

Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?

Arie Van Hoe¹ en Niels Appermont²

1. Inleiding	495
2. Algemeen: De natuurlijke persoon-onderneming	496
3. Analyse van de rechtspraak	496
4. De bestuurder als onderneming-natuurlijke persoon: welke criteria?	498
4.1. <i>Het eerste criterium: “zelfstandig”</i>	498
4.2. <i>Het tweede criterium: “beroepsactiviteit”</i>	499
4.3. <i>Tussenbesluit</i>	500
4.4. <i>Bijkomende criteria?</i>	501
(i) <i>Het nastreven van een economisch doel</i>	501
(ii) <i>Het begrip “organisatie”</i>	501
(iii) <i>KBO- en boekhoudverplichtingen</i>	502
4.5. <i>Tussenbesluit betreffende de bijkomende criteria</i>	502
5. Besluit	502

SAMENVATTING

De transitie van het algemeen als verouderd ervaren handelsrecht naar een meer hedendaags ondernemingsrecht ging gepaard met een ingrijpende wijziging in het toepassingsgebied van het nieuwe ondernemingsrecht. Dit ondernemingsrecht is van toepassing op organisaties die door de wet worden beschouwd als 'onderneming'. Omtrent dit nieuwsoortige ondernemingsbegrip rijzen heel wat vragen. Eén van de meest prangende vragen is of bestuurders van vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid óók als onderneming moeten of kunnen worden beschouwd. Een dergelijke kwalificatie heeft immers verregaande gevolgen, bijvoorbeeld wat betreft de mogelijkheid tot faillissement. In deze bijdrage wordt geargumenteed dat het mandaat van bestuurder niet ipso facto een kwalificatie als onderneming met zich meebrengt. In concreto dient er te worden nagegaan of de uitoefening van het bestuursmandaat al dan niet een beroepsactiviteit uitmaakt. Daarnaast dient erover te worden gewaakt dat slechts tot een conclusie wordt gekomen op grond van de wet in de wet opgenomen criteria, zonder dat er bijkomende criteria of elementen aan worden toegevoegd die in werkelijkheid niet in de wet staan.

RÉSUMÉ

Le passage d'un droit commercial généralement perçu comme obsolète à un droit de l'entreprises plus contemporain a été accompagné d'un changement radical en ce qui concerne le champ d'application du nouveau droit de l'entreprise. Ce droit de l'entreprise s'applique aux organisations qui sont considérées par la loi comme étant des 'entreprises'. De nombreuses questions se posent à propos de ce nouveau concept d'entreprise. L'une des questions les plus urgentes est de savoir si les administrateurs des sociétés dotées de la personnalité juridique doivent ou peuvent également être considérés comme une entreprise. Après tout, une telle qualification a des conséquences considérables, par exemple en ce qui concerne la possibilité de faillite. Cette contribution fait valoir que le mandat d'administrateur n'implique pas ipso facto une qualification d'entreprise. Concrètement, il s'agit de vérifier si l'exercice du mandat d'un administrateur constitue ou non une activité professionnelle. En outre, il convient également de veiller à ce qu'une conclusion soit tirée uniquement sur la base des critères contenus dans la loi, sans ajouter de critères ou d'éléments supplémentaires qui ne sont en réalité pas précisés par la loi.

¹ Advocaat, vrijwillig wetenschappelijk medewerker UA.

² Professor UHasselt.

1. INLEIDING

1. Met de hervorming van het ondernemingsrecht heeft de handelaar definitief veld moeten ruimen voor de onderneming³. Ook in het insolventierecht, het laatste echte bastion van de handelaar, staat de onderneming voortaan centraal⁴. De gevolgen voor de rechtspraak zijn groot. In deze bijdrage wordt één aspect van het ondernemingsbegrip onderzocht, namelijk de vraag of de bestuurder van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid (als zodanig) een onderneming is⁵. Deze vraag heeft sedert de inwerkingtreding van Boek XX WER tot heel wat uiteenlopende rechtspraak aanleiding gegeven. Een selectie van deze rechtspraak wordt in dit nummer gepubliceerd.

2. Artikel I.1 WER definieert de onderneming als: “*elk van volgende organisaties:*

- (a) *iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent;*
- (b) *iedere rechtspersoon;*
- (c) *iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid*”.

Kwalificeert de bestuurder van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid als een natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent? Indien deze vraag positief beantwoord wordt, dan kan de bestuurder van een vennootschap (als zodanig, d.w.z. los van de vennootschap waarin het bestuursmandaat uitgeoefend wordt) failliet verklaard worden⁶. Dit zou verstrekken gevolgen hebben.

3. Het debat dat thans gevoerd wordt, is nieuw. Vóór de invoering van het ondernemingsbegrip – toen het begrip handelaar nog centraal stond in het insolventierecht – bestond er immers geen twijfel over dat de bestuurder van een vennootschap geen handelaar was en bijgevolg niet failliet verklaard kon worden⁷. De invoering van het ondernemingsbegrip heeft deze oude zekerheid op de helling gezet.

4. Vroeger zou verwacht worden dat bestuurders van

vennootschappen een faillissement te allen prijzen zouden willen vermijden. Dit is niet langer het geval. Anno 2019 biedt een faillissement niet te onderschatten *voordelen* aan de gefailleerde. Twee voordelen zijn hierbij bijzonder relevant. *Ten eerste* de nieuwe regeling inzake de afbakening van het actief van de faillissementsboedel. Uit het actief van het faillissement worden uitgesloten de goederen die de gefailleerde ontvangt sinds de faillietverklaring op grond van een oorzaak die dateert van na het faillissement (art. XX.110, § 3, tweede lid WER). *Ten tweede* de regeling inzake kwijtschelding die de oude regeling inzake verschoonbaarheid vervangt (art. XX.173 WER). Deze regeling kan tot een (gedeeltelijke) bevrijding van de restschulden van de gefailleerde leiden. Meer dan ooit biedt het faillissementsrecht de gefailleerde de kans om (onmiddellijk) met een schone lei te beginnen.

5. In deze bijdrage wordt geen beleidsmatig standpunt ingenomen inzake de vraag of bestuurders de “gunst” van het faillissement *mogen* genieten. De beleidsmatige relevantie van deze vraag is evident. De kwalificatie van bestuurders als onderneming zal onvermijdelijk een grote invloed hebben op de kredietverlening. Indien bestuurders kwalificeren als onderneming, kunnen zij proberen het faillissement aan te wenden om zich te ontdoen van professionele en privé-schulden⁸.

6. De structuur van deze bijdrage is driedelig. Eerst wordt het ondernemingsbegrip in het algemeen bekeken. Vervolgens wordt op beknopte wijze nader ingegaan op relevante rechtspraak die deze problematiek behandelt, teneinde de verschillende mogelijke standpunten nader te illustreren. Vervolgens zal het ondernemingsbegrip voor natuurlijke personen nader worden onderzocht, teneinde de (eventueel) meest relevante criteria te bepalen ter invulling van het ondernemingsbegrip. Ook de rechtspraak zal dan aan deze criteria worden getoetst. Tot slot volgt een kort besluit.

