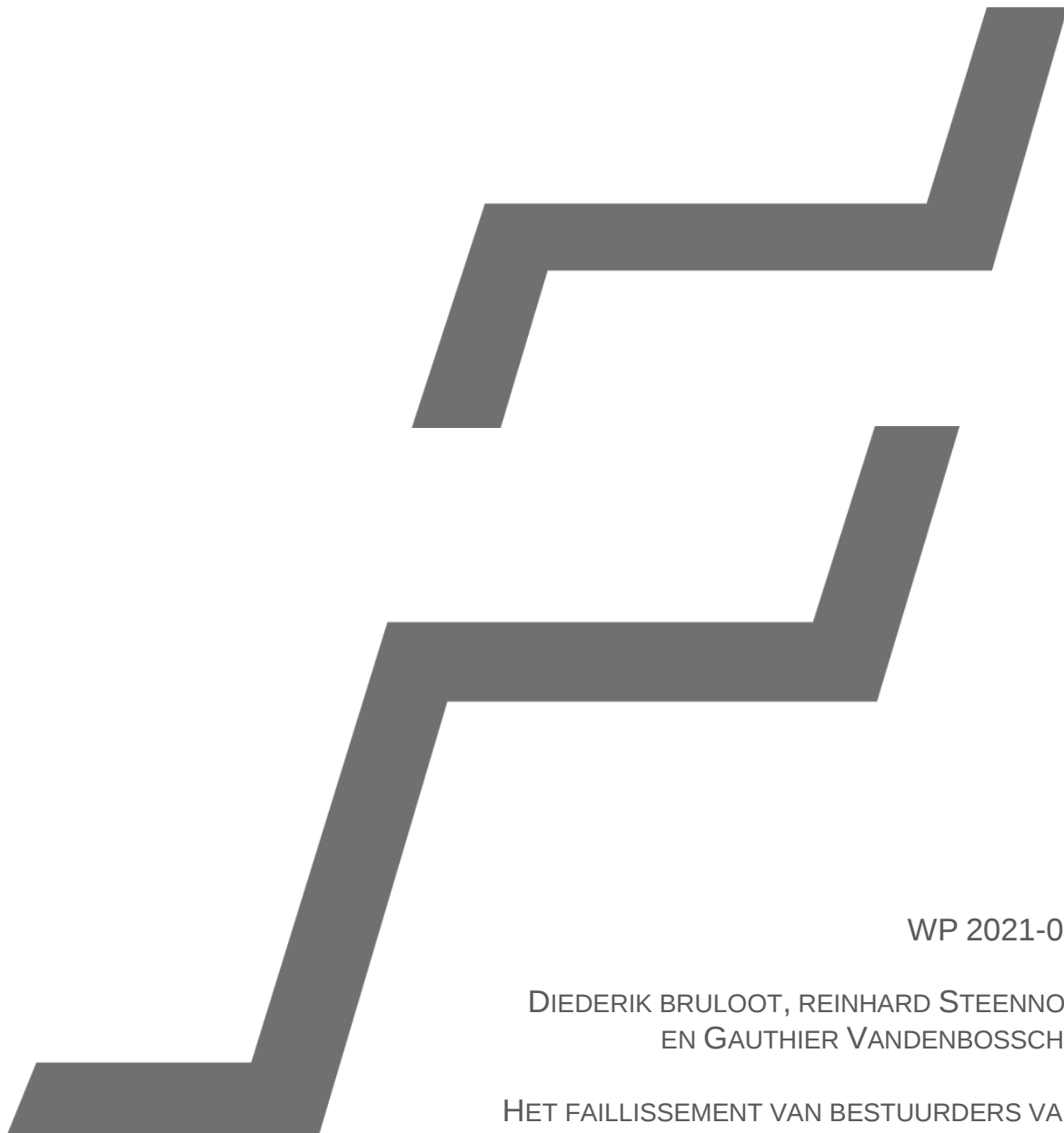


FINANCIAL LAW INSTITUTE

WORKING PAPER SERIES



WP 2021-04

DIEDERIK BRULOOT, REINHARD STEENNOT
EN GAUTHIER VANDENBOSSCHE

HET FAILLISSEMENT VAN BESTUURDERS VAN
RECHTSPERSONEN EN ONBEPERKT
AANSPRAKELIJKE VENNOTEN: LICHT AAN HET
EINDE VAN DE TUNNEL

WP 2021-04

DIEDERIK BRULOOT, REINHARD STEENNOT EN GAUTHIER VANDENBOSSCHE

HET FAILLISSEMENT VAN BESTUURDERS VAN RECHTSPERSONEN EN ONBEPERKT
AANSPRAKELIJKE VENNOTEN: LICHT AAN HET EINDE VAN DE TUNNEL

ABSTRACT

Ingevolge de inwerkingtreding van Boek XX WER op 1 mei 2018 is het personeel toepassingsgebied van het insolventierecht aanzienlijk uitgebreid. Het gemoderniseerd ondernemingsbegrip, gebaseerd op zoveel mogelijk formele in plaats van materiële criteria, vervangt voortaan het handelaarsbegrip als centraal aanknopingspunt voor het toepassingsgebied van het commercieel insolventierecht. Elke natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit verricht, elke rechtspersoon en iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid is in beginsel een onderneming in de zin van artikel I.1, 1° WER. In de rechtspraak en rechtsleer gaf de categorie van natuurlijke personen echter meteen aanleiding tot toepassingsvragen- en problemen, zowel wat faillietverklaring van bestuurders van rechtspersonen als vennoten van vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid betreft. Bijna drie jaar na de inwerkingtreding van Boek XX WER lijkt zich stillaan een (duidelijke) lijn af te tekenen, die evenwel in bepaalde gevallen onbillijke gevolgen met zich meebrengt.

The authors welcome your comments at diederik.bruloot@ugent.be , reinhard.steennot@ugent.be , gauthier.vandenbossche@ugent.be .

The final version of this paper has been published in D. BRULOOT, R. STEENNOT en G. VANDENBOSSCHE, “Het faillissement van bestuurders van rechtspersonen en onbeperkt aansprakelijke vennoten: licht aan het einde van de tunnel”, *TIBR* 2021, nr. 2, RL-19-32.

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

HET FAILLISSEMENT VAN BESTUURDERS VAN RECHTSPERSONEN EN ONBEPERKT AANSPRAKELIJKE VENNOTEN: LICHT AAN HET EINDE VAN DE TUNNEL

DIEDERIK BRULOOT, Hoofddocent, Instituut Financieel Recht, UGent

REINHARD STEENNOT, Hoogleraar, Instituut Financieel Recht, UGent

GAUTHIER VANDENBOSSCHE, Assistent, Vakgroep Accountancy, Bedrijfsfinanciering en Fiscaliteit –
Instituut Financieel Recht, UGent

Inhoud

I.	Inleiding	- 6 -
II.	Het nieuwe ondernemingsbegrip	- 7 -
III.	Ondernemingen-natuurlijke personen in het insolventierecht	- 8 -
A.	Zelfstandige	- 8 -
B.	Beroepsactiviteit	- 8 -
IV.	De bijzondere positie van bestuurders en onbeperkt aansprakelijke vennoten	- 10 -
A.	Kunnen bestuurders als onderneming worden gekwalificeerd?	- 10 -
1.	Waarom de argumenten om de kwalificatie van een bestuurder als onderneming te weigeren, falen	- 11 -
2.	De relevante criteria om bestuurders al dan niet als onderneming te kwalificeren	- 13 -
a.	Op zelfstandige wijze	- 13 -
b.	Met regelmaat	- 14 -
c.	Gericht op het behalen van een inkomen	- 15 -
3.	Gevolgen van het einde van het bestuursmandaat (en de verhouding tot de collectieve schuldenregeling)	- 17 -
4.	Het lot van de vaste vertegenwoordiger	- 17 -
B.	Het faillissement van vennoten in vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid	- 19 -
1.	De VOF	- 19 -
a.	Nieuwe vragen na de inwerkingtreding van Boek XX WER	- 19 -
b.	De vennoot van een VOF als natuurlijke persoon met een zelfstandige beroepsactiviteit	- 20 -
c.	Alternatieve benadering: iedere vennoot in de VOF is onderneming	- 20 -
2.	De maatschap	- 22 -
V.	Besluit	- 23 -

Samenvatting

Ingevolge de inwerkingtreding van Boek XX WER op 1 mei 2018 is het personeel toepassingsgebied van het insolventierecht aanzienlijk uitgebreid. Het gemoderniseerd ondernemingsbegrip, gebaseerd op zoveel mogelijk formele in plaats van materiële criteria, vervangt voortaan het handelaarsbegrip als centraal aanknopingspunt voor het toepassingsgebied van het commercieel insolventierecht. Elke natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit verricht, elke rechtspersoon en iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid is in beginsel een onderneming in de zin van artikel 1.1, 1° WER. In de rechtspraak en rechtsleer gaf de categorie van natuurlijke personen echter meteen aanleiding tot toepassingsvragen- en problemen, zowel wat faillietverklaring van bestuurders van rechtspersonen als vennoten van vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid betreft. Bijna drie jaar na de inwerkingtreding van Boek XX WER lijkt zich stillaan een (duidelijke) lijn af te tekenen, die evenwel in bepaalde gevallen onbillijke gevolgen met zich meebrengt.

I. INLEIDING

1. Naast de digitalisering van het faillissementsdossier en de aanscherping van de *fresh start*-gedachte, is de verruiming van het toepassingsgebied van het insolventierecht veruit de belangrijkste verwezenlijking van de hervorming van het insolventierecht bij de invoering van Boek XX WER¹. Deze bijdrage analyseert het “nieuwe” ondernemingsbegrip dat hierbij centraal staat en gaat in het bijzonder in op de toepassing van dit begrip ten aanzien van bestuurders van rechtspersonen enerzijds en vennoten van vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid anderzijds².

2. In de keuze die zich bij hervormingen doorgaans aandient tussen verder sleutelen aan de bestaande concepten of helemaal opnieuw beginnen, werd met de hervorming van het toepassingsgebied van het insolventierecht, en bij uitbreiding het ondernemingsrecht, ambitieus voor de tweede optie gekozen. Het handelaarsbegrip werd afgeschaft³, het “oude” ondernemingsbegrip⁴ werd niet geschikt geacht en dus werd een nieuw “formeel” ondernemingsbegrip ontwikkeld dat voortaan het toepassingsgebied van het insolventierecht zou afbakenen.

Vrijwel meteen na de invoering van het nieuwe ondernemingsbegrip ontstond in de rechtspraak heel wat onzekerheid omtrent de toepassing van het nieuwe ondernemingsbegrip ten aanzien van natuurlijke personen en in het bijzonder wat de mogelijke faillietverklaring van bestuurders betreft. Dit mag niet verwonderen. Het verschil tussen al dan niet failliet verklaard kunnen worden, is voor natuurlijke personen erg groot. Dit is in het bijzonder het geval door de aangescherpte *fresh start*-gedachte voor natuurlijke personen-ondernemingen die in Boek XX WER is geïmplementeerd en enerzijds bestaat uit het principe dat alle activa die de gefailleerde ontvangt sinds de faillietverklaring op grond van een oorzaak die dateert van na het faillissement van de faillissementsboedel worden uitgesloten (zie artikel XX.110, §3, tweede lid WER) en anderzijds uit de quasi-automatische kwijtschelding van restschulden (zie artikel XX.173 WER)⁵. Al vrij snel werd duidelijk dat ten aanzien van natuurlijke personen nog steeds een zeker materieel criterium moet worden gehanteerd om een zinvol onderscheid te kunnen maken tussen personen die wel en niet aan het faillissementsrecht zijn onderworpen. De zoektocht naar dit criterium verliep aanvankelijk moeilijk.

¹ Wet van 11 augustus 2017 houdende invoering van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoering van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht, BS 11 september 2017.

² Deze bijdrage bouwt in belangrijke mate verder op D. BRULOOT en R. STEENNOT, “Het nieuwe ondernemingsbegrip in het insolventierecht (en daarbuiten)” in I. CLAEYS (ed.), *XLVe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2018-2019. Recente wetgevende hervormingen: nieuw en beter?*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, 153-189.

³ Voor een bespreking van het historische handelaarsbegrip, zie bv. K. BYTTEBIER en T. WERA, *Ondernemingsrecht*, Brugge, Die Keure, 2020, 3-15.

