

**BESTUURDERS VAN RECHTSPERSONEN EN
HET ONDERNEMINGSBEGRIIP: NIEUWE
POGING TOT SYNTHESE**

WP 2024-03

Diederik Bruloot en Gauthier Vandenbossche

Financial Law Institute

Working Paper Series





WP 2024-03

Diederik Bruloot en Gauthier Vandenbossche

Bestuurders van rechtspersonen en het ondernemingsbegrip: nieuwe poging tot synthese

In deze bijdrage wordt de kwalificatie van bestuurders als ondernemingen besproken in het licht van de cassatiearresten en de daaropvolgende lagere rechtspraak. Om dit te kaderen wordt hierna eerst een schets gegeven van de meerderheidsopvatting die was gegroeid in de rechtspraak en de rechtsleer over de kwalificatie van bestuurders als onderneming. Nadien wordt de uitkomst van de cassatiearresten over het ondernemingsbegrip besproken. Er is ook kort aandacht voor de prejudiciële vragen die het Grondwettelijk Hof diende te beoordelen over de bestuurdersproblematiek. Vervolgens wordt aan de hand van recente rechtspraak over het ondernemingsbegrip onderzocht hoe de organisatievereiste nader wordt ingevuld, of niet ingevuld, door de hoven en de rechtbanken. Tot slot lichten wij het belang toe van een flexibele interpretatie van het organisatieconcept, alvorens tot enkele overkoepelende slotoverwegingen te komen.

The author welcomes your comments at diederik.bruloot@ugent.be and gauthier.vandenbossche@ugent.be

This working paper is a draft of a contribution that will appear in D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE, "Bestuurders van rechtspersonen en het ondernemingsbegrip: poging tot synthese na drie cassatiearresten", *TIBR* 2023, afl. 2, RL-1-RL-12.

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



Bestuurders van rechtspersonen en het ondernemingsbegrip: nieuwe poging tot synthese

I. Inleiding

1. Innovatief toepassingsgebied – Één van de meest fundamentele innovaties van de grondige hervorming van het commerciële insolventierecht in 2017, waarbij Boek XX WER werd ingevoerd¹, was het bijzonder brede toepassingsgebied: eenieder die kwalificeert als “onderneming” kan failliet worden verklaard.² Het was de bedoeling van de wetgever om het insolventierecht veel ruimer toepassing te laten vinden. Tegelijk wilde de wetgever meer rechtszekerheid creëren.³ Wat betreft het vraagstuk of bestuurders van een rechtspersoon als onderneming kwalificeren en bijgevolg onder het toepassingsgebied van Boek XX WER vallen, is dit laatste evenwel vooralsnog niet gelukt.

2. Bestuurders onder Faill.W. en WCO – Onder de toepassing van de Faillissementswet⁴ en de Wet Continuïteit Ondernemingen⁵ was deze vraag niet aan de orde. De faillissements- en reorganisatiewetgeving greep toen immers in essentie terug naar de hoedanigheid van handelaar.⁶ Het werd algemeen aanvaard dat het besturen van vennootschappen een burgerlijke activiteit was die de bestuurder geen kwalificatie als handelaar kon opleveren. Bestuurders bleven op die manier buiten de toepassing van het faillissementsrecht. Wanneer zij geconfronteerd werden met ernstige betalingsproblemen, dan dienden zij hun toevlucht te nemen tot de procedure van collectieve schuldenregeling voorzien in het Gerechtelijk Wetboek.⁷

3. Bestuurders onder Boek XX WER – Sinds de inwerkingtreding van Boek XX WER op 1 mei 2018⁸ ziet het toepassingsgebied van het commerciële insolventierecht er echter geheel anders uit. Onder het ondernemingsbegrip, dat voortaan als afbakeningscriterium tussen commerciële en particuliere insolventie geldt, geldt dat iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent als een onderneming te beschouwen is.⁹ Al snel kwam daarbij de vraag op de proppen of ook bestuurders onder die brede noemer van Boek XX WER vielen. De relevantie van dit kwalificatievraagstuk moet worden gezien in het licht van een andere fundamentele vernieuwing die Boek XX WER heeft teweeg gebracht: een aanzienlijke aanscherping van de *fresh start*-gedachte. Ondernemers die een handels-, bedrijfs- of ambachtsactiviteit of een vrije of zelfstandige beroepsactiviteit uitoefenen, kunnen blootstaan aan het risico op insolventie.¹⁰ Om tegemoet te komen aan dit (verhoogde) ondernemingsrisico wordt aangenomen dat natuurlijke personen-ondernemers een tweede kans moeten krijgen om een nieuwe start te maken en hun ondernemingsactiviteiten opnieuw op te zetten na een

¹ Wet van 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen", in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging 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.

² Zie art. I.23, 8°, I.23, 7°/1 WER jo. art. I.1, lid 1, 1° WER.

³ Zie *Parl. St.* 54 2407/001, 27.

⁴ Faillissementswet 8 augustus 1997, *BS* 28 oktober 1997.

⁵ Wet 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *BS* 9 februari 2009.

⁶ Art. 2 Faillissementswet.

⁷ Zie art. 1675/2 e.v. Ger.W.

⁸ Art. 76 Wet van 11 augustus 2017.