³ Zie algemeen, J. STUYCK, “De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht”, *TBH* 2018, 315-326.

⁴ Voor een terugblik, zie E. DIRIX, “De hoedanigheid van koopman in het insolventierecht” in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, Handels- en economisch recht*, deel 1, *Ondernemingsrecht*, volume A, Mechelen, Kluwer, 2011, 497-508. Zie ook, W. DERUCKE, “Les nouveaux champs d’application du droit” in C. ALTER (ed.), *Le nouveau droit de l’insolvabilité*, Brussel, Larcier, 2017, (9) 10-20.

⁵ Zie ook, Ph. MOINEAU, “Le nouveau droit de l’insolvabilité des entreprises: champ d’application et principes généraux” in N. THIRION (ed.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, Luik, Anthemis, 2019, (7) 21-40.

⁶ De focus van deze bijdrage ligt op het faillissement. Indien een bestuurder kwalificeert als onderneming behoort een gerechtelijke reorganisatie tevens tot de mogelijkheden. Voortaan geldt een uniform aanknopingspunt voor beide insolventieprocedures. De onder randnr. 4 aangehaalde innovaties inzake het faillissement lijken een faillissement echter “interessanter” te maken voor vele bestuurders, getuige waarvan de vele aangiftes van faillissement door bestuurders.

⁷ L. FREDERICQ m.m.v. S. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, Brussel, Bruylant, 1962, T. I, p. 61, nr. 46: “De lasthebber, die daden van koophandel verricht voor een ander, is geen handelaar; zo bv. is de beheerder van een naamloze vennootschap of de vereffenaar van die vennootschap geen handelaar, wanneer hij optreedt in naam van de vennootschap, waarvan hij de zaken voert. De vennootschap heeft de hoedanigheid van handelaar; de beheerder is slechts haar vertegenwoordiger, die zich niet persoonlijk verbindt.”; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1954, T. I, p. 83, nr. 98: “Pour être commerçant, il faut agir pour son compte personnel et en son propre nom. Celui qui agit au nom et pour compte d’une autre personne, n’est que l’instrument de la volonté de celle-ci. Son activité ne peut donc lui donner à lui-même une qualification déterminée. Les mandataires et les gérants d’affaires qui, en cette qualité, dirigent une exploitation commerciale, n’acquièrent pas eux-mêmes, de ce chef, la qualité de commerçants: administrateurs ou liquidateurs de sociétés commerciales, par exemple.”

⁸ Zie voor een concreet toepassingsgeval: Orb. Antwerpen (afd. Hasselt) 22 november 2018, *DAOR* 2019, afl. 1, 83, noot L. GOOSSENS.

2. ALGEMEEN: DE NATUURLIJKE PERSOON-ONDERNEMING

7. Met de invoering van het ondernemingsbegrip beoogde de wetgever twee grote doelstellingen⁹. *Ten eerste* een substantiële uitbreiding van het toepassingsgebied van het “ondernemingsrecht”. Over de verwezenlijking van deze eerste doelstelling kan geen twijfel bestaan. Het ondernemingsrecht bestrijkt thans een veel ruimer veld dan het handelsrecht ooit gedaan heeft. *Ten tweede* een formalisering van het ondernemingsbegrip¹⁰. Om allerlei discussies over de invulling van het ondernemingsbegrip te vermijden, zou voortaan gewerkt worden met een goeddeels formeel ondernemingsbegrip. Het gebruik van formele begrippen (zoals “rechtspersoon”) zou bijdragen tot de rechtszekerheid¹¹. De balans van deze tweede doelstelling is minder positief, en dan in het bijzonder wat de eerste categorie ondernemingen (“iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent”) betreft. Deze categorie heeft immers tot een (vooralsnog) zeer verdeelde rechtspraak aanleiding gegeven. Deze verdeeldheid volgt precies uit het gebruik van niet-formele criteria¹².

8. Het algemene¹³ ondernemingsbegrip bevindt zich in

artikel I.1 WER. Het is dit ondernemingsbegrip dat het personele toepassingsgebied van het insolventierecht bepaalt (weliswaar met een lichte nuance¹⁴). Het weze hierbij in herinnering gebracht dat het nieuwe algemene ondernemingsbegrip eerst via het insolventierecht gelanceerd¹⁵ is om vervolgens zijn weg te vinden naar artikel I.1 WER¹⁶.

9. Of een bestuurder een onderneming is, hangt uitsluitend af van de daartoe door de wetgever bepaalde criteria, zoals verduidelijkt in de parlementaire voorbereiding. Aan deze criteria zoals zij in de wet staan opgenomen, kunnen niet zomaar criteria worden toegevoegd. Zo niet worden voorwaarden toegevoegd die de wetgever niet voorzien heeft en riskeert het ondernemingsbegrip een van de wil van de wetgever afwijkende draagwijdte te krijgen, die niet langer overeenstemt met het algemene ondernemingsbegrip zoals in de wet gedefinieerd. Het komt er enkel op aan de correcte betekenis van de door de wetgever gehanteerde criteria te bepalen, nu deze begrippen niet door de wet zelf worden gedefinieerd. Bij deze wettelijke criteria behoren alvast met zekerheid de begrippen “zelfstandig” en “beroepsactiviteit”.

3. ANALYSE VAN DE RECHTSPRAAK

10. De vraag die ons in deze bijdrage bezighoudt, heeft aanleiding gegeven tot uiteenlopende rechtspraak. Een selectie van deze rechtspraak wordt in dit nummer gepubliceerd. Hierna wordt dieper ingegaan op de rechtspraak op het niveau van het hof van beroep. Eerst het uitgebreid gemotiveerde arrest van het hof van beroep te Bergen van 5 februari 2019. Vervolgens 2 arresten van het hof van beroep te Luik van 2 april 2019. Daarna het arrest van het hof van beroep te Brussel van 19 december 2018. Tot slot wordt een korte blik geworpen op de – verdeelde – lagere rechtspraak.

11. Het arrest van het hof van beroep te Bergen van 5 februari 2019¹⁷ betrof een dame die gedurende enkele jaren een onderneming had uitgebaat door middel van een eenmanszaak. In 2017 bracht zij de activiteiten onder in een BV-BA, waarvan zij werd aangeduid als statutair zaakvoerder. Op 10 oktober 2018 vroeg zij ten persoonlijke titel het faillissement aan. Dit werd in eerste aanleg geweigerd door de ondernemingsrechtbank Henegouwen, afdeling Doornik, met als motivering dat de dame in kwestie geen onderneming zou zijn¹⁸. Het hof van beroep te Bergen bevestigde het vonnis van de ondernemingsrechtbank. Het hof wees hierbij in het

⁹ MvT bij wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2828/001, 10. Zie voor een algemene kritiek op de verwezenlijking van deze doelstellingen, A. AUTENNE en N. THIRION, “La nouvelle ‘définition générale’ de l’entreprise dans le Code de droit économique: deux pas en avant, trois pas en arrière”, *JT* 2018, 826-831.

¹⁰ J. STUYCK, “De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht”, *TBH* 2018, (315), p. 320, nr. 12.