⁴ Voor een bespreking van de (voormalige) algemene definitie van het begrip “onderneming”, zie bv. K. BYTTEBIER en T. WERA, *Ondernemingsrecht*, Brugge, Die Keure, 2020, 16-22.

⁵ Zie N. APPERMONT, “De vennootschapsbestuurder als ondernemingsrechtelijke twistappel. Rechtspraak en beleidsmatige overwegingen”, *TBH* 2020, afl. 6, (756) 759.

3. Deze bijdrage wil in de eerste plaats helderheid scheppen in de discussie rond de kwalificatie van bestuurders van rechtspersonen als ondernemingen, daarbij gebruikmakend van het ondertussen rijke aanbod aan gepubliceerde rechtspraak. Nu deze discussie bijna lijkt te zijn uitgeklaard, dienen zich echter ook nieuwe, verwante vraagstukken aan, zoals het faillissement van de vaste vertegenwoordiger van rechtspersoon-bestuurders en, meer nog, dat van vennoten van vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid. Ook deze aspecten komen in deze bijdrage aan bod.

II. HET NIEUWE ONDERNEMINGSBEGRIIP

4. Zowel de procedure van de gerechtelijke reorganisatie als die van het faillissement staan open voor “schuldenaren”.

Artikel I.22, 8° WER⁶ definieert de *schuldenaar* als volgt: de *onderneming* met uitzondering van *publiekrechtelijke rechtspersonen*. De onderneming wordt in artikel I.22, 7/1° WER voor de toepassing van Boek XX WER – en derhalve voor de invulling van het begrip schuldenaar – vervolgens uitdrukkelijk gedefinieerd als een onderneming in de zin van artikel I.1, eerste lid, 1° WER.

5. Wil men het toepassingsgebied van het insolventierecht bepalen, dan moet men dus bepalen welke entiteiten als een onderneming in de zin van artikel I.1, 1° WER kunnen worden beschouwd. Het is daarbij van belang zowel rekening te houden met de ingesloten (eerste lid), als met de uitgesloten (tweede lid) entiteiten. Meer concreet moeten bij toepassing van artikel I.1, 1° WER elk van de volgende organisaties als een *onderneming* worden beschouwd :

- elke *natuurlijke persoon* die zelfstandig een beroepsactiviteit verricht;
- elke *rechtspersoon*;
- iedere andere *organisatie zonder rechtspersoonlijkheid*.

Zijn evenwel geen ondernemingen (tenzij anders bepaald voor de toepassing van een bepaalde wettelijke regel):

- iedere *organisatie zonder rechtspersoonlijkheid* die *geen uitkeringsoogmerk* heeft en die ook in feite geen uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie (m.a.w. feitelijke verenigingen in de zin van artikel 1:6 *juncto* 1:2 WVV);
- iedere *publiekrechtelijke rechtspersoon* die geen goederen of diensten aanbiedt op een markt⁷;
- de Federale Staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse Agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (m.a.w. zgn. politieke rechtspersonen).

Worden voorts ook nog gedeeltelijk⁸ uitgesloten van het toepassingsgebied van Boek XX WER: kredietinstellingen, de verzekeringsondernemingen, de herverzekeringsondernemingen, de beleggingsondernemingen, de beheervenootschappen van instellingen voor collectieve belegging, de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, de centrale tegenpartijen, de vereffeninginstellingen, de centrale effectenbewaarinstellingen, de instellingen die ondersteuning verlenen aan centrale effectenbewaarinstellingen, de depositobanken, de financiële holdings en de gemengde financiële holdings (art. XX.1, §2 WER).

⁶ Opgelet, door een materiële vergissing zijn er twee artikelen I.22 in het WER opgenomen.

⁷ Merk op dat het geciteerde schuldenaarsbegrip dat het toepassingsgebied bepaalt van het insolventierecht hier enger is dan het algemene ondernemingsbegrip. Publiekrechtelijke rechtspersonen worden immers voor de toepassing van Boek XX WER steeds uitgesloten en niet enkel wanneer ze geen goederen of diensten op de markt brengen.

⁸ De genoemde entiteiten worden door artikel XX.1, §2 WER uitgesloten van de titels 2 tot en met 5 van Boek XX WER.

6. Drie categorieën entiteiten kunnen aldus – in bepaalde gevallen en mits aan bijkomende voorwaarden is voldaan – als onderneming in de zin van artikel I.1, 1° WER worden gekwalificeerd: natuurlijke personen, rechtspersonen en andere organisaties zonder rechtspersoonlijkheid.

Voor wat natuurlijke personen betreft, is het toepassingsgebied erg ruim geformuleerd: een zelfstandige beroepsactiviteit volstaat om als onderneming te kwalificeren. Met deze nieuwe invulling van het ondernemingsbegrip wenste de wetgever het ondernemingsbegrip (en het personele toepassingsgebied van het insolventierecht) niet langer te definiëren aan de hand van materiële criteria, namelijk het nastreven van een economisch doel of winstoogmerk of het verrichten van een bepaalde (economische) activiteit, maar aan de hand van formele criteria⁹. Op die manier zou het nieuwe ondernemingsbegrip alle actoren moeten omvatten die economisch actief zijn en zou het begrip vooral duidelijker moeten zijn en een grotere rechtszekerheid moeten bieden¹⁰. Bij de analyse van de verschillende componenten van het nieuwe ondernemingsbegrip voor natuurlijke personen, zal echter duidelijk worden dat ook onder het nieuwe recht nog steeds teruggevallen moet worden op materiële criteria.

III. ONDERNEMINGEN-NATUURLIJKE PERSONEN IN HET INSOLVENTIERECHT

7. Opdat natuurlijke personen als een onderneming kunnen worden beschouwd, moet volgens de wet voldaan zijn aan twee cumulatieve voorwaarden. Zij moeten een beroepsactiviteit verrichten en zij moeten dit doen op zelfstandige basis.

A. Zelfstandige

8. Het vereiste dat de activiteit op een *zelfstandige basis* wordt verricht, sluit uit dat een natuurlijke persoon die een beroepsactiviteit verricht in dienstverband of in uitoefening van een statuut, als een onderneming kan worden beschouwd¹¹. Werknemers en ambtenaren zijn dus geen ondernemingen¹². In het verleden was dit evenmin het geval. Bovendien moesten “handelaren” noodzakelijkerwijze voor eigen rekening optreden.

9. Dat men binnen het stelsel van de sociale zekerheid al dan niet voor een bepaald statuut heeft gekozen, kan een aanwijzing zijn voor het verrichten van een zelfstandige activiteit, maar is niet noodzakelijk doorslaggevend. Anders oordelen zet de deur naar misbruiken open. Het is bijgevolg niet omdat men binnen de sociale zekerheid voor het statuut van zelfstandige heeft gekozen, dat men automatisch een beroep kan doen op de bepalingen van het insolventierecht. Omgekeerd zorgt het feit dat men zich *niet* bij een sociaal verzekeringsfonds voor zelfstandigen heeft aangesloten, er niet voor dat men niet failliet zou kunnen worden verklaard¹³.

B. Beroepsactiviteit

10. De vereiste dat natuurlijke personen een *beroepsactiviteit* moeten verrichten om als een onderneming gekwalificeerd te worden, impliceert vooreerst dat de betrokken activiteit op een

⁹ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2828/001, 5-6.

¹⁰ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2828/001, 9-10.

¹¹ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2828/001, 10. M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, 213. We kunnen ter zake ook verwijzen naar artikel 3, §1, eerste lid van het Koninklijk Besluit van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen dat onder zelfstandige verstaat: ieder natuurlijk persoon, die in België een beroepsbezigheid uitoefent uit hoofde waarvan hij niet door een arbeidsovereenkomst of door een statuut verbonden is.

¹² G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip: Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)”, *NjW* 2020, 238.

¹³ Zie hieromtrent ook verder *infra* nr. 20.

duurzame wijze, *i.e.* met een zekere regelmaat, wordt verricht¹⁴. Het is daarbij van geen belang of de beroepsactiviteit in hoofd- of in bijberoep wordt verricht¹⁵.

Een occasionele activiteit vormt geen beroepsactiviteit. Met andere woorden, wie occasioneel een goed aankoopt om het later te verkopen (bv. investering in onroerend goed) of slechts occasioneel een prestatie tegen betaling verricht, is geen onderneming. De memorie van toelichting vermeldt in dit kader bovendien uitdrukkelijk dat een activiteit die kadert in het normale beheer van het persoonlijk vermogen niet leidt tot de kwalificatie als een onderneming¹⁶. De loutere inschrijving op, verwerving van of aanhouden van aandelen, effecten of deelbewijzen in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid moet volgens de memorie van toelichting bijvoorbeeld worden vermoed te kaderen in het beheer van het persoonlijk vermogen en maakt van een natuurlijk persoon dus in principe geen onderneming¹⁷.

11. De hamvraag blijft natuurlijk tot wanneer een persoon occasioneel handelt en vanaf wanneer dat handelen beroepsmatig wordt. De grens is niet altijd eenvoudig te trekken, hetgeen onvermijdelijk een zekere mate van rechtsonzekerheid creëert, minstens de onzekerheid omtrent de invulling van het winstoogmerk of de vereiste van een economische activiteit niet wegwerkt¹⁸. Merk op dat de wetgever niet is ingegaan op de suggestie van de Raad van State om het begrip “beroepsactiviteit” te definiëren. Meteen valt ook op dat niet alle materiële criteria zijn vervangen door *zuiver* formele criteria. Het vereiste van een beroepsactiviteit is immers, net als vereiste van een economische activiteit of een winstoogmerk, een materieel criterium¹⁹.

12. Naast “regelmaat” impliceert vereiste van een beroepsactiviteit ook dat de activiteit wordt verricht met de bedoeling om in zijn levensonderhoud te voorzien, of anders gesteld *met de bedoeling om een inkomen te genereren*. De wet of de parlementaire stukken vermelden deze vereiste niet uitdrukkelijk²⁰. De parlementaire stukken verwijzen echter wel uitdrukkelijk naar de invulling van het begrip “beroepsmatig” zoals deze onder toepassing van het oude handelaarsbegrip bestond²¹. Het is precies uit die context dat de vereiste inzake “gericht op het behalen van een inkomen” werd gerecupereerd. Wij zijn er van overtuigd dat het gericht zijn op het behalen van een inkomen een noodzakelijke voorwaarde is opdat iets als een beroepsactiviteit zou kunnen kwalificeren²². Daarmee wordt niets aan de definitie van het ondernemingsbegrip uit artikel I.1, 1° WER toegevoegd, doch slechts een zinvolle invulling gegeven aan één van de componenten daarvan. Deze zienswijze wordt ook door de rechtspraak bevestigd²³.

¹⁴ Zie ook: D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 15; J. STUYCK, “De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht”, *TBH* 2018, 318.

¹⁵ A. AUTENNE en N. THIRION, “La nouvelle définition de l’entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois en arrière”, *JT* 2018, 827, die daarbij verwijzen naar het onderscheid tussen een bijberoep en een bijkomstige activiteit. Zie ook: Orb. Luik (Namen) 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692.

¹⁶ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2828/001, 11. Zie ook: J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, “Boek I WER en Wet Natuurlijke Rechter. Van Handelsrecht naar Ondernemingsrecht”, in B. Keirsbilck en E. Terry (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 24.

¹⁷ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2828/001, 11.

¹⁸ Zie ook: J. STUYCK, “De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht”, *TBH* 2018, 322.

¹⁹ Zie ook: J. BAECK en V. VAN EESSEL, “De Wet hervorming Ondernemingsrecht: het einde van het handelsrecht en de triomf van het ondernemingsrecht”, *RW* 2018-2019, 1405; A. AUTENNE en N. THIRION, “La nouvelle définition de l’entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois en arrière”, *JT* 2018, 827.

²⁰ Indirect kan dit criterium ook gevonden worden in de memorie van toelichting: “Ook duurzame activiteiten in het kader van de deeleconomie worden door de definitie gevat in de mate dat ze een beroepsactiviteit uitmaken. In de mate een activiteit in de deeleconomie bestaat uit een netwerk dat vraag en aanbod bij elkaar brengt om onderbenutte goederen en diensten te ontsluiten en dat hieruit *geen inkomen* uit wordt nagestreefd, zal er geen sprake zijn van een beroepsactiviteit, en dus ook niet van een onderneming.” Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2017-18, Doc. 54-2828/001, 10.