⁹ Zie het huidige artikel I.1, 1°, a) WER.

¹⁰ Overweging (72) Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), *Pb.L.* 172/18, 26 juni 2019.



faling. Omdat het meeslepen van een oude schuldenberg dergelijke initiatieven al te zeer zou belemmeren, bestaat het principe van de schuldkiwitschelding. Schulden die onbetaald zijn gebleven op het einde van de insolventieprocedure (zgn. ‘restschulden’¹¹) moeten niet langer worden voldaan. Bovendien zou het aanmoedigen van een snelle hervatting van de ondernemingsactiviteiten maar weinig effectief zijn mochten de inkomsten die de ondernemer verkrijgt gedurende de insolventieprocedure nog moeten worden aangewend om diens oude schuldenberg af te lossen. In het Belgische commerciële insolventierecht vertaalt deze gedachtegang zich in de combinatie van artikel XX.173 WER en artikel XX.110, §3, lid 2 WER. Die eerste bepaling zorgt dat de gefailleerde-natuurlijke persoon ten aanzien van de schuldeisers wordt bevrijd van de restschulden, terwijl de andere bepaling activa die de gefailleerde ontvangt sinds de faillietverklaring op grond van een oorzaak die dateert van na het faillissement, uitsluit van de faillissementsboedel. Al snel na de inwerkingtreding van Boek XX WER werd het duidelijk dat het in een situatie van overmatige schuldenlast veelal gunstiger is om een *quasi*-automatische kiwitschelding te verkrijgen als ondernemer in de faillissementsprocedure, dan een (zevenjarig¹²) minnelijk afbetalingsplan te moeten naleven als niet-ondernemer in de procedure van collectieve schuldenregeling.

4. Ontwikkeling van een meerderheidsopvatting – Na een eerste periode van onzekerheid groeide vrij snel een meerderheidsopvatting zowel in rechtspraak als rechtsleer over het lot van de bestuurder als onderneming¹³. In essentie komt deze neer op het volgende: bestuurders zijn niet automatisch als onderneming te kwalificeren op basis van hun (loutere) statuut als bestuurder.¹⁴ Er moet op individuele basis worden nagegaan of de uitoefening van het bestuursmandaat geldt als een zelfstandige beroepsactiviteit. De vaststelling is dat dit in de meeste gevallen wel degelijk het geval is. Het is pas wanneer het mandaat in een specifiek geval niet als een ‘beroepsactiviteit’ kan worden beschouwd (*cf. infra*), dat de bestuurder geen onderneming is. De belangrijkste toepassingsgevallen zijn bestuursmandaten die onbezoldigd worden uitgeoefend, of fictieve (d.i. niet-werkelijk uitgeoefende) bestuursmandaten.

In twee arresten zette het Hof van Cassatie echter de tot dan toegegroeide meerderheidsvisie op de helling¹⁵. In die arresten sprak het Hof zich uit over de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn opdat een natuurlijke persoon, en in het bijzonder een bestuurder, kan worden aangemerkt als een onderneming in de zin van artikel I.1, lid 1, 1^o, (a) WER. Tot verrassing van velen hecht het Hof van Cassatie in haar analyse plots uitermate veel belang aan het concept ‘organisatie’, dat geheel onopvallend pas door de wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht aan artikel I.1, lid 1, 1^o WER was toegevoegd¹⁶ én dat niet wordt gedefinieerd in de wet of de voorbereidende werken. Het mag dan ook meteen duidelijk zijn dat de onzekerheid over het kwalificatievraagstuk niet werd weggenomen door de Cassatie-arresten, wel integendeel. Dat blijkt ook uit de veelvuldige (lagere) rechtspraak die nadien nog over deze rechtsvraag zou volgen.

5. Opzet – In deze bijdrage wordt de kwalificatie van bestuurders als ondernemingen besproken in het licht van de Cassatie-arresten en de daaropvolgende lagere rechtspraak. Om dit te kaderen wordt hierna eerst een schets gegeven van de meerderheidsopvatting die er was gegroeid in de rechtspraak en rechtsleer over de kwalificatie van bestuurders als onderneming. Nadien wordt de uitkomst van de Cassatie-arresten omtrent het ondernemingsbegrip besproken. Er is ook kort aandacht voor de prejudiciële vragen die het Grondwettelijk Hof diende te beoordelen over de bestuurdersproblematiek.

¹¹ Zie art. I.23, 22^o WER.

¹² Art. 1675/10, §6 Ger.W.

¹³ Zie voor een overzicht 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, afl. 2, RL-19-32. Zie ook W. DAVID, « Les dirigeants d'entreprise(s) sont-ils eux-mêmes des entreprises ? Quelques réflexions à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2022 » in N. OUCHINSKY (ed.) *Actualités en droit de l'insolvabilité*, Larcier, Brussel, 2022, (10) 11.

¹⁴ Zie ook Antwerpen 30 april 2020, nr. 2020/EV/10, *TIBR* 2021, afl. 2, RS-89.

¹⁵ Cass. nr. C.21.0006.F/1, 18 maart 2022, *TIBR* 2023-1; *JT* 2022, afl. 6899, 324, noot PLETINCKX, Z.; *TRV-RPS* 2022, afl. 6, 495, noot N. APPERMONT en I. VANWALLEGHEM; Cass. 9 februari 2023, AR C.22.0264.F, 9 februari 2023 *JLMB* 2023, afl. 13, 564; *REDI* 2023, afl. 1, 50.