¹¹ Z. PLETINCKX, “Réforme du droit de l’insolvabilité: le nouveau livre XX du Code de droit économique”, *JT* 2018, (465) 466, nr. 2.

¹² A. AUTENNE en N. THIRION, “La nouvelle ‘définition générale’ de l’entreprise dans le Code de droit économique: deux pas en avant, trois pas en arrière”, *JT* 2018, (826), p. 827, nr. 5.

¹³ Het algemene karakter van het nieuwe ondernemingsbegrip moet, zoals bekend, sterk genuanceerd worden (zie hierover, D. GOL en N. THIRION, “La réforme du droit des entreprises: panorama général” in N. THIRION (ed.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, Luik, Anthemis, 2019, (163) 184-185). Voor bepaalde materies wordt het oude (algemene) ondernemingsbegrip gehanteerd. Voor andere materies wordt met eigen begrippen gewerkt.

¹⁴ Voor de toepassing van Boek XX worden alle publiekrechtelijke rechtspersonen uitgesloten. Het algemene ondernemingsbegrip sluit alleen die publiekrechtelijke rechtspersonen uit die geen goederen of diensten aanbieden op de markt.

¹⁵ Ph. MOINEAU, “Le nouveau droit de l’insolvabilité des entreprises: champ d’application et principes généraux” in N. THIRION (ed.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, Luik, Anthemis, 2019, (7) 12-14; D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, p. 11, nr. 9.

¹⁶ Zie M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, (207), p. 208, nr. 3.

¹⁷ Bergen 5 februari 2019, *JLMB* 2019, afl. 15, 678, in dit nummer, p. 558.

¹⁸ Orb. Henegouwen (afd. Doornik) 6 november 2018, *TRV/RPS* 2019, 111.

bijzonder op het gegeven dat de wetgever, met de invoering van het nieuwe ondernemingsbegrip als aanknopingspunt voor het toepassingsgebied van de vernieuwde insolventiewetgeving, enige ruimte voor interpretatie had gelaten voor wat betreft de vraag of vennootschapsbestuurders hier ook onder konden vallen. Het hof citeerde hiertoe uitvoerig uit de parlementaire geschiedenis van zowel de nieuwe insolventiewetgeving als van de wet houdende hervorming van het ondernemingsrecht. Het hof wees er bovendien op dat vennootschapsbestuurders niet aan enige boekhoudplicht zijn onderworpen en evenmin dienen te worden opgenomen in de KBO. Beide elementen zijn volgens het hof nochtans van groot belang binnen een insolventiecontentieux.

Het hof keert zich vervolgens tot de twee wettelijke criteria van “zelfstandigheid” en “beroepsactiviteit” (zie *infra*, randnrs. 15 *et seq.*), teneinde na te gaan of de dame in kwestie onder het toepassingsgebied van het algemene ondernemingsbegrip viel. Na te hebben vastgesteld dat het criterium van de zelfstandigheid op zich doorslaggevend is, buigt het hof zich over de vraag of er *in casu* een beroepsactiviteit voorhanden is. Teneinde dit begrip te interpreteren wendt het hof zich bij wijze van voorbeeld tot de definities van het ondernemingsbegrip die vervat liggen in de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties en richtlijn nr. 2000/35/EG waarvan de Belgische wet de omzetting vormt. Het hof merkt op dat in deze definities eveneens het begrip “organisatie” figureert. Het hof concludeert dat de vorm of het juridische statuut van een persoon op zich geen voldoende elementen vormen om een professionele activiteit vast te stellen in hoofde van een persoon, maar dat het tevens dient te gaan om een professionele activiteit die op een gestructureerde en stabiele wijze wordt uitgevoerd. Het hof verwijst daartoe naar het begrip “organisatie”, dat eveneens voorkomt in de aanhef van artikel I.1, 1° WER¹⁹ en bespreekt vervolgens de vraag of de vennootschapsbestuurder diens functie ook uitoefent binnen de vorm van een “organisatie”. Het hof verwijst voor de invulling van dit begrip in de eerste plaats naar de duurzaamheid en stabiliteit van de desbetreffende activiteit. Hoewel het hof niet uitsluit dat ook vennootschapsbestuurders binnen een organisatie kunnen werken, zal dit volgens het hof eerder uitzonderlijk zijn. Immers, volgens het hof, ontwikkelt de bestuurder doorgaans een activiteit in naam en voor rekening van de rechtspersoon (dus als vertegenwoordiger), zodat de vennootschap in kwestie zelf de duurzame structuur vormt waarmee wordt gewerkt. Volgens het hof bestond er *in casu* ook geen “organisatie”, los van de BVBA waarvan de dame in kwestie zelf de zaakvoerder was. Aangezien zij niet kon worden gekwalificeerd als een onderneming, kon zij dan ook niet failliet worden verklaard.

12. In 2 arresten van 2 april 2019²⁰ oordeelde het hof van beroep te Luik dat het waarnemen van een bestuursmandaat binnen een vennootschap *in casu* wel een beroepsactiviteit uitmaakte. In beide arresten kwam het hof daarmee tot een andere conclusie dan de ondernemingsrechtbank had gedaan in eerste aanleg. Het hof wees er op dat het uitoefenen van een dergelijk mandaat in de twee onderhavige gevallen telkens een professionele beroepsactiviteit was die erop was gericht om te voorzien in het levensonderhoud van de natuurlijke personen die de activiteit uitoefenden. Het hof baseerde deze conclusie telkens op deze korte, maar kernachtige motivering en verwees daarbij expliciet naar de parlementaire geschiedenis van het algemene ondernemingsbegrip (zie *infra*, randnrs. 21 en 23).

13. Ook het hof van beroep te Brussel oordeelde in een arrest van 18 december 2018 dat het mandaat van zaakvoerder van een BVBA wel degelijk een professionele activiteit kan zijn die een zelfstandige beroepsactiviteit uitmaakt²¹. *In casu* was de zaakvoerder van een BVBA met de BVBA hoofdelijk gehouden tot de betaling van een schuld. De rechtbank van koophandel te Waals Brabant had in eerste aanleg geoordeeld dat de zaakvoerder niet failliet kon worden verklaard. Het hof te Brussel wees er in het bijzonder op dat de uitoefening van het mandaat van zaakvoerder voor de betrokkene geen “vrijtijdsbesteding” was geweest en dat de rechtbank van koophandel een voorwaarde aan de wet had toegevoegd door te vereisen dat de zaakvoerder goederen of diensten op de markt zou moeten leveren vooraleer deze als een onderneming kon worden gekwalificeerd. Daarnaast kan nog worden gewezen op het vonnis van de ondernemingsrechtbank Henegouwen, afdeling Doornik, die een bijzonder belang hechtte aan het begrip “organisatie”. Dit vonnis werd nadien bevestigd door het hof van beroep te Bergen.