²¹ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54, 2407/001, 27. Zie ook Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54, 2828/001, 10-11 en 153.

²² Zie in die zin o.m. ook J.J. DE SMET, *Handboek faillissementsrecht & insolventiestrafrecht*, Gent, Skribis, 2020, nr. 1.6, 28 en D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, (7) 15.

²³ Antwerpen 11 april 2019, *RABG* 2019, 826; Luik 2 april 2019, *TIBR* 2020, afl. 1, RS-13; Kh. Luik 11 juni 2018, *JLMB* 2019, 684; Orb. Luik (Namen) 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692. Zie ook: Brussel 21 december 2018, *TRV* 2019, 102, M. ROELANTS.

Activiteiten die misschien wel met regelmaat worden gesteld, maar onbezoldigd zijn of slechts in ruil voor een zuivere onkostenvergoeding worden verricht, kwalificeren niet als een beroepsactiviteit. Zoals anderen reeds terecht hebben opgemerkt, sluipt het winstogmerk – een essentiële voorwaarde van een daad van koophandel²⁴ – hier toch in zekere zin opnieuw binnen²⁵. Wat natuurlijke personen betreft lijkt dit evenwel onvermijdelijk, althans wanneer men het criterium van de “economische activiteit” niet wil gebruiken, en wat ons betreft ook terecht. Personen die slechts onbezoldigde activiteiten stellen, in het bijzonder in de charitatieve, creatieve of sportieve sfeer, horen niet thuis in het ondernemingsrecht.

13. De vraag naar de precieze draagwijdte van het concept “beroepsactiviteit” is zeer nadrukkelijk naar voor gekomen in de discussie over de faillietverklaring van bestuurders van rechtspersonen. Deze vormt het voorwerp van de hierna volgende analyse. Daarna wordt ingegaan op de situatie van vennoten in vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid binnen het nieuwe insolventierecht (IV.B).

IV. DE BIJZONDERE POSITIE VAN BESTUURDERS EN ONBEPERKT AANSPRAKELIJKE VENNOTEN

A. Kunnen bestuurders als onderneming worden gekwalificeerd?

14. Een eerste belangrijke vraag is of een bestuurder (natuurlijk persoon) van een rechtspersoon (bv. een BV) als een onderneming kan worden beschouwd. Uit de eerste rechtspraak met betrekking tot dit kwalificatievraagstuk bleek dat er heel wat onduidelijkheid bestond op dit punt²⁶. Terwijl de meerderheid van de rechtscollages de bestuurder als onderneming kwalificeren, doen andere dat niet. De rechtspraak waarin wordt geweigerd om een bestuurder als een onderneming te beschouwen, hanteert in wezen drie verschillende argumenten: i) een bestuurder verricht geen eigen economische activiteit, te onderscheiden van die van de rechtspersoon waarvoor hij optreedt²⁷; ii) de bestuurder kan niet worden aangemerkt als een afzonderlijke organisatie, los van de vennootschap waarbinnen hij zijn mandaat uitoefent²⁸; iii) bestuurders zijn vrijgesteld van de verplichting om zich in te schrijven in de KBO, alsook van de verplichting om een boekhouding te voeren²⁹. De rechtspraak waarin men een kwalificatie van een bestuurder als een onderneming wel aanvaardt, verwijst hoofdzakelijk naar het feit dat een economische activiteit niet meer wordt vereist, maar dat een zelfstandige beroepsactiviteit volstaat³⁰.

15. Zelf sluiten wij ons aan bij de stelling dat een bestuurder-natuurlijk persoon wel degelijk als een onderneming *kan* kwalificeren, maar dat dit niet steeds en automatisch het geval is³¹. Om deze

²⁴ K. BYTTEBIER en T. WERA, *Ondernemingsrecht*, Brugge, Die Keure, 2020, 6.

²⁵ Zie bv. I. VEROUGSTRAETE, “Champ d’application ‘ratione personae’” in I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l’insolvabilité de l’entreprise. Edition 2019*, Wolters Kluwer Belgium, Luik, 2019, (29) 48; I. VAN DE PLAS en M. VANMEENEN, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER : hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, nr. 3, (207) 219, nr. 29.

²⁶ Zie voor een overzicht bijv. I. MERTENS, “Kan een bestuurder/zaakvoerder van een onderneming persoonlijk failliet verklaard worden of verzoeken om een gerechtelijke reorganisatie?”, *In Foro* 2020, afl. 66, 4-8; A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 499.

²⁷ Kh. Antwerpen 26 juni 2018, *TRV* 2019, 116; Kh. Waals-Brabant 8 oktober 2018, *JLMB* 2019, 687.

²⁸ Bergen 5 februari 2019, *JLMB* 2019, 678, *TIBR* 2019, afl. 1, RS-77; J. DE SMET, “Het faillissement van zaakvoerders en bestuurders na de inwerkingtreding van Boek XX WER: moet er nog (drijf)zand zijn?”, *TIBR* 2019, afl. 1, RS-86-87.

²⁹ Orb. Henegouwen (Doornik) 6 november 2018, *JLMB* 2019, 688.

³⁰ Brussel 21 december 2018, *JLMB* 2019, 676, *TRV* 2019, 102, noot M. ROELANTS; Luik 2 april 2019 (onuitg.); Orb. Luik (Namen) 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692.

³¹ Zie ook: D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 20-21; M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?” *TBH* 2018, 214; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip: Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)”, *NjW* 2020, 240. Vgl. A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 500.

stelling hard te maken, geven wij allereerst aan waarom de argumenten van de tegenstanders van een mogelijke kwalificatie van de bestuurder als onderneming ons niet overtuigen³².

1. Waarom de argumenten om de kwalificatie van een bestuurder als onderneming te weigeren, falen

16. Geen eigen economische activiteit. In bepaalde rechtspraak wordt geargumenteed dat een bestuurder geen onderneming kan zijn omdat hij geen eigen economische activiteit verricht, omdat hij zelf geen economisch doel nastreeft³³ of nog, omdat hij zelf geen goederen of diensten aanbiedt op de markt (maar handelt voor rekening van de rechtspersoon)³⁴. Deze stelling overtuigt ons niet. Noch een letterlijke interpretatie, noch een teleologische interpretatie verantwoorden het vereiste van een eigen *economische* activiteit van de bestuurders³⁵. Een eigen zelfstandige beroepsactiviteit volstaat³⁶. Het was de uitdrukkelijke wens van de wetgever om het criterium van de economische activiteit te verlaten³⁷. Dat men daarbij niet zou hebben gedacht aan de positie van de bestuurder of de implicaties van het nieuwe ondernemingsbegrip voor bestuurders is niet correct, aangezien bij de artikelsgewijze bespreking van de wet houdende hervorming van het ondernemingsrecht bestuurders uitdrukkelijk worden genoemd als voorbeeld van personen die zelfstandig een beroepsactiviteit (kunnen) uitoefenen³⁸.

Aan de vaststelling dat in één wettelijke bepaling inzake faillissement nog wordt verwezen naar de “economische activiteit” van de gefailleerde³⁹, lijken in deze geen gevolgen te mogen worden verbonden⁴⁰. Nergens in de memorie van toelichting bij de invoering van Boek XX WER wordt iets gezegd over het behoud van het criterium van de economische activiteit op deze specifieke plek, terwijl wel uitdrukkelijk wordt ingegaan op het verlaten van dit criterium als algemeen uitgangspunt bij de definiëring van het ondernemingsbegrip. Het lijkt er dan ook op dat de verwijzingen naar “economische activiteit” die in Boek XX WER zijn blijven staan slechts slordigheden van de wetgever zijn⁴¹ die eigenlijk als verwijzingen naar “ondernemingsactiviteit” of – als het uitsluitend om natuurlijk personen gaat – “beroepsactiviteit” moeten worden gelezen⁴².

17. Geen van de rechtspersoon onderscheiden organisatie. Het tweede argument om de mogelijke kwalificatie van een bestuurder als onderneming te weigeren bestaat erin te stellen dat – opdat er sprake zou kunnen zijn van een onderneming – de bestuurder als een van de rechtspersoon te onderscheiden organisatie (met mensen en middelen) moet kunnen worden aangemerkt en een bestuurder in de regel niet aan dit vereiste voldoet⁴³. Het argument dat ook een natuurlijke persoon,

³² Zie in dat verband ook A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBR* 2019, 501-502.

³³ Kh. Waals-Brabant 8 oktober 2018, *JLMB* 2019, 687, *TIBR* 2020, afl. 2, RS-81.

³⁴ Kh. Antwerpen (afd. Turnhout) 26 juni 2018, *TRV* 2019, 116, *TIBR* 2020, afl. 2, RS-79; Kh. Waals-Brabant 8 oktober 2018, *JLMB* 2019, 687, *TIBR* 2020, afl. 2, RS-81.

³⁵ In die zin ook: Brussel 21 december 2018, *JLMB* 2019, 676, *TRV* 2019, 102, noot M. ROELANTS.

³⁶ Brussel 21 december 2018, *JLMB* 2019, 676, *TRV* 2019, 102, noot M. ROELANTS; Luik 2 april 2018 (onuitg.); P. MOINEAU en F. ERNOTTE, “Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite”, *JLMB* 2019, 714.

³⁷ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc.54, 2828/001, 3 en 10.

³⁸ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc.54, 2828/001, 10.

³⁹ Namelijk in artikel XX.99, tweede lid WER: “*Degene die als natuurlijke persoon geen economische activiteit meer uitoefent kan failliet worden verklaard indien hij heeft opgehouden te betalen toen hij de activiteit nog uitoefende*”.

⁴⁰ Zie in dat verband J. DE SMET, “Het faillissement van zaakvoerders en bestuurders na de inwerkingtreding van Boek XX WER: moet er nog (drijf)zand zijn?”, *TIBR* 2019, afl. 1, RS-82; M. OOSTERLINCK, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER”, in D. BRULOOT en H. DE WULF (eds.), *Het nieuwe ondernemingsrecht*, XLIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva, Antwerpen, Kluwer, 2020, 60.

⁴¹ Eveneens in die zin P. MOINEAU, “Faillite des gérants et administrateurs de personnes morales: fugit irreparabile tempus”, *JLMB* 2020, 214.

⁴² D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 247. Dit is enigszins anders voor de verwijzingen naar “economische activiteit” in titel II van Boek XX over de opsporing van ondernemingen in moeilijkheden. In die context kan aan de verwijzing naar “economische activiteiten” wel een zinvolle uitlegging worden gegeven, zij het dat het om redenen van eenduidigheid ook daar beter zou zijn om uitsluitend te verwijzen naar de ondernemingsactiviteit.

⁴³ Bergen 5 februari 2019, *JLMB* 2019, 678, *TIBR* 2019, afl. 1, RS-77, noot J. DE SMET; Orb. Henegouwen 6 november 2018, *JLMB* 2019, 688; Orb. Luik 12 december 2018, *JLMB* 2019, 696. In die zin ook: J. DE SMET, “Het faillissement van zaakvoerders en bestuurders na de inwerkingtreding van Boek XX WER: moet er nog (drijf)zand zijn?”, *TIBR* 2019, afl. 1, RS-86-87.

om als onderneming te kunnen worden gekwalificeerd, een organisatie moet zijn, berust op twee gedachten. Enerzijds is deze visie gebaseerd op een (restrictieve) invulling van de noties “beroepsactiviteit” en “organisatie” (die onder meer is gebaseerd op de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende het ondernemingsbegrip uit de regeling inzake de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties)⁴⁴. Anderzijds wordt groot belang gehecht aan de aanhef van de definitie van het begrip onderneming. Deze merkt immers als onderneming aan *elk van de volgende organisaties*: (a) natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent, (b) elke rechtspersoon en (c) iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid. In deze context wordt zelfs opgemerkt dat de memorie van toelichting door als voorbeeld van een natuurlijke persoon-onderneming een bestuurder te vermelden, aangeeft dat enkel wie bestuurder is van verschillende vennootschappen een onderneming kan zijn⁴⁵.