¹⁶ Zie art. 35 wet 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *BS* 27 april 2018.



Vervolgens wordt aan de hand van recente rechtspraak over het ondernemingsbegrip onderzocht hoe de organisatie-vereiste nader wordt ingevuld, of niet ingevuld, door de hoven en rechtbanken. Tot slot lichten wij het belang toe van een flexibele interpretatie van het organisatie-concept, alvorens tot enkele overkoepelende slotoverwegingen te komen.¹⁷

II. De meerderheidsopvatting: cumulatieve constitutieve voorwaarden van ‘zelfstandigheid’ en ‘beroepsactiviteit’¹⁸

6. Uitgangspunt – De kwalificatie van bestuurders als natuurlijke personen die een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefenen, kan als volgt worden samengevat. Er moet worden aangenomen dat de loutere vaststelling dat een natuurlijke persoon optreedt als bestuurder van een rechtspersoon niet volstaat om de bestuurder als een onderneming aan te merken¹⁹. Het is daarentegen steeds vereist dat de voorwaarden gesteld in artikel I.1, eerste lid, 1°, (a) WER voor elk afzonderlijk geval getoetst worden. Hieruit volgt meteen ook dat er geen sprake kan zijn van een automatisme of een vermoeden. Een toets van de ‘voorwaarden gesteld in artikel I.1, eerste lid, 1°, (a) WER’ houdt in dat een bestuurder slechts een onderneming is wanneer hij/zij het mandaat (i) op zelfstandige wijze uitoefent en (ii) deze uitoefening als een beroepsactiviteit geldt. Voor dit laatste is vereist dat de activiteit met (ii-a) regelmaat wordt verricht en (ii-b) met de bedoeling om in een inkomen te voorzien²⁰.

7. Eerste voorwaarde: zelfstandige activiteit. De vereiste van zelfstandigheid zal in beginsel weinig moeilijkheden opleveren voor bestuurders van rechtspersonen. Voor de BV, CV en NV bevestigt het WVV 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 (d.i. niet in dienstverband) uitoefenen²¹. Dit laatste principe mag geacht worden *mutatis mutandis* ook voor bestuurders van alle andere rechtspersonen te gelden. Het principiële statuut van bestuurders als zelfstandige binnen de sociale zekerheid²², is daarbij tevens een element dat in aanmerking kan worden genomen, zonder dat dit evenwel een doorslaggevend argument in het kwalificatievraagstuk is.²³

8. Tweede voorwaarde: beroepsactiviteit, regelmaat als eerste subvoorwaarde – Opatd een bestuurder als onderneming zou kunnen worden gekwalificeerd, is niet alleen vereist dat de activiteit zelfstandig wordt uitgeoefend, maar ook dat het een ‘beroepsactiviteit’ betreft. Hoewel dit begrip geen wettelijke invulling heeft, wordt aangenomen dat twee elementen doorslaggevend zijn 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.

¹⁷ Deze bijdrage bouwt verder op D. BRULOOT, “Belangrijke ontwikkelingen in het insolventierecht van 2017 tot 2023” in X. (ed.), *Beslag- en insolventierecht*, Wolters Kluwer Belgium, Mechelen, 2023, 53-82.

¹⁸ Deze paragraaf bouwt verder op 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, afl. 2, RL-24 e.v.

¹⁹ Zie ook Arbh. Gent (afd. Brugge) 8 oktober 2020, *TIBR* 2021, afl.1, RS-93).

²⁰ 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.

²¹ Zie resp. de artikelen 5:70, §1, lid 2, 6:58, §1, lid 2 en 7:85, §1, lid 3 WVV.

²² Tenzij in het geval men aantoonst dat het mandaat geheel kosteloos wordt verricht. 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 winstgevende 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. 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.

²³ Zie ook Orb.. Antwerpen (afd. Turnhout) 19 november 2019, nr. O/19/00474, 19 november 2019, *TIBR* 2021, afl. 2, RS-18.2



De voorwaarde van een beroepsactiviteit houdt dus allereerst in dat een bestuurder slechts als een onderneming kan worden gekwalificeerd indien hij/zij met de nodige regelmaat optreedt²⁴. Louter occasioneel handelen volstaat met andere woorden niet²⁵. In beginsel moet worden aangenomen dat de vereiste inzake regelmaat bij bestuurders van (actieve) rechtspersonen steeds vervuld zal zijn. Dit is niet anders als men als bestuurder *de facto* slechts sporadisch of zijdelings bij het bestuur van een rechtspersoon is betrokken. Hiervoor kan immers opnieuw steun worden gevonden in het WVV, dat voorziet in wettelijke, doorlopende verplichtingen voor bestuurders, zodat een bestuursmandaat in elk geval met de nodige regelmaat moet worden uitgeoefend.²⁶ Wel dient het te gaan om een reëel bestuursmandaat (*cf. infra*) in een actieve vennootschap. In een faillissementscontext komt het niet zelden voor dat een rechtspersoon reeds jaren haar activiteiten heeft stopgezet, ambtshalve is geschrapt uit de KBO, of vrijwillig of gerechtelijk is ontbonden, eventueel, zonder dat een vereffenaar werd aangesteld... Ook deze rechtspersonen hebben formeel gezien nog bestuurders, maar in dergelijke gevallen betreft het niet langer reële bestuursmandaten die nog een repetitieve activiteit impliceren. Bijgevolg kan daaraan geen kwalificatie als onderneming worden ontleend. Deze redenering kan ook worden gevolgd ten aanzien bestuurders van rechtspersonen die failliet zijn verklaard.