14. Ook in de lagere rechtspraak kunnen uiteenlopende beslissingen worden teruggevonden. Zo oordeelde de ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout, in een vonnis van 2 mei 2019 dat, om een bestuurder-natuurlijke persoon te kunnen aanduiden als een onderneming, er “begeleidende” omstandigheden dienden te zijn waaruit kon worden besloten dat de persoon in kwestie zich ook daadwerkelijk als een onderneming gedraagt, nl. het uitoefenen van een economische activiteit op een welbepaalde markt met het doel om zich inkomsten te verschaffen. De ondernemingsrechtbank oordeelt echter dat “beroepsbestuurders” wel degelijk aan die vereisten voldoen en moeten worden gekwalificeerd als een onderneming²². Diezelfde rechtbank oordeelde in een vonnis van 26 juni 2018 nog in de andere zin, door te stellen dat een zaakvoerder van een BVBA in de eerste plaats een vennootschapsorgaan is, dat geen goederen

19. Zo stelt het hof: “*C’est ce que le législateur belge a retenu en imposant, dans la prémisse de la définition, que l’entreprise soit une ‘organisation’. Cette notion d’organisation doit dès lors être intégrée dans la notion d’activité professionnelle, comme l’ont très justement retenu les premiers juges.*”

20. Bergen 2 april 2019, nr. 2018/RG/1340, *TBH* 2019, afl. 4, 578.

21. Brussel 18 december 2018, onuitg.

22. Orb. Antwerpen (afd. Turnhout) 2 mei 2019, *onuitg.*

of diensten aanbiedt op de markt, maar enkel handelingen stelt die aan de vennootschap moeten worden toegerekend²³. Deze laatste redenering kan ook worden aangetroffen in een vonnis van de voormalige rechtbank van koophandel te Waals Brabant van 8 oktober 2018²⁴. Daarentegen oordeelde de voormalige rechtbank van koophandel te Luik, afdeling

Luik, in een vonnis van 18 juni 2018 dat een zaakvoerder van een BVBA diende te worden gekwalificeerd als een onderneming, en nam daarbij onder meer het bezoldigd karakter van diens mandaat mee in aanmerking²⁵. In een ander vonnis van 6 december 2018 kwam de ondernemingsrechtbank Luik, afdeling Namen, tot eenzelfde conclusie²⁶.

4. DE BESTURDER ALS ONDERNEMING-NATUURLIJKE PERSOON: WELKE CRITERIA?

15. Zoals hoger werd aangehaald werd door de wetgever voor de bepaling van het algemene ondernemingsbegrip van artikel I.1, 1° WER gestreefd naar het gebruik van formele criteria ter afbakening van dit begrip. De wetgever heeft deze lijn, zeker voor wat betreft de natuurlijke personen, niet doorgetrokken. De vraag rijst dan ook aan de hand van welke criteria dit ondernemingsbegrip voor natuurlijke personen moet worden afgebakend en welke invulling er aan deze criteria moet worden gegeven. Zoals hoger aangegeven, kan uit de tekst van de wet worden afgeleid dat hiertoe minstens 2 criteria of elementen dienen te worden onderzocht: de zelfstandigheid en de beroepsactiviteit. Vóór wordt ingegaan op de vraag of daarnaast nog bijkomende criteria dienen te worden onderzocht, worden eerst de 2 genoemde criteria in ogeschouw genomen. Deze inhoudelijke analyses worden telkenmale afgetoetst aan de situatie van de vennootschapsbestuurder.

4.1. Het eerste criterium: “zelfstandig”

16. Het eerste criterium is dat van de zelfstandigheid. Volgens de *memorie van toelichting* vormt het begrip “zelfstan-

dig” de tegenpool van het begrip “in dienstverband”²⁷. Hiermee verduidelijkt de wetgever dat natuurlijke personen die onder gezag werken geen onderneming zijn²⁸. Concreet: werknemers en ambtenaren zijn geen onderneming²⁹.

17. Wie is dan wel zelfstandig? Een wettelijke definitie van dit begrip wordt aangetroffen in KB nr. 38 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen³⁰. Artikel 3, § 1 van dit KB definieert het begrip “zelfstandig” als: “*ieder natuurlijke persoon die in België een beroepsbezigheid uitoefent uit hoofde waarvan hij niet door een arbeidsovereenkomst of een statuut verbonden is*”. Het begrip “beroepsbezigheid” verwijst hierbij naar het nastreven van een winst-oogmerk en de regelmatige uitoefening van deze zelfstandige activiteit³¹. Voor bestuurders van vennootschappen en verenigingen die winstgevendende activiteiten nastreven geldt een weerlegbaar vermoeden dat zij een zelfstandige beroepsbezigheid uitoefenen. Dit vermoeden kan echter worden weerlegd door de kosteloosheid van het mandaat³².

18. Tussen vennootschap en bestuur bestaat een contractuele rechtsverhouding³³. Deze rechtsverhouding wordt

23. Kh. Antwerpen (afd. Turnhout) 26 juni 2018, *TRV/RPS* 2019, 116.

24. Kh. Waals Brabant 8 oktober 2018, *TRV/RPS* 2019, 115.

25. Kh. Luik (afd. Luik) 18 juni 2018, in dit nummer, p. 595.

26. Orb. Luik (afd. Namen) 6 december 2018, *TRV/RPS* 2019, 108, in dit nummer, p. 581.

27. *Ibid.*, 10.

28. M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, (207), p. 213, nr. 15: “*Men kan (...) de definitie van onderneming-natuurlijke persoon herformuleren naar: alle natuurlijke personen die geen werknemer zijn, maar wel een beroepsmatige activiteit uitoefenen.*”

29. D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, p. 13, nr. 14.

30. Koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen (*BS* 29 juli 1967).

31. W. VAN EECKHOUTTE en E. VAN OOSTVELDT, “Het sociaal statuut van de bestuurder” in X (ed.), *De NV in de praktijk*, 2004, III.2.2.1.; D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 13.

In bepaalde rechtsleer werd gewezen op een vermeend tautologisch gehalte van de criteria “zelfstandig” en “beroepsactiviteit”, aangezien in de definitie van het begrip “zelfstandig” reeds een verwijzing naar het begrip “beroepsactiviteit” zit ingebakken; de definitie uit art. 3 van KB nr. 38 veronderstelt reeds dat er sprake zou zijn van een beroepsactiviteit. Deze rechtsleer stelt vervolgens dat het vermoedelijk niet de bedoeling was van de wetgever om hetzelfde criterium van beroepsactiviteit tweemaal te gebruiken en dat het criterium van de beroepsactiviteit uit art. I.1, 1° WER toch een aanvullende of bijkomende betekenis dient te hebben (of zou dienen te hebben). Merk echter op dat deze redenering vertrekt vanuit de premisse dat de definitie van het begrip “zelfstandig” uit KB nr. 38 transposeerbaar zou zijn naar art. I.1, 1° WER. Dit is o.i. niet met zekerheid het geval. Indien het begrip “zelfstandig” uit art. I.1, 1° WER in die zin moet worden geïnterpreteerd dat het enkel personen met een arbeidsovereenkomst of een statuut uitsluit voor die activiteiten waarop de overeenkomst of het statuut betrekking heeft, is er geen sprake van enig tautologisch gehalte. Mogelijks kan het tweede criterium uit art. I.1, 1° WER (“beroepsactiviteit”) dan worden gelezen als een bevestiging van wat ook in art. 3, § 1 van KB nr. 38 staat. Immers, ook het voormalig handelsrecht veronderstelde een zelfstandige activiteit in hoofde van een handelaar, en daarmee de afwezigheid van een ondergeschikt verband, zonder dat dit andere vereisten (beroepsactiviteit, winst-oogmerk) overbodig maakte of een impact had op de verdere interpretatie of invulling ervan. Zie daaromtrent: D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 14-15; B. TILLEMANS, E. TERRYEN en G.-L. BALLON, *Handels- en Economisch Recht*, Deel I, *Ondernemingsrecht*, Vol. A, in *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 134-135.