Deze argumenten overtuigen ons niet. Allereerst merken we op dat de definitie uit de Richtlijn/Wet Betalingsachterstand en haar interpretatie door het Hof van Justitie vanuit juridisch-technisch oogpunt geenszins doorslaggevend kan zijn. Het algemene ondernemingsbegrip vormt immers geen omzetting van Europees recht en de wetgever heeft er (bewust) voor geopteerd om de definitie uit de regeling inzake de bestrijding van betalingsachterstand, die zich buiten het WER bevindt, niet over te nemen in het WER⁴⁶. Voorts lijkt het twijfelachtig dat de wetgever met de aanhef van artikel I.1, 1° WER een afzonderlijk vereiste van organisatie heeft willen invoeren⁴⁷. Minstens zijn daar geen aanwijzingen voor te vinden in de parlementaire voorbereidingsstukken⁴⁸.

Bovendien, zelfs als men het bestaan van een afzonderlijke organisatie (in de zin van de regeling betalingsachterstand) vereist, sluit dit niet uit dat bestuurders als onderneming kunnen worden gekwalificeerd. Weliswaar stelt het Hof van Justitie dat er slechts sprake is van een organisatie indien het gaat om een gestructureerde en duurzame beroepsactiviteit, maar het Hof lijkt daarmee vooral het onderscheid te willen maken met geïsoleerde verrichtingen die losstaan van de zelfstandige beroepsactiviteit. Het gestructureerde karakter van de activiteit verwijst niet naar een formele structuur, maar eerder naar het feit dat de activiteit op een geordende, vooraf geplande wijze wordt verricht. Naar onze overtuiging kan de bestuurder-natuurlijke persoon dus wel degelijk op duurzame en gestructureerde wijze optreden en dus als organisatie in de zin van de regeling betalingsachterstand worden aangemerkt wanneer hij zijn diensten op regelmatige en gestructureerde (*i.e.* geordende) wijze aan de rechtspersoon of aan verschillende rechtspersonen verleent. Het argument dat de bestuurder daarbij optreedt als vertegenwoordiger van de rechtspersoon snijdt geen hout. Het gaat immers niet over de vraag of de bestuurder een beroepsactiviteit uitoefent in zijn verhouding tot de derden die met de vennootschap contracteren. Het gaat er daarentegen over dat hij – mits hij met de nodige regelmaat optreedt en met de bedoeling om in zijn levensonderhoud te voorzien (*infra*, nr. 22 e.v.) – een zelfstandig beroep verricht dat erin bestaat zijn diensten aan de rechtspersoon aan te bieden⁴⁹. Daarbij is het geenszins vereist dat dit in verschillende vennootschappen gebeurt⁵⁰.

⁴⁴ HvJ 15 december 2016, C-256/15, *Drago Nemec / Republika Slovenija*, ECLI:EU:C:2016:954. Verwezen wordt tevens naar de invulling die Van Ryn en Heenen aan het ondernemingsbegrip hebben gegeven als een organisatie van mensen en middelen die zelfs bij een wijziging van eigenaar het mogelijk maakt de identiteit te bewaren (J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de Droit Commercial*, Larcier, 1976, nr. 36).

⁴⁵ Zie ook I. VEROUGSTRAETE, “Champ d’application ‘ratione personae’” in I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l’insolvabilité de l’entreprise*. Edition 2019, Wolters Kluwer Belgium, Luik, 2019, (29) 48: “Il est clair que le législateur a entendu soumettre certains administrateurs ou gérants à la notion d’entreprise. Ce pourrait être le cas lorsqu’une personne physique dispose d’un portefeuille composé de plusieurs personnes morales qu’il gère à titre personnel et professionnellement par une organisation distincte de celle des sociétés ou autres entités dont il est administrateur.” (eigen onderlijning)

⁴⁶ In die zin ook: P. MOINEAU en F. ERNOTTE, “Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite”, *JLMB* 2019, 717. Zie ook Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2828/001, 10: “De stellers van het wetsontwerp menen dat deze nieuwe definitie (...) losstaat van het begrip “onderneming” zoals geformuleerd in de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties, die een aparte wet is, buiten dit wetboek.”

⁴⁷ Luik 2 april 2019, *TIBR* 2020, afl. 1, RS-13.

⁴⁸ P. MOINEAU en F. ERNOTTE, “Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite”, *JLMB* 2019, 717.

⁴⁹ Antwerpen 28 november 2019, *TRV-RPS* 2020, 332, noot M. ROELANTS.

⁵⁰ In die zin ook: Orb. Luik (Afd. Namen) 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692; P. MOINEAU en F. ERNOTTE, “Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite”, *JLMB* 2019, 711.

18. **Geen verplichte inschrijving in de KBO en niet boekhoudplichtig.** Tot slot wordt geargumenteed dat het niet logisch zou zijn om bestuurders als onderneming te beschouwen, omdat zij vrijgesteld worden van de verplichting om een inschrijving te nemen in de KBO en vrijgesteld worden van de verplichting om een boekhouding te voeren, terwijl de boekhouding van essentieel belang is bij de operationalisering van het faillissement⁵¹.

Ook dit argument overtuigt niet. Nergens in de wet blijkt dat, opdat men gekwalificeerd zou kunnen worden als onderneming, het vereist is dat men een inschrijving in de KBO dient te nemen of boekhoudplichtig moet zijn. Bovendien, indien bestuurders niet als een onderneming beschouwd zouden kunnen worden, dan was het niet noodzakelijk geweest hen uit te sluiten van de verplichting om een inschrijving in de KBO te nemen en een afzonderlijke boekhouding te voeren⁵².

2. De relevante criteria om bestuurders al dan niet als onderneming te kwalificeren

19. Indien men aanvaardt dat bovenstaande argumenten niet volstaan om aan bestuurders de kwalificatie van onderneming te ontfangen, dan is het noodzakelijk te bepalen welke criteria men wel kan gebruiken om te bepalen wanneer een bestuurder als een onderneming moet worden gekwalificeerd. De loutere vaststelling dat een natuurlijke persoon optreedt als bestuurder van een rechtspersoon volstaat immers niet om de bestuurder als een onderneming aan te merken⁵³. Een toets aan de voorwaarden gesteld in artikel I.1, eerste lid, 1°, (a) WER is steeds noodzakelijk. Er kan geen sprake zijn van een automatisme of een vermoeden. De bestuurder is slechts onderneming wanneer hij/zij het mandaat (i) op zelfstandige wijze uitoefent en deze uitoefening als een beroepsactiviteit geldt. Voor dit laatste is, in lijn met de analyse onder titel III.B, vereist dat de activiteit met (ii) regelmaat wordt verricht en (iii) met de bedoeling om in een inkomen te voorzien⁵⁴.

a. Op zelfstandige wijze

20. Deze vereiste zal in beginsel weinig moeilijkheden opleveren. In de BV, CV en NV heet het tegenwoordig zelfs uitdrukkelijk dat bestuurders in die hoedanigheid niet door een arbeidsovereenkomst met de vennootschap kunnen zijn verbonden, zodat zij hun mandaat noodzakelijkerwijs op zelfstandige basis (*i.e.* niet in dienstverband) uitoefenen⁵⁵. Dit laatste principe mag geacht worden *mutatis mutandis* ook voor bestuurders van alle andere rechtspersonen te gelden.

Bijzondere aandacht verdient de verhouding van deze vereiste inzake zelfstandigheid tot het statuut van zelfstandige binnen de sociale zekerheid⁵⁶. Ook wat dit laatste betreft, moeten bestuurders in principe worden gekwalificeerd als zelfstandigen en zijn zij dus tot aansluiting bij een sociaal verzekeringsfonds voor zelfstandigen gehouden⁵⁷, tenzij men kan aantonen dat het mandaat geheel kosteloos wordt verricht. Hoewel het statuut in de sociale zekerheid een dankbaar gegeven is

⁵¹ Bergen 5 februari 2019, *JLMB* 2019, 681. Zie titel 2 van Boek III (inschrijving in de Kruispuntbank Ondernemingen) en hoofdstuk 2 van titel 3 van Boek III (verplichting tot het voeren van een boekhouding), waarvoor de definiëring geschiedt in functie van de entiteiten die respectievelijk verplicht zijn een inschrijving te nemen in de KBO en verplicht zijn een boekhouding te voeren.

⁵² Zie ook: Orb. Luik (Afd. Namen) 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692; P. MOINEAU en F. ERNOTTE, "Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite", *JLMB* 2019, 715.

⁵³ Zie ook *infra*, nr. 27 inzake fictieve bestuursmandaten (Arbh. Gent (afd. Brugge) 8 oktober 2020, *TIBR* 2021, afl.1, RS-93).

⁵⁴ Antwerpen 11 april 2019, *RABG* 2019, 826; Luik 2 april 2019, *TIBR* 2020, afl. 1, RS-13. ; Kh. Luik 11 juni 2018, *JLMB* 2019, 684; Orb. Luik (Namen) 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692. Zie ook: Brussel 21 december 2018, *TRV* 2019, 102, M. ROELANTS.

⁵⁵ Zie resp. de artikelen 5:70, §1, tweede lid, 6:58, §1, tweede lid en 7:85, §1, derde lid WVV.

⁵⁶ Zie ook: Brussel 21 december 2018, *JLMB* 2019, 676, *TRV* 2019, 102, noot M. ROELANTS ; P. MOINEAU en F. ERNOTTE, "Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite", *JLMB* 2019, 705.

⁵⁷ Personen die aangesteld zijn tot mandataris in een vereniging of vennootschap in rechte of in feite die zich met een exploitatie of met verrichtingen van winstgevend aard bezighoudt (of die, zonder aangesteld te zijn, een mandaat uitoefenen in een dergelijke vereniging of vennootschap), worden voor sociale zekerheidsdoeleinden op *weerlegbare* wijze geacht een zelfstandige beroepsbezigheid uit te oefenen.

in de zoektocht naar objectieve aanknopingspunten in het kwalificatievraagstuk van bestuurders als onderneming, is het niettemin van belang de onderscheiden finaliteit van beide reglementeringen voor ogen te houden. Dat men zich niet heeft onderworpen aan het sociaal statuut der zelfstandigen, kan bijgevolg geen doorslaggevend argument zijn om een bestuurder in een bepaald geval niet als onderneming te kwalificeren. Omgekeerd levert het feit dat men wel als zodanig is ingeschreven, geen absoluut bewijs op van het feit dat men ook daadwerkelijk een zelfstandige activiteit als bestuurder uitoefent, laat staan dat men aan alle voorwaarden uit artikel I.1, eerste lid, 1°, (a) WER zou voldoen.

21. Een kanttekening past in deze context nog bij het lot van *bestuurders van publiekrechtelijke rechtspersonen*. Het is immers niet omdat publiekrechtelijke rechtspersonen zelf van het toepassingsgebied van het insolventierecht zijn uitgesloten, dat bestuurders binnen deze rechtspersonen niet als onderneming zouden kunnen worden gekwalificeerd. Wanneer de uitoefening van hun mandaat een zelfstandige beroepsactiviteit uitmaakt, moeten zij als onderneming worden beschouwd.

Een onderscheid tussen de zgn. politieke rechtspersonen⁵⁸ en de andere publiekrechtelijke rechtspersonen dringt zich hierbij op. Het bestuur van de eerste groep gebeurt in principe integraal binnen het kader van de uitoefening van een politiek mandaat, zodat dit niet als een zelfstandige activiteit kan worden gekwalificeerd. Wat het bestuur van de andere publiekrechtelijke rechtspersonen betreft (zoals openbare instellingen, intercommunales of NV's van publiek recht) is wat meer nuance vereist. Ook hier zal het bestuursmandaat nochtans in veel gevallen worden bekleed in de uitoefening van een politiek of publiek mandaat of een ambtenarenstatuut. Wanneer dit evenwel niet het geval is, moet worden aangenomen dat de uitoefening van het bestuursmandaat een zelfstandige activiteit uitmaakt, die, bij het vervuld zijn van de overige voorwaarden (*infra*, nr. 22 e.v.), tot de kwalificatie als onderneming zal leiden.

b. Met regelmaat

22. Opdat een bestuurder als onderneming zou kunnen worden gekwalificeerd, is niet alleen vereist dat hij zijn activiteit zelfstandig uitoefent, maar ook dat het een beroepsactiviteit betreft. Twee elementen zijn doorslaggevend om te kunnen spreken van een beroepsactiviteit: de betrokken activiteit moet met regelmaat worden verricht en met de bedoeling om in een inkomen te voorzien.

