk is: subjectief winstoogmerk is vereist, naast het stellen van “objectieve” daden van koophandel.

16. Niet consistent³⁴ lijkt ons in elk geval de opvatting die er enerzijds van uitgaat dat een stichting die de facto, in strijd met haar statuten die op zich perfect regelmatig zijn, handelsdaden met winstoogmerk stelt, toch geen handelaar zou worden, omdat de wettelijke specialiteit van de stichting toerekening van die handelingen verhindert, terwijl volgens diezelfde opvatting de stichting die in haar statuten handelsdaden met winstoogmerk zou ingeschreven hebben, wél als handelaar gekwalficeerd zou worden³⁵. We zien niet in hoe een *statutaire* machtiging zou kunnen bewerkstelligen dat handelingen in strijd met de *wettelijke* specialiteit opeens wel toerekenbaar zouden worden aan de stichting.

17. In het Antwerpse arrest neemt het hof aan dat de stichting zich *als handelaar* in de KBO had moeten laten inschrijven. Daarmee geeft het hof blijk van een verfrissend pragmatische benadering. Weliswaar moet elke private stichting zich in de KBO laten inschrijven. Maar – mijn verhaal wordt eentonig – indien belangeloos doel synoniem is van “zonder winstoogmerk”, en men er blijft van uitgaan dat ook voor rechtspersonen het vereiste van subjectief winstoogmerk blijft gelden om hen tot handelaar te maken, dan kan een stichting als dusdanig nooit handelaar zijn³⁶, en moet zij zich bijgevolg ook niet als handelaar in de sectie “handelsregister” van de KBO inschrijven. Het hof negeert deze redenering en vertrekt daarentegen duidelijk van de gedachte dat wie zich als handelaar gedraagt, ook als handelaar behandeld moet worden. Het maakt aldus duidelijk dat dogmatiek en woordspelletjes hun grenzen moeten kennen. Onze persoonlijke opvatting is dat dergelijke negatie van dogmatische subtiliteiten gerechtvaardigd is voor zover ze de rechtszekerheid niet in het gevaar brengt maar daarentegen de legitieme verwachtingen van de deelnemers aan het maatschappelijk leven eerder bevestigt. Welnu, wie zich als handelaar gedraagt kan inderdaad moeilijk erover klagen dat hij als handelaar behandeld wordt. Dergelijk pragmatisme is volgens ons ook de bestaansreden van (als dusdanig hier zeker niet toepasselijke) algemene rechtsbeginselen als *nemo auditur, in pari causa en fraus omnia corrumpit*, die ook allen tot functie hebben de normaal toepasselijke regels al dan niet facultatief door rechters buiten werking te laten stellen wanneer hun strikte toepassing in strijd komt met het rechtsgevoel.

^{33.} Vgl. Cass. 4 oktober 2001, *Pas.* 2001, I, 1576, *T.B.H.* 2002, 642, noot P. COUSSEMENT, *R.W.* 2001-02, 993, concl. adv.-gen. Bresseleers, noot J. VANANROYE, *Rev. prat. soc.* 2002, 22, noot T. DELVAUX, *J.D.S.C.* 2003, nr. 459, noot M. COIPEL.

^{34.} Maar wél verdedigbaar vanuit pragmatisch oogpunt, zie volgend randnr.

^{35.} Aldus nochtans D. VAN GERVEN, *Handboek stichtingen, o.c.*, 53, nr. 25.

^{36.} Om de inmiddels al herhaaldelijk aangehaalde reden: dit zou strijdig zijn met haar wettelijke specialiteit.