32. D. HEYLEN en I. VERREY, *Sociaal recht in essentie (zesde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2018, 459.

33. D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 591.

doorgaans gekwalificeerd als een lastgeving³⁴. In geen geval kan het gaan om een arbeidsovereenkomst: het statuut van bestuurder veronderstelt een zelfstandige activiteit³⁵. Dit zelfstandig karakter werd recent bevestigd in het WVV. De artikelen 5:70, § 1, tweede lid WVV (voor de BV), 6:58, § 1, tweede lid WVV (voor de CV) en 7:85, § 1, tweede lid WVV (voor de NV) bepalen dat “*bestuurders in deze hoedanigheid niet door een arbeidsovereenkomst met de vennootschap kunnen zijn verbonden*”.

19. Over het “zelfstandig” optreden van een bestuurder zal doorgaans geen discussie bestaan.

4.2. Het tweede criterium: “beroepsactiviteit”

20. De inhoud van het tweede criterium is moeilijker vast te stellen. Deze onduidelijkheid kwam uitdrukkelijk aan bod in de parlementaire voorbereiding. Zo wees de Raad van State in zijn advies bij het wetsontwerp tot hervorming van het ondernemingsrecht op het gegeven dat dit begrip niet nader werd gedefinieerd. De Raad van State maande de wetgever dan ook aan duidelijkheid te scheppen: “[d]e stellers van het voorontwerp doen er goed aan om de notie ‘beroepsactiviteit’ in de wet nader te omschrijven of minstens in de memorie van toelichting te verduidelijken welke criteria pertinent zijn om uit te maken of een bepaalde activiteit al dan niet een beroepsactiviteit is”³⁶. De Raad van State achtte dit opportuun omdat de wetgever nu eens verwees naar de aard van de activiteit, dan weer naar de duurzaamheid ervan en soms ook naar de vraag of de activiteit een inkomen genereert. Ook de scheidslijn tussen “beroepsactiviteit” en “(normaal) beheer van het privévermogen” was volgens de Raad van State niet duidelijk.

21. Aan de bezorgdheid van de Raad van State is door de wetgever slechts gedeeltelijk tegemoet gekomen. Ten eerste stelt de *memorie van toelichting* bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht dat een “beroepsactiviteit” wordt gekenmerkt door haar *duurzaam* karakter, zonder dat de aard van de beroepsactiviteit een rol speelt³⁷. Hierbij wordt expliciet verwezen naar bestuurders van vennootschappen als voorbeeld van natuurlijke perso-

nen die een beroepsactiviteit uitoefenen. Ten tweede stelt dezelfde *memorie van toelichting* dat het begrip “beroepsactiviteit” niet moet worden gedefinieerd, aangezien dit begrip sinds 1807 wordt gebruikt in de definitie van het handelaarsbegrip³⁸. Dit punt werd met zoveel woorden onderstreept door de minister van Justitie, die stelde dat “*dit begrip al sinds het begin van de 19de eeuw zonder veel problemen in de rechtspraak wordt gehanteerd. Men gaat ervan uit dat er sprake is van een beroepsactiviteit wanneer de betrokken persoon van deze activiteit ‘hoofdzakelijk of gewoon’ zijn ‘gewoon beroep’ maakt*”³⁹. Kennelijk wordt dus aangestuurd op een zekere “historische continuïteit”.

22. Uit de *memorie van toelichting* bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht valt voorts af te leiden dat de wetgever ook een lijn wenste te trekken tussen die activiteiten die als een “beroepsactiviteit” moeten worden beschouwd en activiteiten die “als normaal beheer van het privévermogen” moeten worden gezien⁴⁰. De *memorie* verwijst naar het inschrijven op of het verwerven of aanhouden van effecten van vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid bij wijze van voorbeeld. Tijdens de parlementaire debatten verwees de minister van Justitie naar het sluiten van een huurovereenkomst⁴¹. Deze notie van “normaal beheer van het privévermogen” staat echter nergens expliciet opgenomen in de wet, zodat deze o.i. dient te worden gelezen als een interpretatiemiddel voor het begrip “beroepsactiviteit”. Daarmee wordt echter het éne te interpreteren begrip gesubstitueerd voor een ander, aangezien men ook over de inhoud van het begrip “normaal beheer van privévermogen” van mening kan verschillen. Buiten het bereiken van enkele voorbeelden reikt de parlementaire geschiedenis geen handvaten aan om de inhoud van dit begrip vast te stellen. Kennelijk is het de bedoeling om een beroep te doen op het gezond verstand van de interpretator, in de geest van de gegeven voorbeelden. Daarbij zou opnieuw elders naar inspiratie kunnen worden gezocht. Dergelijke inspiratie kan bijvoorbeeld worden gevonden in het fiscaal recht, waar reeds heel wat rechtspraak bestaat omtrent de invulling van het gelijknamige begrip “normaal beheer van het privévermogen” in het kader van artikel 90, 1° WIB 1992⁴². Bij dit begrip kan in de eerste plaats worden gedacht aan de goede huisvader-norm⁴³. Beoogd worden in

34. B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Kalmthout, Biblo, 1996, 12-15.

35. K. GEENS en M. WYCKAERT m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De vennootschap. Algemeen deel*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 448-449.

36. Adv.RvS nr. 61.995/1/2/3 van 9 oktober 2017 bij wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2828/001, 153.

37. *MvT* bij wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2828/001, 10.

38. *Ibid.*, 11.

39. Wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, verslag van de eerste lezing namens de Commissie voor handels- en economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2828/004, 32.

40. *MvT* bij wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2828/001, 10.

41. Wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, verslag van de eerste lezing namens de Commissie voor handels- en economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2828/004, 32.

42. Luidens dit wetsartikel zijn als diverse inkomsten belastbaar “*winst of baten, hoe ook genaamd, die zelfs occasioneel of toevallig, buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid voortkomen uit enige prestatie, verrichting of speculatie of uit diensten bewezen aan derden, daaronder niet begrepen normale verrichtingen van beheer van een privévermogen bestaande uit onroerende goederen, portefeuillewaarden en roerende voorwerpen*”.