23. Het vereiste van een beroepsactiviteit houdt dus allereerst in dat een bestuurder slechts als een onderneming kan worden gekwalificeerd indien hij/zij met de nodige regelmaat optreedt⁵⁹. Louter occasioneel handelen volstaat met andere woorden niet. Wat het bestuur van rechtspersonen betreft, kan men zich niet beperken tot een analyse van het aantal deelnames aan formele bijeenkomsten van het bestuursorgaan. Op bestuurders rusten immers ook doorlopende verplichtingen, die niet beperkt zijn tot de momenten waarop het bestuursorgaan formeel beraadslaagt⁶⁰. Aldus moet worden aangenomen dat de vereiste inzake regelmaat bij bestuurders van rechtspersonen in principe steeds vervuld zal zijn.

Concreet betekent dit ook dat wanneer men als bestuurder *de facto* slechts sporadisch of zijdelings bij het bestuur van een vennootschap is betrokken (bv. met een zuiver adviserende rol of als vriendendienst), men gelet op het bestaan van de *wettelijke, doorlopende verplichtingen* toch zal geacht worden het mandaat met regelmaat te verrichten⁶¹.

⁵⁸ Zie artikel I.1, 1°, tweede lid, sub (c) WER.

⁵⁹ Antwerpen 11 april 2019, *RABG* 2019, 826; Luik 2 april 2019, *TIBR* 2020, afl. 1, RS-13; Orb. Luik (Afd. Namen) 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692.

⁶⁰ Dit is bijvoorbeeld het geval voor de verantwoordelijkheid om de financiële toestand van de rechtspersoon op te volgen die voortvloeit uit artikel 2:52 WVV: "*Wanneer gewichtige en overeenstemmende feiten de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen, moet het bestuursorgaan beraadslagen over de maatregelen die moeten worden genomen om de continuïteit van de economische activiteit voor een minimumduur van twaalf maanden te vrijwaren.*"

⁶¹ Zodat men dus enkel nog aan de kwalificatie als onderneming kan ontsnappen door het bewijs te leveren dat niet aan het derde criterium (*cf. infra* "gericht op het behalen van een inkomen", nr. 24) is voldaan.

Leidt dit ook tot de conclusie dat iedereen die deel uitmaakt van *het bestuursorgaan van een VZW* als onderneming moet worden gekwalificeerd? Absoluut niet. Op dat punt moet immers ook de verduidelijking uit de memorie van toelichting bij het begrip “beroepsactiviteit” in de analyse worden betrokken⁶². Een activiteit die kadert in het “normale beheer van het privévermogen”, geldt niet als beroepsactiviteit. Hetzelfde lijkt bij uitbreiding te mogen worden aangenomen voor activiteiten die geheel kaderen binnen de privé sfeer, zoals de deelname in het bestuur van vrijetijdsverenigingen allerhande. Bovendien zorgt ook de hiernavolgende inkomensvereiste ervoor dat mandaten in vrijetijdsverenigingen in principe niet tot de kwalificatie als onderneming zullen leiden.

c. Gericht op het behalen van een inkomen

24. Naast “regelmaat” impliceert het vereiste van een beroepsactiviteit dat de bestuurder zijn diensten aanbiedt met de *bedoeling om in zijn levensonderhoud te voorzien*, i.e. om een inkomen te genereren⁶³. Onbezoldigde bestuurders en bestuurders die slechts een onkostenvergoeding ontvangen, zullen bijgevolg niet als onderneming te kwalificeren zijn. Dit is zonder twijfel de belangrijkste beperking op de kwalificatie van bestuurders als ondernemingen. De eerder genoemde voorbeelden van bestuurders van vrijetijdsverenigingen of bestuurders met een niet-actieve rol binnen het bestuursorgaan, zullen bijgevolg veelal op grond van dit criterium niet als onderneming worden gekwalificeerd.

25. Merk op dat in eerste instantie de intentie van de betrokkene van belang is. Het mandaat moet worden uitgeoefend “met de bedoeling” een inkomen te genereren. Dat een bestuurder in de maanden voorafgaand aan het faillissement van zijn vennootschap *de facto* geen vergoeding blijkt te hebben ontvangen, belet niet dat het mandaat wel met die bedoeling werd uitgeoefend en de betrokkene bijgevolg als onderneming zal te kwalificeren zijn.

Wat die “bedoeling” betreft, kan erop worden gewezen dat bestuursmandaten binnen de volkomen rechtspersonen (BV, CV, NV) worden vermoed tegen vergoeding te worden uitgevoerd⁶⁴.

26. Voorts menen wij dat een “inkomen” in deze niet al te eng mag worden geïnterpreteerd. Deze problematiek doet zich bijvoorbeeld voor ten aanzien van bestuurders die strikt genomen geen bestuurdersbezoldigingen ontvangen, maar wel op recurrente wijze via dividenden of tantièmes worden vergoed. Wanneer blijkt dat het duidelijk de bedoeling is om de betrokkene langs deze weg een inkomen te bezorgen in ruil voor de prestaties die hij/zij ten gunste van de vennootschap levert, dan volstaat dit om de uitoefening van het bestuursmandaat als beroepsactiviteit te kwalificeren. Dit geldt *a fortiori* in de context van eenpersoonsvennootschappen.

Om soortgelijke redenen zal de aanduiding van een aan bestuurders toegekende vergoeding als “onkostenvergoeding” evenmin volstaan om de kwalificatie als “inkomen” te vermijden wanneer blijkt dat deze vergoeding helemaal niet beantwoordt aan reële kosten.

27. De rechtspraak levert ondertussen mooie toepassingen op van de verschillende vereisten inzake kwalificatie van bestuurders als onderneming. Daarbij stellen wij een brede toepassing vast van de benadering waarbij bestuurders als onderneming *kunnen* kwalificeren, zonder dat dit een automatisme is. In dat opzicht is het o.i. niet onterecht dat van de bestuurder, die bijv. aangifte doet van zijn faillissement, wordt verlangd dat hij het bewijs levert van de uitoefening van een zelfstandige beroepsactiviteit als bestuurder. Gelet op de vrijstelling van de inschrijvingsplicht in de KBO voor bestuurders van rechtspersonen, kunnen zij immers niet op enig vermoeden in die zin beroep doen. Zo besliste de Ondernemingsrechtbank te Gent (afd. Brugge) op derdenverzet dat het faillissement

⁶² Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2828/001, 11. Zie ook A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 499.

⁶³ Antwerpen 11 april 2019, *RABG* 2019, 826; Luik 2 april 2019, *TIBR* 2020, afl. 1, RS-13; Kh. Luik 11 juni 2018, *JLMB* 2019, 684; Orb. Luik (Namen) 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692. Zie ook: Brussel 21 december 2018, *TRV* 2019, 102, M. ROELANTS.

⁶⁴ Zie resp. de artikelen 5:72, 6:60 en 7:89 WVV: “*Tenzij de statuten anders bepalen [...], worden de bestuurders bezoldigd voor de uitoefening van hun mandaat*”.

van een bestuurder ten onrechte was uitgesproken, aangezien de bestuurder in kwestie niet de hoedanigheid van onderneming bezat en dus niet voldeed aan de faillissementsvoorwaarden⁶⁵. De rechtbank stelt terecht dat de hoedanigheid van onderneming niet als een automatisme voortvloeit uit de vaststelling van het bestuursmandaat, maar dat het voorhanden zijn van een zelfstandige beroepsactiviteit in de feiten dient te worden vastgesteld. In uitvoering hiervan stelt de rechtbank vast dat de bestuurder niet beschikt over een actieve inschrijving in de KBO of als btw-plichtige⁶⁶, niet beschikt over enige boekhouding en geen tegoeden op klanten heeft. Bovendien blijkt uit zijn aanslagbiljet dat de bestuurder geen enkel beroepsinkomen heeft. Om die redenen oordeelt het hof dat de bestuurder onvoldoende heeft aangetoond dat hij de hoedanigheid van onderneming bezit⁶⁷. Wat betreft de door de rechtbank onderzochte elementen, kan o.i. enkel het laatste (*i.e.* geen beroepsinkomen), doorslaggevend zijn. De andere elementen (KBO- en btw-nummer, boekhouding of tegoeden op klanten), zijn geen noodzakelijke voorwaarde om als onderneming te worden gekwalificeerd. Meer nog, van de eerste drie elementen (KBO- en btw-nummer en boekhouding) zijn bestuurders zelfs uitdrukkelijk vrijgesteld, zodat het geheel onterecht zou zijn louter op die basis de kwalificatie als onderneming te ontzeggen. De afwezigheid van de bedoeling om een beroepsinkomen te behalen uit de activiteit, volstaat daartoe echter wel.

28. In gelijkaardige zin besliste ook het arbeidshof te Gent dat, voor zover uit het geheel van feitelijke omstandigheden blijkt dat een natuurlijke persoon nooit effectief een mandaat van bestuurder heeft uitgeoefend en het (fictief) mandaat van bestuurder op alle mogelijke wijzen heeft betwist, de vraag niet aan de orde is of deze natuurlijke persoon als een onderneming in de zin van artikel 1.1 WER kan worden beschouwd voor wat betreft de uitoefening van dit mandaat⁶⁸. *In casu* werd het verzoek van een onbezoldigd bestuurder van een commanditaire vennootschap om toegelaten te worden tot de collectieve schuldenregeling in eerste instantie geweigerd, omdat deze als natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent onder het toepassingsgebied van het commercieel insolventierecht zou vallen. De bestuurder was daarentegen van mening dat zij onterecht als “onderneming” is gekwalificeerd, zonder dit concreet af te toetsen. Zij werpt meer bepaald op dat uit geen enkel objectief gegeven blijkt dat zij een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefent, dat haar hoedanigheid van bestuurder haar nog geen ondernemer maakt en zij als natuurlijke persoon niet ingeschreven is in de KBO. Zij beweert bovendien dat zij zonder haar medeweten benoemd werd tot bestuurder van de commanditaire vennootschap. Het hof stelt vast dat de bestuurder nog niet in staat van faillissement is verklaard, waardoor haar toenmalig (fictieve) mandaat in de vennootschap niet in de weg staat dat zij zou worden toegelaten tot de collectieve schuldenregeling en er op basis van de voorliggende feiten geen reden is om die toelating te weigeren. Terecht wordt hier beslist dat een fictief bestuursmandaat niet tot een kwalificatie als onderneming kan leiden. Daarnaast had ook de vaststelling dat het bestuursmandaat er niet op was gericht de betrokkene een inkomen op te leveren, kunnen volstaan om vast te stellen dat de bestuurder geen onderneming was. Hierna wordt nog verder ingegaan op de positie van bestuurders in de collectieve schuldenregeling. Bovendien is voor deze casus ook de analyse onder punt IV.B. (faillissement van vennoten in vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid) relevant (*cf. infra*).

⁶⁵ Orb. Gent (afd. Brugge) 18 januari 2021, *TIBR* 2021, afl. 2, RS-109. De bestuurder werd eerder op aangifte in staat van faillissement verklaard op dezelfde datum van zijn vennootschap, waarop de curator die werd aangesteld derdenverzet aantekende omdat deze van mening was dat de bestuurder niet de hoedanigheid heeft van ondernemer in de zin van artikel 1.1, eerste lid, 1° WER en dus ten onrechte in staat van faillissement werd verklaard.

⁶⁶ Belastingplichtige is eenieder die in de uitoefening van een economische activiteit geregeld en zelfstandig, met of zonder winstoogmerk, hoofdzakelijk of aanvullend, leveringen van goederen of diensten verricht die in dit Wetboek zijn omschreven, ongeacht op welke plaats de economische activiteit wordt uitgeoefend (art. 4, §1 WBTW). “Omwille van de bijzondere aard van hun opdracht als lasthebber neemt de administratie echter aan dat de bestuurders die handelen in de gewone uitoefening van hun statutaire opdracht en optreden als een orgaan van de vennootschap die zij vertegenwoordigen niet zelfstandig handelen zoals de term zelfstandig wordt omschreven in artikel 4, vierde lid, van de Zesde Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 17 mei 1977. Bijgevolg dienen de door de bestuurders in die hoedanigheid verrichte prestaties niet aan de BTW te worden onderworpen. (Beslissing Btw, nr. E.T.79.581, 27 januari 1994, www.fisconet.be)”

⁶⁷ Zie ook Orb. Gent (afd. Brugge) 8 oktober 2020, *TIBR* 2021, afl. 1, RS-93: “De door de ondernemer aan de rechtbank aangegeven toestand van ophouden te betalen bindt de rechtbank niet. Het behoort de rechtbank te onderzoeken alvorens het faillissement van de ondernemer voor geopend te verklaren of de grondvoorwaarden ervan wel degelijk voorhanden zijn. De drie voorwaarden uit artikel XX.99 WER dienen cumulatief vervuld te zijn, wat impliceert dat op het ogenblik dat men zijn betalingen staakt en het krediet aan het wankelen is gebracht, de persoon de hoedanigheid van schuldenaar moet bezitten.”