Een andere belangrijke uitzondering op de kwalificatie van een natuurlijke persoon als onderneming volgt uit de memorie van toelichting, die verduidelijkt dat een activiteit die kadert in het “normale beheer van het privévermogen” niet geldt als beroepsactiviteit.²⁷ 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. Concreet zullen leden van het bestuursorgaan van een vzw daarom eerder uitzonderlijk als onderneming kwalificeren, te meer in samenlezing met de hiernavolgende inkomensvereiste.²⁸

9. Tweede voorwaarde: beroepsactiviteit, inkomensintentie als tweede subvoorwaarde – Naast de nodige regelmaat impliceert de vereiste van een beroepsactiviteit dat de bestuurder zijn diensten aanbiedt met de bedoeling om in zijn levensonderhoud te voorzien, d.i. met de *intentie* om, direct of indirect, een inkomen te genereren (zoals bedrijfsleidersbezoldigingen, maar ook recurrente dividenden als bestuurder-aandeelhouder of tantièmes).²⁹ Opnieuw biedt het WVV hier een aanknopingspunt, waar het expliciet voorziet dat bestuursmandaten binnen de volkomen rechtspersonen (BV, CV, NV) worden vermoed tegen vergoeding te worden uitgevoerd.³⁰ Het is van belang dat de bedoeling of intentie om een inkomen te verwerven hier doorslaggevend is, zodat ook een bestuurder die bijvoorbeeld tijdelijk geen bezoldiging krijgt uitgekeerd ingevolge de financiële situatie van de rechtspersoon op zich nog steeds kan geacht worden aan deze voorwaarde te voldoen. Het zijn slechts bestuurders die werkelijk onbezoldigd hun mandaat uitoefenen of beperkte en reële onkostenvergoedingen ontvangen die onder deze subvoorwaarde worden uitgesloten van het ondernemingsbegrip. 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 (ook) op grond van dit criterium niet als onderneming worden gekwalificeerd.

²⁴ 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.

²⁵ Vgl. Arr. West-Vlaanderen 15 oktober 2021, *RW* 2021-22, afl. 24, 966: “De eigenaar van onroerende goederen die deze verhuurt en daardoor een inkomen verwerft waardoor hij in zijn levensonderhoud kan voorzien, dient beschouwd te worden als een ondernemer.”

²⁶ 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. **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.**) is voldaan.

²⁷ 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.

²⁸ Zie ook Orb. Gent (afd. Brugge) 18 januari 2021, nr. N/20/00783, O/20/00182, *TIBR* 2021, afl. 2, RS-109.

²⁹ 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.

³⁰ 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*”.



10. Slotsom meerderheidsvisie – De rechtspraak leverde ondertussen mooie toepassingsgevallen 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. 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.³¹ In het licht daarvan is het dan aan de bestuurder in geval van faillissementsaangifte of een schuldeiser in geval van dagvaarding om het bewijs te leveren van het bestaan van een zelfstandige beroepsactiviteit (*actori incumbit probatio*).

III. Cassatie-arresten van 18 maart 2022 en 9 februari 2023: nieuwe cumulatieve voorwaarde ‘organisatie’

11. Zelfstandig, beroepsactiviteit én eigen organisatie – Overeenkomstig de meerderheidsopvatting werd een natuurlijke persoon-bestuurder als een onderneming aangemerkt indien hij/zij diens mandaat als een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefent, waarbij het aan de eiser/aangever toekwam om daar zo nodig het bewijs van te leveren. In een arrest van 18 maart 2022 oordeelde het Hof van Cassatie evenwel dat een natuurlijke persoon slechts een onderneming is in de zin van artikel I.1, lid 1, 1^o, (a) WER wanneer hij een organisatie is die bestaat uit een geheel van materiële, financiële of menselijke middelen met het oog op de zelfstandige uitoefening van een beroepsactiviteit. Hieruit volgt volgens het Hof dat de bestuurder van een vennootschap die zijn mandaat uitoefent buiten elke eigen organisatie geen onderneming is.³² Daarmee volgt het Hof van Cassatie de argumentatie van het bodemarrest van het hof van beroep te Bergen van 14 juli 2020 en schuift het een derde, autonoom, criterium naar voren in het kwalificatievraagstuk (naast zelfstandigheid en beroepsactiviteit): het bestaan van een eigen organisatie in hoofde van de natuurlijke persoon die een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefent, waarbij ook het bewijs moet worden geleverd dat aan deze voorwaarde is voldaan.