43. Verslag van de Commissie voor de Financiën, *Parl.St.* Senaat 1961-62, nr. 366, 147.

de eerste plaats handelingen van dagelijks beheer die bedoeld zijn om het opgebouwde vermogen in stand te houden en te laten renderen, zonder dat dit beheer verzandt in speculatie of (door de frequentie of systematiek ervan) een winstgevend bezigheid op zich wordt⁴⁴. In de rechtsleer wordt verduidelijkt hoe de rechtspraak dit begrip invult⁴⁵.

23. Uit het voorgaande blijkt reeds dat het weinig evident is om *in abstracto* gedetailleerde richtlijnen te destilleren voor de interpretatie van een dergelijk begrip, ook in het raam van het ondernemingsrecht. De in de parlementaire geschiedenis gebruikte voorbeelden (inschrijven op, verwerven en aanhouden van effecten, het sluiten van een huurovereenkomst) lijken eerder voorzichtig gekozen voorbeelden te zijn. Kennelijk draait het voor de toepassing van dit begrip vooral om het “beheer als een goede huisvader” van het eigen privévermogen (dus niet een ondernemingsvermogen of professionele activa) met het oog op het behalen van een “normaal” rendement, en dus via een eerder defensieve en passieve beleggings- en beheerstrategie.

24. Achter het nieuwe ondernemingsbegrip gaat aldus (minstens voor wat natuurlijke personen betreft) het oude begrip handelaar schuil⁴⁶, zij het zonder het gesloten lijstje van objectieve daden van koophandel. Deze continuïteit zit verrat in het criterium van de beroepsactiviteit⁴⁷. Welnu, met het begrip beroepsactiviteit wordt traditioneel verwezen

naar een duurzame activiteit die zelfstandig wordt ontwikkeld met het oogmerk winst te behalen⁴⁸. Deze invulling blijft behouden voor het (niet zo) nieuwe ondernemingsbegrip. De reïncarnatie van het begrip handelaar in het begrip onderneming riskeert dat bepaalde oude discussies herleven⁴⁹. Zo kan de discussie over hoofd- en bijberoep opnieuw de kop opsteken⁵⁰. Hierbij lijkt het uitgangspunt o.i. terecht te zijn dat het ondernemingsbegrip een ruime invulling moet krijgen⁵¹. Het voorgaande neemt echter niet weg dat in het bijzonder voor bijberoepen in de praktijk discussie kan ontstaan aangaande het duurzaamheidsvereiste dat inherent is aan het criterium van de beroepsactiviteit.

4.3. Tussenbesluit

25. Met toepassing van de in de wet bepaalde criteria, kwalificeert een bestuurder-natuurlijke persoon als onderneming indien hij/zij op zelfstandige wijze een beroepsactiviteit uitoefent⁵². Dit zal in de regel het geval zijn. Enkel wanneer de uitoefening van het bestuursmandaat *in concreto* geen beroepsactiviteit uitmaakt, bijvoorbeeld omdat de bestuurder met deze beroepsactiviteit geen enkele (onrechtstreekse) winst beoogt te behalen of het bestuursmandaat met onvoldoende regelmaat uitoefent, kan deze kwalificatie geweigerd worden⁵³. Het komt ons voor dat deze weigering de uitzondering op de regel is en dat het uitgangspunt is dat

⁴⁴ Com.IB 1992, nr. 90/5.2.

⁴⁵ Zie bv. J.J. COUTURIER, B. PEETERS en E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2019, 101-102; A. TIBERGHIE, *Handboek voor Fiscaal Recht 2018-2019*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 348-352.

⁴⁶ Zie in dezelfde zin, J. STUYCK, “De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht”, *TBH* 2018, (315), p. 320, nr.13.

⁴⁷ W. DERIJCKE, “Les nouveaux champs d’application du droit” in C. ALTER (ed.), *Le nouveau droit de l’insolvabilité*, Brussel, Larcier, 2017, (9), p. 23, nr. 24: “(...) en faisant référence à la notion d’activité professionnelle, les auteurs de la loi se montrent incapables d’éviter l’écueil qu’ils avaient précisément voulu éviter: échapper à une notion évanescence comme celle de commercialité.”

⁴⁸ N. THIRION et al., *Droit de l’entreprise*, Brussel, Larcier, p. 169, nr. 232: “Le terme ‘profession’ de l’article 1^{er} du Code de commerce vise l’activité exercée régulièrement en vue d’obtenir les moyens nécessaires à l’existence.” Zie ook E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 4, nr. 6: “Beroep doelt op een duurzame activiteit die zelfstandig (niet in dienstverband) wordt ontwikkeld met het oogmerk winst te behalen.”

⁴⁹ Ph. MOINEAU, “Le nouveau droit de l’insolvabilité des entreprises: champ d’application et principes généraux” in N. THIRION (ed.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, Luik, Anthemis, 2019, (7), p. 20, nr. 14.

⁵⁰ D. GOL en N. THIRION, “La réforme du droit des entreprises: panorama général” in N. THIRION (ed.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, Luik, Anthemis, 2019, (163), p. 171, nr. 13.

⁵¹ Zie J. VANANROYE en R. VERHEYDEN, “De insolventieprocedures in het nieuwe boek XX WER” in M.E. STORME (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2018, (13), p. 16, nr. 5: “De zelfstandige beroepsactiviteit die een natuurlijke persoon tot onderneming maakt, kan zowel een hoofdberoep als een aanvullende beroepsactiviteit zijn.”; Z. PLETINCKX, “Réforme du droit de l’insolvabilité: le nouveau livre XX du Code de droit économique”, *JT* 2018, (465) 467, nr. 3: “(...) eu égard aux termes généraux utilisés dans l’article XX.I, § 1^{er}, il y a lieu de conclure qu’il suffit qu’une personne physique exerce une activité professionnelle à titre indépendant, fût-ce à titre complémentaire, pour que les dispositions du livre XX lui soient applicables.”

⁵² Vgl. Ph. MOINEAU, “Le nouveau droit de l’insolvabilité des entreprises: champ d’application et principes généraux” in N. THIRION (ed.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, Luik, Anthemis, 2019, (7), p. 33, nr. 19: “Quant au texte légal, qui demeure la source prépondérante pour déterminer l’appartenance ou non des gérants et administrateurs au champ d’application de la notion d’entreprise, nous avons déjà examiné supra 118 les critères requis pour être qualifié d’entreprise en vertu de l’article I.1, 1^o, du C.D.E. Ainsi, à notre sens, un gérant ou administrateur devrait donc être qualifié d’entreprise lorsque son mandat est exercé à titre indépendant (et donc pas sous les liens d’un contrat de travail) avec une certaine régularité et dans un but de lucre (ce qui implique que le mandat soit exercé à titre onéreux). En revanche, l’exercice d’un mandat à titre gratuit implique que le gérant ou administrateur échappe à l’application du livre XX du C.D.E.”

⁵³ Dit zal veel sneller het geval zijn in de non-profit sector die thans in belangrijke mate (VZW’s, stichtingen) aan het insolventierecht onderwerpen zijn; M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, (207), p. 21, nr. 16: “Zaakvoerders en bestuurders werken niet in dienstverband, maar stellen op zelfstandige en duurzame basis handelingen voor de vennootschap. Wanneer deze personen hun taak beroepsmatig uitoefenen, zullen ze als ondernemers worden beschouwd. A contrario kan gesteld worden dat bestuurders die deze functie niet beroepsmatig uitoefenen, bijvoorbeeld onbezoldigde bestuurders van een VZW, niet beschouwd moeten worden als ondernemers.”

bestuurders van vennootschappen (met volkomen rechtspersoonlijkheid) in beginsel ondernemingen zijn⁵⁴.