⁶⁸ Arrh. Gent 15 juni 2020, *TIBR* 2021, afl. 1, RS-28.

3. Gevolgen van het einde van het bestuursmandaat (en de verhouding tot de collectieve schuldenregeling)

29. Een bestuurder die als onderneming moet worden gekwalificeerd, omdat hij aan de drie criteria (i.e. zelfstandig – regelmaat – beroepsinkomen) voldoet, kan ook na de beëindiging van zijn mandaat nog worden failliet verklaard indien blijkt dat de faillissementsvoorwaarden reeds waren vervuld op het ogenblik dat hij nog in functie was⁶⁹. Hoewel dit niet uitdrukkelijk uit de wet blijkt, wordt algemeen en van oudsher aangenomen dat dit slechts kan binnen zes maanden na de stopzetting van de activiteit⁷⁰. Dit verklaart ook de regel uit artikel 1675/2 Ger.W. overeenkomstig welke een persoon die in het verleden “onderneming” is geweest, slechts een verzoek tot het verkrijgen van een collectieve schuldenregeling kan indienen *ten minste zes maanden na* de stopzetting van diens ondernemingsactiviteit. Anders gesteld: tot zes maand na beëindiging van een bestuursmandaat op basis waarvan men als onderneming moest worden gekwalificeerd kan men enkel failliet worden verklaard en kan men geen beroep doen op de collectieve schuldenregeling. Daarna geldt het omgekeerde.

30. Wat betekent bovenstaande analyse voor bestuurders van failliet verklaarde vennootschappen? Anders dan zou kunnen worden verwacht, zorgt de faillietverklaring van de vennootschap niet automatisch voor de beëindiging van de bestuursmandaten binnen de vennootschap⁷¹. De bestuurders blijven in functie en zijn het eerste en enige aanspreekpunt voor de curator. Bovenstaande principes met betrekking tot de faillietverklaring na de beëindiging van het bestuursmandaat kunnen in deze context dus niet zonder meer worden toegepast. Dit lijkt ook de reden te zijn waarom sommige arbeidsrechtbanken van oordeel zijn dat een bestuurder van een failliete vennootschap niet tot de procedure van collectieve schuldenregeling kan worden toegelaten dan na het verstrijken van een periode van zes maand *na de sluiting van de faillissementsprocedure van de vennootschap*⁷².

Deze laatste analyse klopt o.i. evenwel niet. Of een bestuurder al dan niet als onderneming moet worden gekwalificeerd, is een vraag die niet in algemene termen kan worden beantwoord en steeds een toetsing *in concreto* aan de vooropgestelde criteria vereist. Een bestuurder van een failliete vennootschap zal zijn mandaat nog steeds op zelfstandige wijze uitoefenen. Aan de vereiste van regelmaat en zeker van het gericht zijn op het behalen van een inkomen, zal na de faillietverklaring van de vennootschap evenwel niet langer zijn voldaan. Bijgevolg moet worden aangenomen dat een bestuurder van een failliete vennootschap nog failliet kan worden verklaard tot zes maanden na de faillietverklaring van de vennootschap en niet tot zes maanden na de sluiting van het faillissement van de vennootschap⁷³. Na die datum is faillietverklaring in principe niet langer mogelijk en moet de betrokkene opnieuw toegang krijgen tot de procedure inzake collectieve schuldenregeling.

4. Het lot van de vaste vertegenwoordiger

31. *Natuurlijke personen* die een bestuursmandaat uitoefenen, kunnen als onderneming worden gekwalificeerd. Voor *rechtspersonen* is dat steeds het geval (art. I.1, 1°, (b) WER). Onduidelijk is evenwel het lot van de vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon-bestuurder⁷⁴. Telkens

⁶⁹ Zie artikel XX.99, tweede lid WER.

⁷⁰ Naar analogie met de termijn die geldt voor de faillietverklaring na overlijden en ontbinding (artikel XX.99, leden 3 en 4 WER). Zie Cass. 19 november 1990, *TBH* 1991, 617. Zie ook M. OOSTERLINCK, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER”, in D. BRULOOT en H. DE WULF (eds.), *Het nieuwe ondernemingsrecht*, XLIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva, Antwerpen, Kluwer, 2020, 60.

⁷¹ Luik 2 april 2019, *TIBR* 2020, afl. 1, RS-13.

⁷² Arrbrb. Antwerpen (afdeling Turnhout) 6 november 2019 en 25 november 2019, *TIBR* 2021, te verschijnen: “Uit het verzoekschrift inzake CSR blijkt dat de vennootschap waarvan [X] zaakvoerder is, in faling is. Dit faillissement werd nog niet afgesloten. Verzoekster voldoet dan ook niet aan de toelaatbaarheidsvoorwaarden van artikel 1675/2 Ger.W.”

⁷³ Zie in die zin ook Luik 18 februari 2020, *JLMB* 2020, 978; Orb. Luik 30 juli 2019, *JLMB* 2020, 206, noot P. MOINEAU.

⁷⁴ Zie in dit verband in het bijzonder N. APPERMONT, “Is de vaste vertegenwoordiger een onderneming?” (noot onder Arrondrb. Antwerpen 12 maart 2019), *TRV-RPS* 2019, 871-877; B. BULLYNCK, “Is de vaste vertegenwoordiger in de zin van artikel 61, §2 W.Venn./art. 2:55 WVV een ondernemer?” (noot onder Arrondrb. Antwerpen 12 maart 2019), *RABG* 2019, 862.

wanneer een rechtspersoon als bestuurder binnen een andere rechtspersoon wordt benoemd, moet immers een natuurlijke persoon als vaste vertegenwoordiger worden aangeduid (art. 2:55 WVV).

32. De wet verduidelijkt dat de rol van de vaste vertegenwoordiger verder gaat dan louter de aansprakelijkheid van de rechtspersoon als bestuurder te dragen en aldus eventuele misbruiken tegen te gaan. De vaste vertegenwoordiger wordt immers belast met de integrale uitvoering van het bestuursmandaat in naam en voor rekening van de rechtspersoon (art. 2:55 WVV). De vaste vertegenwoordiger is bijgevolg meer dan een juridische fictie en de rol impliceert zowel *de iure* als *de facto* een zekere activiteit in hoofde van de betrokkene. Vraag is nu of deze activiteit als een zelfstandige beroepsactiviteit kan gelden en de vaste vertegenwoordiger bijgevolg als onderneming kan worden gekwalificeerd?

33. Opnieuw dient een analyse *in concreto* van de eerder vooropgestelde criteria zich aan.

De vaste vertegenwoordiger zal zijn activiteit in principe op *zelfstandige wijze* uitoefenen, zijnde niet door een arbeidsovereenkomst of een statuut verbonden. Dat de activiteit erin bestaat te handelen in naam en voor rekening van iemand anders (de rechtspersoon-bestuurder), doet hieraan geen afbreuk. Net zoals dit bij de handelsagent of de bestuurder het geval is, betreft de activiteit niet de verrichtingen die voor rekening worden gesteld, maar wel de activiteit als vaste vertegenwoordiger als zodanig, de diensten die de vaste vertegenwoordiger levert aan de rechtspersoon-bestuurder. Zelfs wanneer een werknemer van de bestuurde rechtspersoon of van de rechtspersoon-bestuurder als vaste vertegenwoordiger zou worden aangeduid, zijn wij nog geneigd om aan te nemen dat de activiteit van vaste vertegenwoordiger buiten de contouren van de arbeidsovereenkomst valt en dus – vanuit het oogpunt van het ondernemingsrecht – een zelfstandige activiteit oplevert⁷⁵. Anders oordelen dreigt het concept van de vaste vertegenwoordiger immers sterk uit te hollen.

De zelfstandige activiteit moet, ten tweede, met een zekere regelmaat gebeuren om als beroepsactiviteit te kunnen worden gekwalificeerd. Ook op dit vlak lijken er weinig problemen te rijzen. Aangezien de vaste vertegenwoordiger belast wordt met alle bestuurstaken, verschilt de analyse niet met die voor een bestuurder-natuurlijke persoon (*cf. supra*, nr. 22 e.v.).

Ten derde moet de activiteit worden verricht met het oog op het behalen van een inkomen. Vooral deze voorwaarde lijkt er in sommige gevallen toe te leiden dat de vaste vertegenwoordiger niet als onderneming kan worden gekwalificeerd. De gebruiken lopen op dit vlak heel erg uit elkaar. Niettemin is in veel gevallen als zodanig niet in een vergoeding voorzien voor de taken die men als vaste vertegenwoordiger vervult. In veel gevallen vloeit dit echter voor uit het feit dat de betrokkene reeds een vergoeding ontvangt als bestuurder in de rechtspersoon-bestuurder. In dit laatste geval is de vraag of de vaste vertegenwoordiger een onderneming is, evenwel weinig relevant, nu de betrokkene reeds als onderneming kan worden gekwalificeerd in zijn hoedanigheid van bezoldigd *bestuurder*.

34. Volledigheidshalve kan nog worden opgemerkt dat de vaste vertegenwoordiger die als onderneming te kwalificeren is, binnen het WER logischerwijs op dezelfde manier zou moeten worden behandeld als eigenlijke bestuurders. De kwalificatie als onderneming is immers niet alleen van belang vanuit het oogpunt van het insolventierecht, maar heeft ook gevolgen op het vlak van de inschrijvingsplicht in de KBO en de boekhoudplicht⁷⁶.

⁷⁵ Zie anders N. APPERMONT, "Is de vaste vertegenwoordiger een onderneming?" (noot onder Arrondrb. Antwerpen 12 maart 2019), *TRV-RPS* 2019, 874. In de literatuur m.b.t. de vaste vertegenwoordiger is dit het voorwerp van discussie. Zie voor een recent literatuuroverzicht A. FRANCOIS en R. VANDER EECKT, "Met rustige vastheid vijlen aan de vaste vertegenwoordiger?", in *In het vennootschapsbelang. Liber amicorum Herman Braeckmans*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 193 e.v. Zie verder o.m. ook H. DE WULF, "De rechtspersoon-bestuurder en de schriftelijke algemene vergadering, *NjW* 2003, 474 e.v.

⁷⁶ Zie daaromtrent N. APPERMONT, "Is de vaste vertegenwoordiger een onderneming?" (noot onder Arrondrb. Antwerpen 12 maart 2019), *TRV-RPS* 2019, 876 e.v.

B. Het faillissement van vennoten in vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid

1. De VOF

a. Nieuwe vragen na de inwerkingtreding van Boek XX WER

35. Het faillissement van een VOF en haar vennoten is een thema dat in het verleden voorwerp is geweest van heel wat discussie⁷⁷. Vooral het feit dat het faillissement van een VOF automatisch het faillissement van alle vennoten van de VOF zou impliceren, werd als problematisch beschouwd. Bij de invoering van Boek XX WER heeft de wetgever hieraan een oplossing willen geven. In de memorie van toelichting wordt beklemtoond dat de nieuwe regeling uitdrukkelijk breekt met de vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie⁷⁸. Jammer genoeg blijven een aantal belangrijke onduidelijkheden bestaan.

36. Centraal in de analyse staat het nieuwe artikel XX.14, tweede lid WER: *“Het openen van een insolventieprocedure ten aanzien van een onderneming waarvan de vennoten onbeperkt aansprakelijk zijn, houdt niet noodzakelijk de opening van eenzelfde insolventieprocedure ten aanzien van de onbeperkt aansprakelijke vennoten in”*.

Hoewel ook daarover kan worden getwist⁷⁹, lijkt alvast te mogen worden aangenomen dat deze nieuwe bepaling een einde maakt aan het vroeger door het Hof van Cassatie verdedigde principe dat het faillissement van de VOF automatisch impliceert dat ook de vennoten zich in staat van faillissement bevinden⁸⁰. De faillietverklaring van een VOF heeft voortaan dus geen rechtstreekse implicaties meer voor de vennoten van de VOF. Twee andere vragen blijven evenwel onbeantwoord.