12. Bevestiging van organisatie-vereiste – Op het eerste gezicht kon de indruk ontstaan dat de interpretatie van het Hof gelinkt was aan de atypische casus die aan het arrest *a quo* ten grondslag lag. In het bijzonder betrof het een bestuurder-natuurlijke persoon van een vastgoedvennootschap die onder bewind was geplaatst, die een uiterst bescheiden bedrijfsleidersbezoldiging ontving en zijn grootste inkomsten behaalde uit verhuur van onroerende goederen. Zijn persoonlijke situatie zorgde ervoor dat hij het bestuursmandaat niet actief kon uitoefenen. De – gerede - twijfel over de vraag of de atypische feitenconstellatie misschien een invloed had gehad op de (opmerkelijke) interpretatie door het Hof van Cassatie³³, werd weggenomen door een tweede Cassatiearrest, waaraan een andere feitenconstellatie ten grondslag lag, dat op identieke wijze werd gemotiveerd. Het Hof herneemt in haar arrest van 9 februari 2023 haar argumentatie omtrent het vereiste van een eigen organisatie en oordeelt dat een uitspraak waarin bij de beoordeling van de vraag of een natuurlijke persoon een onderneming is enkel wordt gekeken naar de uitoefening van de beroepsactiviteit als zelfstandige, zonder te onderzoeken of deze activiteit wordt uitgeoefend in het kader van een eigen organisatie, niet naar recht is verantwoord.³⁴ In

³¹ Zie bv. Orb. Gent (afd. Brugge) 18 januari 2021, *TIBR* 2021, afl. 2, RS-109; Orb. Gent (afd. Brugge) 8 oktober 2020, *TIBR* 2021, afl. 1, RS-93; Arbh. Gent 15 juni 2020, *TIBR* 2021, afl.1, RS-28.

³² Cass. 18 maart 2022, AR C.21.0006.F, 18 maart 2022, *DAOR* 2022, afl. 144, 23, noot W. DERIJCKE; *JDSA* 2022, afl. 1, 83, concl. P. DE KOSTER, noot J. RENARD en V. GHAZOUANI; *JT* 2022, afl. 6899, 324 noot Z. PLETINCKX; *JLMB* 2022, afl. 26, 1152; *RCJB* 2023, afl. 3, 359, J. noot HENRI; *TBBR* 2023, afl. 1, 44; *TRVRPS* 2022, afl. 6, 495 noot N. APPERMONT en I. VANWALLEGHEM.

³³ Zie ook J. HENRI, « L'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2022 : l'organisation du dirigeant d'entreprise, un concept à l'agencement incertain », *RCJB* 2023, afl. 3, (369) 373 Vgl. Orb.. Luik (afd. Namen) 14 april 2022, nr. O/22/00117, *TIBR* 2022, afl. 2, RS-166; Z. PLETINCKX, « Le dirigeant d'entreprise peut-il être déclaré en faillite ? Fin d'une controverse ou début de nouvelles discussions », *JT* 2022, afl. 6899, 317-323.

³⁴ Cass. 9 februari 2023, AR C.22.0264.F, 9 februari 2023 *JLMB* 2023, afl. 13, 564; *REDI* 2023, afl. 1, 50.



dit geval betrof het een bestuurder en werkend vennoot in een VOF die via een franchiseovereenkomst een supermarkt uitbaatte en (zie *infra*).³⁵

IV. Kwalificatie van bestuurders als onderneming na de Cassatiearresten: aanwezigheid van menselijke, financiële en materiële middelen

A. De organisatievereiste zoals ingevuld door het Hof van Cassatie

13. Natuurlijke persoon met zelfstandige beroepsactiviteit: niet per se organisatie – Uit de Cassatierechtspraak volgt dat voortaan niet enkel moet getoetst worden of de betrokken natuurlijke persoon op zelfstandige wijze een beroepsactiviteit uitoefent, maar *bijkomend* ook of die natuurlijke persoon een eigen organisatie heeft.³⁶ Er wordt met andere woorden een nieuwe, derde, vereiste, toegevoegd aan de kwalificatioefening uit de vroegere meerderheidsopvatting. Het Hof van Cassatie geeft daarbij zelf niet uitdrukkelijk aan op welke wettelijke grondslag deze toevoeging precies is gebaseerd. In de lagere rechtspraak wordt de organisatie-vereiste verantwoord door de aanhef van artikel I.1, lid 1, 1° WER, en met name de zinssnede “elk van volgende organisaties”.³⁷ Het standpunt van het Hof van Cassatie, in principe te volgen door de hoven en rechtenbanken willen zij vermijden dat hun uitspraken worden verbroken, zou dan inhouden dat deze aanhef al reeds een constitutieve vereiste op zich inhoudt, namelijk dat er sprake moet zijn van een organisatie. Concreet impliceert dit dat een natuurlijke personen slechts als onderneming kan kwalificeren wanneer deze: (i) op zelfstandige basis, (ii-a) met regelmaat en (ii-b) gericht op het behalen van een inkomen een bepaalde activiteit uitoefent en, op die manier, (iii) een eigen organisatie vormt. Het is aan de bestuurder om in geval van betwisting hieromtrent aan te tonen dat er in diens hoofde een geheel van materiële, financiële of menselijke middelen bestaat, ingezet met het oog op de zelfstandige uitoefening van een beroepsactiviteit. Terecht verduidelijkt het arbeidshof te Brussel dat het gebruik van het woord ‘of’ in de opsomming van de middelen die voor een ‘organisatie’ zijn vereist, niet om een cumulatieve opsomming gaat.³⁸

Wat de invulling van de eerste twee criteria betreft, is er o.i. geen reden om de vroegere meerderheidsopvatting te verlaten. Wat de invulling van het nieuwe, derde criterium betreft, verduidelijken de Cassatiearresten dat onder een ‘eigen organisatie’ moet worden begrepen: “*un agencement de moyens matériels, financiers ou humains*”. In hetgeen hierna volgt, wordt geanalyseerd hoe deze voorwaarden worden ingevuld in de rechtspraak.