4.4. Bijkomende criteria?

26. De vraag rijst of er, behoudens de hoger besproken criteria (“zelfstandig” en “beroepsactiviteit”) nog bijkomende criteria bestaan die relevant zijn voor de afbakening van het algemene ondernemingsbegrip of die een impact kunnen hebben op de interpretatie ervan. Drie criteria of elementen komen regelmatig terug in de rechtspraak, namelijk (i) het nastreven van een economisch doel, (ii) het hebben/zijn van een organisatie en (iii) de (vrijstelling van de) verplichtingen inzake het KBO en de boekhouding. Deze criteria en elementen worden in wat volgt afzonderlijk besproken.

(i) Het nastreven van een economisch doel

27. De bestuurder van een vennootschap bestuurt (alleen of samen met andere bestuurders) de vennootschap. Het is de vennootschap, niet de bestuurder, die goederen en diensten aanbiedt op de markt. In het oude algemene ondernemingsbegrip “*iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*” stond het economisch doel (namelijk het aanbieden van goederen of diensten op een markt) centraal⁵⁵. Dit is niet (meer) zo wat het voor het insolventierecht relevante ondernemingsbegrip betreft⁵⁶. Deze evolutie maakt o.i. dat niet (langer) vereist kan worden dat een bestuurder een (eigen) “economisch doel” nastreeft bovenop zijn zelfstandige beroepsactiviteit opdat hij als onderneming kwalificeert⁵⁷.

Ook het gegeven dat de natuurlijke persoon optreedt als orgaan van de vennootschap of zijn of haar diensten als bestuurder slechts verleent aan de betrokken vennootschap (en niet op de “open markt”), doet o.i. niets ter zake. Zo heeft het Hof van Cassatie in het verleden geoordeeld dat een zaakvoerder die handelsdaden stelde in naam en voor rekening van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid geen handelaar was, aangezien de daden van koophandel niet aan de zaakvoerder konden worden toegerekend,

maar enkel aan de vennootschap⁵⁸. Merk op dat deze redenering als zodanig niets te maken heeft met de vraag of er een beroepsactiviteit aanwezig is in hoofde van de zaakvoerder. Het cruciale element bij de vaststelling dat de zaakvoerder zelf niet kon worden aangemerkt als handelaar was nu net dat de daden van de koophandel niet in eigen naam en voor rekening werden gesteld, maar dienden te worden toegerekend aan de vennootschap.

De “dienstverlening” aan de vennootschap in de hoedanigheid van bestuurder was dan geen daad van koophandel, maar kan o.i. wel degelijk een zelfstandige beroepsactiviteit zijn. Ook het gegeven dat de bestuurder mogelijks slechts optreedt voor één contractuele “tegenpartij”, i.e. de vennootschap, en zijn of haar diensten niet openlijk aanbiedt op de markt, is o.i. geen relevant gegeven. Immers, een beroepsactiviteit hoeft niet openlijk te worden uitgevoerd teneinde een beroepsactiviteit te zijn. Zo is bijvoorbeeld ook de handelsagent-natuurlijke persoon die exclusief optreedt voor slechts één principaal wel degelijk een onderneming in de zin van artikel I.1, 1° WER, aangezien deze zelfstandig een beroepsactiviteit uitvoert.

(ii) Het begrip “organisatie”

28. Artikel I.1 WER lijst de “organisaties” op die kwalificeren als onderneming waaronder iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent. Hier kan de vraag rijzen of aan het begrip “organisatie” een bijkomende betekenis toekomt die een impact heeft op het toepassingsgebied van het algemene ondernemingsbegrip. Zoals hoger aangehaald, kunnen hiervan enkele voorbeelden worden aangetroffen in de rechtspraak. Naar het begrip organisatie werd door de ondernemingsrechtbank te Henegouwen, afdeling Doornik, verwezen als volgt: “*Toute entreprise requiert une organisation de moyens personnels et matériels qui lui permet de conserver son identité malgré les changements de propriétaire.*”⁵⁹. In het arrest van het hof van beroep te Bergen van 5 februari 2019 werd naar dit begrip verwezen als volgt: “*La seule interprétation possible d’une organisation suppose cependant la démonstration concrète d’une activité professionnelle structurée et stable.*”⁶⁰.

⁵⁴. Zo zouden bv. vraagtekens bij de kwalificatie als onderneming worden geplaatst wanneer het bestuursmandaat van een bepaalde bestuurder onbezoldigd is. Eveneens kunnen discussies rijzen wanneer de voorziene vergoeding in de eerste plaats een onkostenvergoeding vormt voor de bestuurder in kwestie.

⁵⁵. Deze definitie was gebaseerd op de definitie van het Europees Hof van Justitie in de context van het mededingingsrecht; J. STUYCK, “De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht”, *TBH* 2018, (315), p. 318, nr. 7.

⁵⁶. Vgl. C. ALTER en Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises. Dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire in RPDB*, Brussel, Larcier, 2019, p. 22, nr. 6: “*Le Code de droit économique ne retient dès lors plus le critère matériel prévu à l’ancien article I.1, 1° (exercice d’une activité de manière durable dans un but économique), mais contient l’énumération des entités soumises au Code de droit économique.*”

⁵⁷. Ph. MOINEAU, “Le nouveau droit de l’insolvabilité des entreprises: champ d’application et principes généraux” in N. THIRION (ed.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, Luik, Anthemis, 2019, (7), p. 34, nr. 19.

⁵⁸. Cass. 2 mei 2016, *Arr.Cass.* 2016, 991; B. TILLEMANS, E. TERRYEN en G.-L. BALLON, *Handels- en Economisch Recht*, Deel I, *Ondernemingsrecht*, Vol. A in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 132-133.

⁵⁹. Orb. Henegouwen (afd. Doornik) 6 november 2018, *TRV/RPS* 2019, 114; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Brussel, Larcier, 1976, nr. 36.

⁶⁰. Bergen 5 februari 2019, *JLMB* 2019, afl. 15, 683, in dit nummer, p. 558.