37. Vooreerst is er de vraag of bij het onderzoek naar het vervuld zijn van de faillissementsvoorwaarden bij de VOF ook het vermogen van de onbeperkt aansprakelijke vennoten moet worden betrokken. Met andere woorden, moeten ook de vennoten zich in een toestand van duurzame staking van betaling en wankelend krediet bevinden opdat de VOF failliet zou kunnen worden verklaard? Deze vraag moet negatief worden beantwoord. Bij de beoordeling van de faillissementsvoorwaarden bij de VOF, dient het persoonlijke vermogen van de vennoten niet te worden betrokken. Dit volgt uit de wil van de wetgever om te breken met de vroegere cassatierechtspraak in dit verband. Het vindt ook bevestiging in de nieuwe expliciete regel dat enkel de curator aangesteld over het faillissement van de VOF, bevoegd is om de onbeperkt aansprakelijke vennoten aan te spreken voor de schulden van de vennootschap (art. XX.99, laatste lid WER). De eigenheid van de respectieve vermogens van de VOF en van de vennoten wordt volkomen gerespecteerd⁸¹.

38. Een tweede, en meteen ook de belangrijkste, vraag is dan of vennoten van een VOF wel in alle gevallen principieel in aanmerking komen voor faillietverklaring. Faillietverklaring vereist immers dat de gefailleerde als onderneming moet worden beschouwd. Er is geen enkele aanwijzing dat deze voorwaarde niet zou gelden voor vennoten van een VOF⁸². Meer nog, het nieuwe recht maakt duidelijk dat het faillissement van de VOF en dat van de vennoten als onderscheiden

⁷⁷ Zie bijv. H. DE WULF, “Het faillissement van onbeperkt aansprakelijke vennoten van een VOF en de taak en bevoegdheid van de curator”, *TRV* 2009, afl. 5, 459-480, en de verdere verwijzingen aldaar. Zie ook het overzicht bij M. OOSTERLINCK, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER”, in D. BRULOOT en H. DE WULF (eds.), *Het nieuwe ondernemingsrecht*, XLIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva, Antwerpen, Kluwer, 2020, 71.

⁷⁸ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2407/001, 25. Zie ook D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 35.

⁷⁹ Zie bijv. J. VANANROYE en R. VERHEYDEN, “De insolventieprocedures in het nieuwe Boek XX WER” in M.E. STORME (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Themis 107, Brugge, Die Keure, 2018, 23.

⁸⁰ Antwerpen 11 april 2019, *RABG* 2019, 826.

⁸¹ Al is er voortaan wel een expliciete mogelijkheid om een gemeenschappelijke insolventiefunctionaris aan te stellen en is de rechtbank bevoegd voor de insolventieprocedure van de VOF ook automatisch bevoegd voor de eventuele procedures van de vennoten (zie art. XX.14 WER).

⁸² Eveneens, zij het voorzichtig, in die zin Antwerpen 11 april 2019, *RABG* 2019, 826.

aangelegenheden moeten worden gezien, zodat de faillissementsvoorwaarden voor alle betrokkenen afzonderlijk moeten worden onderzocht. Hierna wordt geanalyseerd in welke mate de vennoten van een VOF effectief als onderneming in de zin van artikel 1.1, 1°, (a) WER kunnen worden gekwalificeerd.

b. De vennoot van een VOF als natuurlijke persoon met een zelfstandige beroepsactiviteit

39. Net zoals bij bestuurders, en eender welke andere natuurlijke persoon, moet o.i. ook voor vennoten van een VOF telkens *in concreto* worden nagegaan in welke mate hun activiteit aan de drie vooropgestelde criteria voldoet: zelfstandigheid, regelmaat en gericht op het behalen van een inkomen.

40. Wat de zelfstandigheid betreft, lijken er zich weinig problemen te kunnen voordoen. De vennoot oefent zijn activiteiten als vennoot immers niet in dienstverband uit.

Minder zeker is of de vennoot van een VOF wel met voldoende regelmaat opereert. Bij de louter passieve vennoot⁸³ zal dit namelijk niet het geval zijn en kan zelfs de vraag worden gesteld of er wel nog van een “activiteit” sprake is, laat staan van een met regelmaat uitgeoefende activiteit. Wat de “werkende vennoten” in de VOF betreft⁸⁴, zal wel aan de vereiste van regelmaat zijn voldaan.

Tot slot zal ook geval per geval moeten worden nagegaan in welke mate de vennoot de bedoeling heeft met zijn activiteiten een inkomen te verwerven. Naar analogie met wat daaromtrent bij de analyse voor bestuurders werd gesteld (*cf. supra*, nr. 26), lijkt dit concept in deze context ruim te moeten worden opgevat en is de juridische of boekhoudkundige kwalificatie die aan een bepaalde vergoeding wordt toegekend (bv. dividend, tantième, vergoeding voor dienstenprestaties, etc.) niet doorslaggevend⁸⁵.

c. Alternatieve benadering: iedere vennoot in de VOF is onderneming

41. Dat voor iedere vennoot van een VOF telkens individueel moet worden nagegaan in welke mate deze aan het ondernemingsbegrip voldoet, heeft verstekkende gevolgen. Telkens wanneer niet aan één of meer van de criteria is voldaan, zal de betrokkene immers niet voor faillietverklaring in aanmerking komen. Dit is een fundamentele breuk met het verleden, waarin het faillissement van een VOF automatisch het faillissement van de vennoten impliceerde, ongeacht het statuut of de concrete activiteiten van de betrokkene. Het zorgt ook voor een belangrijk verschil in behandeling tussen de vennoten die als onderneming zijn te kwalificeren en aldus, na het doorlopen van de faillissementsprocedure, het voordeel van de kwijtschelding kunnen genieten enerzijds, en de vennoten voor wie dit niet het geval is anderzijds. Deze laatste zullen onbeperkt door de (rest)schulden van de VOF achtervolgd blijven.

Deze vaststellingen zorgen ervoor dat in de praktijk ook wel eens het standpunt wordt verdedigd dat de wetgever helemaal geen einde willen maken aan het feit dat elke vennoot van een VOF principieel voor faillietverklaring in aanmerking komt. In dat geval zou – onder toepassing van het nieuwe recht – gelden dat het faillissement van de VOF weliswaar niet automatisch tot het faillissement van de vennoten van de VOF leidt, maar dat elke vennoot van een VOF wel automatisch als onderneming moet worden gekwalificeerd en aldus principieel voor faillietverklaring in aanmerking komt⁸⁶. De rechtbank van koophandel te Gent (afd. Oostende) oordeelde in dit verband bijvoorbeeld dat de vennoten in een VOF de hoedanigheid van onderneming in de zin van artikel 1.1, 1°, (a) WER

⁸³ Denk hierbij aan de vennoot wiens activiteit zich beperkt tot deze van loutere geldschietster of de vennoot die, zoals het bij de VOF wel eens voorkomt, slechts *pro forma* aan de vennootschap deelneemt in het licht van de meerhoofdigheidsvereiste.

⁸⁴ Het kan daarbij zowel gaan om materiële handelingen die worden verricht in het kader van de activiteiten die de VOF tot voorwerp heeft, als om de activiteit van beherend vennoot (*i.e.* wanneer geen zaakvoerders werden benoemd, zie art. 4:10 WVV).

⁸⁵ Merk bovendien op dat elke vennootschap overeenkomstig artikel 1:1 WVV in principe tot doel heeft om haar vennoten rechtstreeks of onrechtstreeks een vermogensvoordeel te bezorgen.

⁸⁶ Zie in die zin Orb. Gent (afd. Oostende) 22 oktober 2018, *TIBR* 2020, afl. 2, RS-85.

automatisch ontlenen aan hun lidmaatschap van de vennootschap en dus failliet kunnen worden verklaard⁸⁷.

Steun voor een dergelijke benadering wordt gezocht in de vroegere cassatierechtspraak met betrekking tot de VOF die, naast de implicaties voor het faillissement, ook als algemeen uitgangspunt vooropstelde: “[p]ersonen die handel drijven onder firma worden geacht koopman te zijn”⁸⁸. Met andere woorden, het zou tot de eigenheid van de VOF behoren dat de vennootschapsvorm slechts de gemeenschappelijke “koepel” is waaronder de vennoten hun activiteiten uitoefenen, zodat de vennoten automatisch als handelaar, en thans als onderneming, moeten worden gekwalificeerd. Deze visie kwam ook meer recentelijk nog tot uitdrukking in een arrest van het Hof van Cassatie met betrekking tot het vroegere algemene ondernemingsbegrip⁸⁹: «Tous les associés d’une société en nom collectif sont qualifiés d’entreprises»⁹⁰.

42. Deze “historische” visie op de VOF strookt niet met het hedendaagse gebruik en begrip van deze vennootschapsvorm, waarbij lang niet alle vennoten werkende vennoten zijn. Binnen het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen is het ook duidelijk dat de VOF niets meer is dan een maatschap met rechtspersoonlijkheid (artikel 4:22 WVV) en van de maatschap is reeds langer duidelijk dat deze voor allerlei doeleinden kan worden aangewend. Bovendien maakt het WVV ook meer dan vroeger duidelijk dat de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten voor de vennootschapsschulden een afgeleide is van de gehoudenheid van de rechtspersoon (artikel 4:14 WVV) en dat de verbintenissen bijgevolg niet rechtstreeks ontstaan in de persoon van de vennoten (en ook dit bijgevolg geen reden kan zijn voor hun kwalificatie als onderneming).

43. Verder wordt voor deze alternatieve visie soms ook een argument gezocht in de reglementering inzake de KBO, waarbij vennoten van een vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid uitdrukkelijk worden vrijgesteld van de inschrijvingsplicht (artikel III.49, §2, 1° WER). Het lijkt ons evenwel dat uit deze lijst met uitzonderingen geen doorslaggevend argument kan worden geput⁹¹. De uitzondering is immers evenzeer zinvol in de door ons verdedigde interpretatie dat vennoten van een VOF als onderneming *kunnen* worden gekwalificeerd.

44. Samengevat, zien wij geen wettelijke basis om de vennoten van een VOF, wat betreft hun kwalificatie als onderneming en hun toegang tot de faillissementsprocedure, op een andere manier te behandelen dan alle andere natuurlijke personen. Dit betekent bijgevolg dat voor iedere vennoot afzonderlijk *in concreto* moet worden nagegaan in welke mate de activiteit die men als vennoot verricht als zelfstandige beroepsactiviteit moet worden gekwalificeerd en dus in welke mate deze activiteit niet alleen op zelfstandige wijze, maar ook met voldoende regelmaat en gericht op het behalen van een inkomen wordt uitgeoefend.

Hiermee is uiteraard niet gezegd dat het gevolg hiervan, namelijk het grote verschil in behandeling dat tussen de verschillende vennoten van een VOF kan bestaan, vanuit beleidsmatig oogpunt wenselijk is. Veel meer dan bij de problematiek inzake bestuurders is hier wel een tussenkomst of minstens een heroverweging door de wetgever nodig.

45. Volledigheidshalve kan erop worden gewezen dat sommige auteurs menen dat een antwoord op de vraag of vennoten van onbeperkt aansprakelijke vennootschappen failliet kunnen worden verklaard, niet zozeer moet worden gezocht in een analyse van het ondernemingsbegrip, maar wel in de werking van het gezag van gewijsde in deze context⁹². Meer bepaald zou het feit dat een (faillissements)vonnis ten laste van een VOF ook gezag van gewijsde heeft ten aanzien van de

⁸⁷ Kh. Gent (afd. Oostende) 22 oktober 2018, *TIBR* 2020, afl. 2, RS-85. De rechtbank voeg er zelfs nog aan toe: “Een VOF in vereffening en de vennoten daarvan blijven gedurende de vereffening te kwalificeren als onderneming en kunnen dus nog steeds failliet worden verklaard.”

⁸⁸ Cass. 19 december 2008, *TRV* 2009, afl. 5, 456, noot H. DE WULF.

⁸⁹ Vroeger terug te vinden in artikel I.1, 1° WER, thans in artikel I.8, 39° WER.

⁹⁰ Cass. 22 juni 2018, *RABG* 2019, afl. 10, 821.

⁹¹ Zie daaromtrent reeds wat betreft bestuurders *supra* nr. 18.