14. Menselijke middelen – De inzet van menselijke middelen (*moyens humains*) zal in principe steeds aan de orde zijn. Het is immers de bestuurder-natuurlijk epersoon die zijn diensten ter beschikking stelt van de rechtspersoon (meestal tegen een vergoeding).³⁹ Om te vermijden dat er bij fictieve mandaten al te snel sprake zou zijn van de inzet van menselijke middelen, dienen deze middelen ook op een stabiele en consequente, of werkelijke, wijze te worden ingezet ten dienste van de rechtspersoon.⁴⁰ Het lijkt daarbij van geen belang of en hoeveel werknemers de bestuurde rechtspersoon zelf in dienst heeft, laat staan dat de bestuurder als natuurlijke persoon zelf over personeel zou moeten beschikken. Zo merkt ook het arbeidshof te Brussel op dat het begrip ‘organisatie’ ruim en soepel beoordeeld moet worden.

³⁵ Zie ook J. VANANROYE, “Cassatie over de bestuurder als onderneming: ‘je persiste et signe’”, Corporate Finace Lab 2023 (blog), <https://corporatefinancelab.org/2023/03/06/cassatie-over-de-bestuurder-als-onderneming-je-persiste-et-signe/>.

³⁶ Zie ook I. VEROUUGSTRAETE, “Un chef d’entreprise est-il une entreprise ? La Cour de cassation montre la voie”, *INFORO* 2022, nr. 2, 8-13.

³⁷ Arbh. Brussel 6 maart 2023, nr. 2023/BB/2, *TIBR* 2023, afl. 1, RS-114.

³⁸ Zie ook Arbh. Brussel 6 maart 2023, nr. 2023/BB/2, *TIBR* 2023, afl. 1, RS-114. Zie ook Arr. Antwerpen 14 juni 2022, *TRVRPS* 2022, afl. 6, 508.

³⁹ Zie ook Arbh. Luik (afd. Namen) 12 december 2022, *TRV/RPS* 2023, afl. 1, 62.

⁴⁰ Zie Arbh. Brussel 6 maart 2023, nr. 2023/BB/2, *TIBR* 2023, afl. 1, RS-114.



Volgens het hof vereist dit, gezien het ontbreken van een wettelijke definitie, zeker niet in hoofde van de natuurlijke persoon “het voeren van een eigen boekhouding of het beschikken over eigen personeelsleden⁴¹”. Voor de vereiste ‘inzet van menselijke middelen’ volstaat dus dat een natuurlijke persoon een reële activiteit als bestuurder uitoefent. Op dit punt voegt de cassatierechtspraak dus weinig toe.

15. Financiële middelen – Dat er financiële middelen aanwezig moeten zijn (*moyens financiers*) opdat van een organisatie sprake kan zijn, wordt in de rechtspraak volgend op de cassatiearresten – enigszins opmerkelijk – gelinkt aan het feit dat de bestuurder zich persoonlijk borg heeft gesteld voor de kredieten van de vennootschap⁴² of, meer algemeen, een investering in die onderneming heeft gedaan. Zo gaat het arbeidshof te Brussel ervan uit dat de persoonlijke borgstelling van de bestuurder ten voordele van de vennootschap of het aangaan van een kredietovereenkomst om bv. materiaal aan te kopen om de activiteiten uit te oefenen, wijst op het bestaan van een organisatie in hoofde van de bestuurder.⁴³ De arrondissementsrechtbank te Limburg verwijst eveneens naar het feit dat de bestuurder zich persoonlijk en hoofdelijk borg heeft gesteld voor de rechtspersoon en ziet dit als het nemen van een ondernemingsrisico.⁴⁴ Voor bestuurders-aandeelhouders haalt het arbeidshof te Luik de aanwezigheid van financiële middelen uit de inbreng die is gedaan in de rechtspersoon aan.⁴⁵

Deze rechtspraak zoekt het wat ons betreft evenwel te ver als het op het aanmerken van ‘financiële middelen’ als onderdeel van de organisatievereiste aankomt. De inzet van financiële middelen kan in ieder geval niet gereduceerd worden tot de vraag of de natuurlijke persoon kredieten is aangegaan of zekerheden heeft gesteld ten behoeve van de rechtspersoon, of bepaalde (andere) investeringen heeft verricht in die rechtspersoon. Louter om die reden kan de hoedanigheid van onderneming in hoofde van een bestuurder niet worden ontzegd.⁴⁶ Meer nog, de rechtspersoon en de natuurlijke persoon moeten net als twee onderscheiden organisaties worden beschouwd, daar draait net de achtergrond van het ganse kwalificatievraagstuk rond. Investerings die de betrokken natuurlijke persoon in de rechtspersoon heeft verricht, zijn weinig relevant om de organisatie van de natuurlijke persoon-bestuurder te beoordelen. Waar het hier o.i. over gaat zijn de vermogensstromen die door de beroepsactiviteit als bestuurder worden veroorzaakt, enerzijds de inkomsten die op die manier worden gegenereerd en anderzijds de verplichtingen die in dat verband worden aangegaan. Wat dit laatste betreft, kan niet alleen aan professionele kredieten worden gedacht, maar ook de sociale bijdragen die men als bestuurder verschuldigd is en de belastingen op de bedrijfsleidersbezoldiging. Teruggrijpend naar de vroegere meerderheidsopvatting, durven wij zelfs te stellen dat de vereiste inzet van financiële middelen in belangrijke mate samenvalt met de vereiste dat het bestuursmandaat gericht moet zijn op het behalen van een inkomen.