29. Merk op dat de wetgever het begrip “organisatie” in dit kader nergens heeft gedefinieerd, noch werd er in de parlementaire voorbereiding enige aandacht aan besteed. Uit de parlementaire geschiedenis kan aldus niet worden afgeleid dat aan dit begrip enige bijzondere betekenis dient te worden gehecht. Het is aldus ook mogelijk dat dit begrip geen rol te spelen heeft bij het toepassingsgebied van het algemene ondernemingsbegrip. Het kan evenzeer worden beschouwd als een louter paraplu-begrip dat dient om de drie “ondernemingscategorieën” (natuurlijke personen, rechtspersonen en organisatievormen zonder rechtspersoonlijkheid) te vatten. Logischerwijze betekent dit dan dat het begrip “organisatie” geen autonome (bijkomende) voorwaarde is. Iedere natuurlijke persoon (die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent) is *ipso facto* een “organisatie” in de zin van artikel I.1 WER. Het zelfstandig uitoefenen van een beroepsactiviteit veronderstelt immers een zekere “organisatie”, net zozeer als rechtspersonen en organisatievormen zonder rechtspersoonlijkheid uit hun aard reeds een juridische “organisatie” veronderstellen. Merk op dat laatstgenoemd punt op zichzelf genomen kennelijk aansluit bij de hoger geciteerde interpretatie van het hof te Bergen. Echter, o.i. volstaat een loutere verwijzing naar het begrip “beroepsactiviteit” reeds om te vereisen dat enkel “duurzame en stabiele” activiteiten in aanmerking worden genomen. Uiteindelijk wendt ook het hof te Bergen zich dan ook tot het argument dat een dergelijke “organisatie” niet aanwezig is in hoofde van de bestuurder, aangezien deze de vertegenwoordiger is van de vennootschap. Opnieuw moet daarbij worden vastgesteld dat deze beoordeling als zodanig niet relevant is voor de beantwoording van de vraag of het waarnemen van de hoedanigheid van bestuurder als zodanig al dan niet een zelfstandige beroepsactiviteit is. Deze kan immers eveneens op een duurzame en stabiele grondslag worden uitgeoefend.

30. Bij gebrek aan meer expliciete duiding door de wetgever is het aldus niet evident om de rol van het begrip “organisatie” vast te stellen bij de afbakening van het toepassingsgebied van het algemene ondernemingsbegrip. Uit de tekst van de wet lijkt het o.i. echter logisch aan te nemen dat de wetgever het begrip “organisatie” aanwendt als een paraplu-begrip dat de drie specifieke “ondernemingscategorieën” omvat. Dit omwille van de volgende redenen. Vooreerst wordt in artikel I.1, 1^o, eerste lid, (c) WER gesproken over “iedere *andere* organisatie zonder rechtspersoonlijkheid” (eigen benadrukking). Dit doet vermoeden dat óók natuur-

lijke personen en rechtspersonen door de wetgever als een “organisatie” worden beschouwd. Ten tweede is het een opvallend gegeven dat de vraag of aan het begrip “onderneming” een autonome of bijkomende betekenis toekomt slechts lijkt te rijzen wanneer het gaat om bestuurders. In andere gevallen waar het gaat om natuurlijke personen, worden doorgaans kennelijk enkel de criteria van de zelfstandigheid en de beroepsactiviteit getoetst en rijst de vraag naar het begrip “organisatie” niet. Ten derde omdat het o.i. niet steeds duidelijk is wat het begrip “organisatie” inhoudelijk zou toevoegen aan het criterium van de beroepsactiviteit. Elementen als “duurzaamheid” en “stabiliteit” kunnen eveneens worden gelezen in het criterium van de beroepsactiviteit.

(iii) KBO- en boekhoudverplichtingen

31. Tot slot kan nog worden opgemerkt dat natuurlijke personen wiens beroepsactiviteit bestaat in het uitoefenen van één of meerdere bestuursmandaten geen inschrijvingsplichtige onderneming zijn in de zin van Boek III WER⁶¹. Over hen dient zelfs geen informatie te worden opgenomen in de KBO, zodat zij zelfs geen geregistreerde entiteit vormen⁶². Evenmin worden zij onderworpen aan de boekhoudregels uit Boek III WER⁶³. Deze uitzonderingen kunnen worden gelezen als een bevestiging van de hier verdedigde stelling: indien vennootschapsbestuurders-natuurlijke personen geen onderneming zouden (kunnen) zijn, waren deze uitzonderingen niet nodig. Immers, de begrippen “geregistreerde entiteit”, “inschrijvingsplichtige onderneming” en “boekhoudplichtige onderneming” bouwen voort op het algemene ondernemingsbegrip.

4.5. Tussenbesluit betreffende de bijkomende criteria

32. Uit de voorgaande analyse blijkt dat geen enkel van de genoemde mogelijke bijkomende criteria weet te overtuigen. De vraag naar de afbakening van het ondernemingsbegrip voor natuurlijke personen, en dus ook de vraag of bestuurders-natuurlijke personen als onderneming moeten worden beschouwd, dient te worden beantwoord aan de hand van de expliciet voorziene wettelijke criteria, zijnde deze van de zelfstandigheid en de beroepsactiviteit.

5. BESLUIT

33. In deze bijdrage werd onderzocht of een bestuurder van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid

een onderneming is (of kan zijn) conform het algemene ondernemingsbegrip uit artikel I.1, 1^o WER en specifiek met

⁶¹. Zie art. III.49, § 1, 6^o WER *jo.* art. I.4, 5^o WER.

⁶². Zie art. III.16, § 1, 1^o WER *jo.* art. I.4, 1^o WER.

⁶³. Zie art. III.82, tweede lid, 1^o *jo.* art. I.5, 1^o WER.

het oog op de toepassing van de regels van Boek XX WER. Het antwoord op deze vraag zal in de regel positief zijn (tenzij *in concreto* vastgesteld zou worden dat de uitoefening van het bestuursmandaat geen beroepsactiviteit uitmaakt). Tegelijk dient erover te worden gewaakt dat slechts een conclusie wordt bereikt op grond van de in de wet opgenomen criteria, zonder dat er bijkomende criteria aan de wet worden toegevoegd of criteria in de wet worden gelezen die er in realiteit niet staan. Deze conclusie heeft belangrijke gevolgen, in de eerste plaats voor de bestuurder-gefaillieerde en zijn schuldeisers. Bijkomend laat het zich verwachten dat

deze conclusie een impact zal hebben op de financieringspraktijk. Welke waarde komt nog toe aan de persoonlijke zekerheid verstrekt door een bestuurder wanneer een bestuurder failliet verklaard kan worden om de dag nadien met een propere lei opnieuw te beginnen? Niets belet dat het bestuursmandaat geïnstrumentaliseerd wordt om aan privéschulden te ontkomen. Meer dan ooit zet de wetgever in op een *fresh start*. De verdeeldheid in rechtspraak en rechtsleer toont echter aan dat deze keuze niet eensgezind positief onthaald wordt⁶⁴.

⁶⁴ Vgl. Ph. MOINEAU, “Le nouveau droit de l’insolvabilité des entreprises: champ d’application et principes généraux” in N. THIRION (ed.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, Luik, Anthemis, 2019, (7), p. 39, nr. 22: “Sur le plan de l’opportunité, le fait de considérer comme une ‘entreprise’, un gérant ou un administrateur (pour qui cette activité est exercée à titre professionnel et indépendant), sans exiger la réunion d’une condition supplémentaire, ne manque donc pas de soulever certaines questions. Néanmoins, ce n’est pas parce que la solution à laquelle aboutit un texte de loi bancale lui paraît déplaisante qu’une juridiction peut s’autoriser, fût-ce pour la bonne cause, à s’en écarter (...).”