⁹² J. VANANROYE en R. VERHEYDEN, “De insolventieprocedures in het nieuwe Boek XX WER” in M.E. STORME (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Themis 107, Brugge, Die Keure, 2018, 22.

vennoten van de VOF, ervoor zorgen dat de faillietverklaring van een VOF – net zoals vroeger – betekent dat is vastgesteld dat ook alle vennoten zich in staat van faillissement bevinden. Deze benadering lijkt de bedoeling van de wetgever, zoals tot uitdrukking gebracht in de memorie van toelichting⁹³, evenwel compleet te negeren. Bovendien is het, gelet op de uiteenlopende cassatierechtspraak⁹⁴, hoogst onduidelijk of *überhaupt* ooit een principe heeft bestaan overeenkomstig hetwelk beslissingen ten aanzien van een VOF gezag van gewijsde hebben ten aanzien van de vennoten.

46. Merk, tot slot, op dat de problematiek binnen de commanditaire vennootschap (CommV) eenvoudiger ligt dan bij de VOF. De gecommanditeerde zal als bestuurder van de vennootschap in principe steeds als onderneming te kwalificeren zijn zodra zijn activiteit is gericht op het behalen van een inkomen. De commanditair zal daarentegen in principe niet als onderneming te kwalificeren zijn, gelet op het wettelijke verbod dat voor hem geldt om deel te nemen aan het beheer (artikel 4:22, derde lid WvV). Gelet op de beperkte aansprakelijkheid van de commanditair stelt ook dat evenwel geen probleem.

2. De maatschap

47. Sinds de invoering van Boek XX WER kunnen ook maatschappen failliet worden verklaard⁹⁵. Maatschappen zijn immers het voorbeeld bij uitstak van de in artikel I.1, 1°, (c) WER bedoelde “organisaties zonder rechtspersoonlijkheid”. Hoewel het conceptueel erg vreemd blijft dat een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid als zodanig aan een insolventieprocedure – of eender welke andere juridische procedure – wordt onderworpen⁹⁶, valt geen afbreuk meer te doen aan de duidelijke keuze van de wetgever in dat verband. Maatschappen kunnen failliet worden verklaard⁹⁷. Dat de toepassing van het insolventierecht op de maatschap een erg verregaande impact heeft, wordt mooi geïllustreerd door een belangwekkend vonnis van de ondernemingsrechtbank te Gent (afd. Gent)⁹⁸. De problematiek overstijgt het opzet van deze bijdrage, maar de eenvoud waarmee het gezamenlijk optreden van twee vennootschappen in het handelsverkeer tot een kwalificatie als maatschap leidt die vervolgens failliet kan worden verklaard, staat in schril contrast met de moeizame toepassing van leerstukken zoals de doorbraak van rechtspersoonlijkheid die in het verleden in gelijkaardige gevallen moesten worden toegepast.

48. Wat het lot van de maten van een failliet verklaarde maatschap betreft, dienen zich gelijkaardige vragen aan als in de context van de VOF (*cf. supra*). Ook de antwoorden zijn o.i. zeer gelijkaardig, ook al mag er natuurlijk niet aan voorbij worden gegaan dat de maatschap, anders dan de VOF, geen rechtspersoonlijkheid heeft. Nochtans blijkt uit niets dat de wetgever meent dat de vennoten van een failliete maatschap en die van een failliete VOF op een andere manier zouden moeten worden behandeld. Bij de relevante bepalingen uit Boek XX WER worden beide groepen immers steeds in één adem genoemd⁹⁹.

49. Aangezien de nieuwe basisregel uit artikel XX.14, tweede lid WER (*cf. supra* nr. 36) ook geldt ten aanzien van maatschappen, moet het faillissement van de maatschap duidelijk van dat van de maten worden onderscheiden. Dit impliceert niet alleen dat het faillissement van de maatschap niet

⁹³ *Cf. supra* nr. 36.

⁹⁴ Zie voor een overzicht J. VANANROYE en R. VERHEYDEN, “De insolventieprocedures in het nieuwe Boek XX WER” in M.E. STORME (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Themis 107, Brugge, Die Keure, 2018, 22-24.

⁹⁵ Zie hieromtrent bijv. S. LANDUYT, F. DESMYTTERE en L. MAES, “De maatschap van contract naar instituut” in *Rechtskroniek voor het notariaat*, deel 35, Herentals, Knops, 2019, 57 e.v.

⁹⁶ Zie daarover bijv. D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 45 e.v.; M. OOSTERLINCK, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER”, in D. BRULOOT en H. DE WULF (eds.), *Het nieuwe ondernemingsrecht*, XLIVE postuniversitaire cyclus Willy Delva, Antwerpen, Kluwer, 2020, 68.

⁹⁷ En voor zover belanghebbenden het bewijs van het bestaan daarvan kunnen leveren, geldt dit o.i. ook voor de stille maatschap, die immers onverkort een organisatie zonder rechtspersoonlijkheid is; zie anders J. VANANROYE en R. VERHEYDEN, “De insolventieprocedures in het nieuwe Boek XX WER” in M.E. STORME (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Themis 107, Brugge, Die Keure, 2018, 20.

⁹⁸ Orb. Gent (afd. Gent) 8 oktober 2019, *TIBR* 2021, afl. 2, te verschijnen.

⁹⁹ Zie artikel XX.14 WER (m.b.t. bevoegde rechtbank, insolventiefunctionaris en onderscheiden procedures) en artikel XX.99, laatste lid WER (m.b.t. exclusief vorderingsrecht van de curator ten aanzien van de onbeperkt aansprakelijke vennoten).

automatisch het faillissement van de maten tot gevolg heeft, maar ook dat de faillissementsvoorwaarden in elk vermogen afzonderlijk moeten worden beoordeeld. Door het gebrek aan rechtspersoonlijkheid zou over dit laatste nochtans twijfel kunnen bestaan en zou kunnen worden verdedigd dat de maatschap slechts failliet kan worden verklaard indien de faillissementsvoorwaarden zijn voldaan in de persoon van alle hoofdelijk aansprakelijke vennoten gezamenlijk¹⁰⁰. In Boek XX WER is evenwel geen steun te vinden voor een dergelijke interpretatie. Maatschappen werden zonder meer aan het insolventierecht onderworpen, zonder dat daarbij wordt aangegeven dat bij de beoordeling van de faillissementsvoorwaarden ook het vermogen van de maten moet worden betrokken. Integendeel, in artikel XX.14 WER wordt aangegeven dat het openen van een insolventieprocedure ten aanzien van de maatschap moet worden losgezien van de eventuele opening van een dergelijke procedure ten aanzien van de vennoten. De faillissementsvoorwaarden moeten dus onderzocht worden in het afgescheiden maatschapsvermogen, zonder daarbij het vermogen van de vennoten te betrekken. De maatschap heeft immers weliswaar geen rechtspersoonlijkheid, maar beschikt (in ieder geval sinds de inwerkingtreding van het WVV) wel over een afgescheiden vermogen (artikel 4:13 WVV). Het is dat maatschapsvermogen dat in geval van faillietverklaring aan het vereffeningsbewind zal worden onderworpen en het is dus ook in dat vermogen dat de faillissementsvoorwaarden moeten worden beoordeeld.

50. Dat het faillissement van de maatschap niet automatisch het faillissement van de maten impliceert, betekent, net zoals bij de VOF, uiteraard niet dat deze niet voor faillietverklaring in aanmerking komen. Daartoe is vereist dat in de persoon van de betrokken vennoot wordt vastgesteld dat aan de faillissementsvoorwaarden is voldaan, inclusief diens kwalificatie als onderneming. Aldus menen wij dat ook voor de faillietverklaring van een vennoot-natuurlijke persoon van een maatschap moet worden nagegaan of de betrokkene, als vennoot, op zelfstandige basis een beroepsactiviteit uitoefent.

Concreet houdt dit een toetsing in op basis van de drie criteria die telkens in deze bijdrage werden naar voor geschoven: zelfstandigheid, regelmaat en gericht op het behalen van een inkomen. De analyse is daarbij gelijklopend met die bij de VOF (*supra* nrs. 19 e.v.). Alleen wat de vereiste inzake regelmaat betreft, lijkt er bij vennoten van een maatschap veel eenvoudiger daaraan te zullen zijn voldaan. Het gebrek aan rechtspersoonlijkheid van de maatschap zorgt er immers voor dat alle verrichtingen die in het kader van de maatschap worden gesteld, automatisch aan alle maten worden toegerekend. Bij de maatschap zullen de vennoten dus in principe steeds als onderneming te kwalificeren zijn en principieel voor faillietverklaring in aanmerking komen¹⁰¹.

V. BESLUIT

51. Opdat een natuurlijke persoon failliet kan worden verklaard, dient hij onder het toepassingsgebied van het nieuw ingevoerde algemeen ondernemingsbegrip te vallen, wat impliceert dat hij (i) op zelfstandige wijze een beroepsactiviteit uitoefent en dus deze activiteit (ii) met regelmaat uitoefent en (iii) met de bedoeling daaruit een inkomen te verwerven. Voor elke natuurlijke persoon moet *in concreto* worden getoetst of aan deze voorwaarden is voldaan. Enigszins cynisch daarbij is dat de sleutel voor de uitlegging van het volledig nieuwe, “formeel” ondernemingsbegrip, ligt bij de invulling die aan het begrip “beroepsactiviteit” werd gegeven zoals dat voorkwam in het Wetboek van Koophandel uit 1807.

52. Wat bestuurders van rechtspersonen betreft, tekent zich bijna drie jaar na de inwerkingtreding van Boek XX WER geleidelijk een tendens tot eensgezindheid af in rechtsleer en rechtspraak, waartoe wij met onderhavige analyse ook willen bijdragen: de hoedanigheid van onderneming vloeit niet als een automatisme voort uit het bestuursmandaat. Fictieve bestuursmandaten kunnen dan ook niet leiden

¹⁰⁰ In die zin J. VANANROYE en R. VERHEYDEN, “De insolventieprocedures in het nieuwe Boek XX WER” in M.E. STORME (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Themis 107, Brugge, Die Keure, 2018, 22.

¹⁰¹ Een uitzondering zou zich kunnen voordoen wanneer blijkt dat de verrichtingen die in het kader van de maatschap worden gesteld op zichzelf geen professionele activiteit uitmaken, bijvoorbeeld omdat ze niet met voldoende regelmaat worden gesteld; zie daaromtrent J. VANANROYE en R. VERHEYDEN, “De insolventieprocedures in het nieuwe Boek XX WER” in M.E. STORME (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Themis 107, Brugge, Die Keure, 2018, 21.

tot de kwalificatie van een natuurlijke persoon als onderneming. Het bestaan van een zelfstandige beroepsactiviteit dient steeds in de feiten te worden vastgesteld. Natuurlijke personen die een bestuursmandaat uitoefenen, *kunnen* met andere woorden als onderneming worden gekwalificeerd mits aan alle voorwaarden is voldaan. Hetzelfde geldt voor een vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon-bestuurder. Gelet op de afwezigheid van zowel een inschrijvingsplicht in de KBO voor bestuurders van rechtspersonen als van een boekhoudplicht, verlangt de rechtspraak terecht dat bestuurders het nodige bewijsmateriaal aandragen wanneer zij zich op hun statuut van bestuurder-onderneming willen beroepen.

53. De faillietverklaring van een VOF heeft voortaan geen rechtstreekse implicaties meer voor de vennoten van de VOF. Dit leidt ook tot nieuwe discussies, namelijk of vennoten van een VOF wel in alle gevallen principieel in aanmerking komen voor faillietverklaring. Terwijl bepaalde rechtspraak meent dat vennoten van een VOF automatisch als onderneming kwalificeren, moeten o.i. – los van de mogelijke gevolgen – dezelfde criteria als die naar voren zijn geschoven in het kader van het kwalificatievraagstuk voor bestuurders, ook ten aanzien van deze personen worden toegepast. Net zoals bij eender welke andere natuurlijke persoon, moet voor vennoten telkens *in concreto* worden nagegaan in welke mate hun activiteit aan de drie vooropgestelde criteria voldoet: zelfstandigheid, regelmaat en gericht op het behalen van een inkomen. Wat de vennoten van een VOF betreft, leidt dit in bepaalde gevallen evenwel tot erg onbillijke resultaten, zodat een tussenkomst van de wetgever ons op dit punt aangewezen lijkt.

FINANCIAL LAW INSTITUTE

WORKING PAPER SERIES

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

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