16. Materiële middelen – Tot slot is er de inzet van materiële middelen (*moyens matériels*), of de vraag of de natuurlijke persoon ook nog andere zaken hanteert om zijn zelfstandige activiteit te ontplooiën. Volgens het hof van beroep te Brussel volstaat het op dit vlak dat de bestuurder over de nodige middelen beschikt om zijn mandaat uit te oefenen, zoals een computer (met de nodige software), een telefoon, een internetverbinding, een auto, een kantoor etc.⁴⁷ Op nagenoeg dezelfde wijze oordeelt het arbeidshof te Brussel dat, specifiek wat een bestuursmandaat betreft, aangenomen moet worden dat het geheel van materiële, financiële of menselijke middelen dat noodzakelijk is om deze activiteit uit te voeren redelijk beperkt is.⁴⁸ Het hof van beroep te Brussel houdt daarbij rekening met de aard van de activiteit, met

⁴¹ Arbh. Brussel 6 maart 2023, nr. 2023/BB/2, *TIBR* 2023, afl. 1, RS-114.

⁴² Zie ook Orb.. Waals-Brabant 11 april 2022, nr. O/22/00092, *TIBR* 2022, afl. 2, RS-164.

⁴³ Zie bv. Arbh. Brussel 6 maart 2023, nr. 2023/BB/2, *TIBR* 2023, afl. 1, RS-114.

⁴⁴ Arr. Limburg 17 oktober 2022, nr. 22/8/E, *Limb.Rechtsl.* 2023, afl. 2, 91, noot I. VANWALLEGHEM en N. APPERMONT.

⁴⁵ Arbh. Luik (afd. Namen) 12 december 2022, *TRV/RPS* 2023, afl. 1, 62

⁴⁶ Vgl. Orb.. Waals-Brabant 27 juni 2022, nr. O/21/00216, *JDSA* 2022, afl. 1, 88, noot J. RENARD en V. GHAZOUANI.

⁴⁷ Brussel 6 maart 2023, nr. 2023/BB/2, *TIBR* 2023, afl. 1, RS-114. Zie ook Orb.. Henegouwen (afd. Charleroi) 28 november 2022, nr. O/22/000270, *TRV/RPS* 2023, afl. 4, 279

⁴⁸ Zie ook W. DAVID, « Les dirigeants d'entreprise(s) sont-ils eux-mêmes des entreprises ? Quelques réflexions à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2022 » in N. OUCHINSKY (ed.) *Actualités en droit de l'insolvabilité*, Larcier, Brussel, 2022, (10) 19.



name beleid en beleidsbeslissingen, zodat deze kan worden uitgevoerd wanneer men beschikt over een beperkt aantal middelen, zoals bv. computer/laptop, gsm, internet, e-mailadres, kantoor.⁴⁹

Bovendien is het hof van mening dat het niet per se moet gaan om persoonlijke middelen van de bestuurder, maar dat er ook (of zelfs) sprake kan zijn van een organisatie in de hypothese dat deze middelen aan hem *ter beschikking gesteld* worden door de vennootschap waarin hij bestuurder is.⁵⁰ Op dezelfde wijze is het volgens het hof van beroep te Brussel niet van belang wie die middelen heeft gekocht of ter beschikking heeft gesteld.⁵¹ Voor dit laatste wordt steun gevonden in het feit dat de Cassatiearresten zelf niet bepalen of de organisatie intern of extern aan de vennootschap dient te zijn, en dit in tegenstelling tot de conclusies van de advocaat-generaal.⁵² Omgekeerd kan het overigens ook voorvallen dat de bestuurder zijn persoonlijk onroerend goed ter beschikking stelt van de rechtspersoon. Of de rechtspersoon nu materiële middelen ter beschikking stelt aan de bestuurder, dan wel of de bestuurder materiële middelen ter beschikking stelt aan de rechtspersoon, m.a.w. de juridische eigendomstitel, kan geen doorslaggevend element zijn in het kwalificatievraagstuk. Het draait immers om de inzet van materiële middelen voor de zelfstandige beroepsactiviteit van de natuurlijke persoon die (desgevallend) als onderneming kwalificeert. De rol van andere ondernemingen speelt daarbij geen rol. Het volstaat dat de bestuurder de vrije en rechtmatige beschikking heeft over materiële middelen om zijn mandaat uit te oefenen. De bestuurder hoeft geen eigenaar te zijn van deze middelen, een andere titel (zoals een gebruiksrecht) die hem toelaat de goederen voor de uitoefening van zijn ondernemingsactiviteit te gebruiken, volstaat evenzeer. In ieder geval lijkt ook de vereiste inzet van materiële middelen om als ‘organisatie’ te kwalificeren ons in de praktijk doorgaans weinig problemen te zullen opleveren ten aanzien van bestuurders van rechtspersonen.

B. Afwijkende rechtspraak

17. Organisatie: afwijkende benaderingen uit de rechtspraak – Uit voorgaande analyse volgt dat een eigen organisatie bestaat zodra de bestuurder van de rechtspersoon over de nodige (menselijke, financiële en materiële) middelen beschikt om zijn mandaat uit te oefenen.⁵³ Ondanks dat uit de Cassatierechtspraak lijkt voort te vloeien dat dit een (‘nieuwe’) afzonderlijke voorwaarde betreft⁵⁴, moet worden vastgesteld dat de toevoeging door het Hof van Cassatie allerminst eenduidig en in sommige gevallen zelfs met wat verzet door de rechtspraak wordt onthaald.

Vooreerst kan worden verwezen naar de eerder aangehaalde arresten van het hof van beroep te Brussel waarbij de vereiste van een organisatie weliswaar wordt gerespecteerd, maar daaraan een zeer beperkte invulling en belang wordt gegeven.

Nog verregaander is het hof van beroep te Antwerpen dat volledig ingaat tegen het oordeel van het Hof van Cassatie. Het hof treedt het standpunt dat een natuurlijke persoon slechts als een onderneming in de zin van artikel I.1, lid 1, 1^o, (a) WER kan worden gekwalificeerd wanneer hij of zij aantoont een organisatie te vormen die bestaat uit een inrichting van materiële, financiële en menselijke middelen met het oog op het uitoefenen van een zelfstandige beroepsactiviteit niet bij. Het hof stelt immers vast dat de bedoeling van de wetgever om het ondernemingsbegrip afhankelijk te stellen van het bestaan van een organisatie niet kan worden afgeleid uit de parlementaire voorbereidingen of uit de wettekst. De organisaties die worden opgesomd in artikel I.1, lid 1, 1^o WER zijn volgens het hof al een onderneming.

⁴⁹ Brussel 6 maart 2023, nr. 2023/BB/2, *TIBR* 2023, afl. 1, RS-114.

⁵⁰ Arbh. Brussel 6 maart 2023, nr. 2023/BB/2, *TIBR* 2023, afl. 1, RS-114. Eigen benadrukking.

⁵¹ Zie ook Brussel 25 oktober 2022, nr. 2022/QR/41, 25 oktober 2022, *JLMB* 2023, afl. 13, 569.

⁵² Zie W. DAVID, « Les dirigeants d'entreprise(s) sont-ils eux-mêmes des entreprises ? Quelques réflexions à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2022 » in N. OUCHINSKY (ed.) *Actualités en droit de l'insolvabilité*, Larcier, Brussel, 2022, (10) 20.

⁵³ Zie ook Brussel 25 oktober 2022, nr. 2022/QR/41, 25 oktober 2022, *JLMB* 2023, afl. 13, 569.

⁵⁴ Vgl. W. DERIJCKE, “L’administrateur-entreprise : plongeant dans la piscine d’un curé monothélite”, *HOR* 2022, nr. 144, 27-36.



Elke andere interpretatie zou dan een draagwijdte geven aan “elk van volgende organisaties” die deze vermelding niet heeft.⁵⁵

Ook de arrondissementsrechtbank te Antwerpen geeft een eigen, en zeer beperkte invulling aan de vereiste van een eigen organisatie. Het zou volstaan dat het om een deelnemer aan het rechtsverkeer met eigen rechten en plichten gaat, zoals de natuurlijke personen en de rechtspersonen⁵⁶; een vereiste die logischerwijs steeds vervuld zal zijn.

18. Organisatie: zelfstandig criterium of onderdeel van ‘zelfstandige beroepsactiviteit’ - De concrete invulling van de organisatie vereiste door de hoven rechtbanken houdt verband met de meer fundamentele vraag of de organisatievereiste zoals opgelegd door het Hof van Cassatie een zelfstandig criterium uitmaakt of eigenlijk reeds in de vereiste van een zelfstandige beroepsactiviteit ligt besloten⁵⁷. Vroeger werd dit laatste standpunt al verdedigd. Uit de aanwezigheid van het begrip ‘organisatie’ in de aanhef van artikel I.1, lid 1, 1° WER werd afgeleid dat iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent, *ipso facto* een organisatie is.⁵⁸ Dit standpunt lijkt ons in het licht van de cassatierechtspraak evenwel nog maar moeilijk houdbaar. Cassatie heeft de organisatievereiste immers nadrukkelijk als een te toetsen criterium naar voor geschoven. Ook de omgekeerde redenering verdient o.i. evenwel geen navolging.

De ondernemingsrechtbank van Waals-Brabant stelde in dat verband dat moet worden nagaan of een natuurlijke persoon een onderneming is, in die zin dat hij of zij een organisatie is die als natuurlijke persoon op zelfstandige basis een beroepsactiviteit uitoefent.⁵⁹ Met dat laatste lijkt men aan te geven dat het concept van een eigen organisatie superieur is aan de andere criteria (zelfstandige beroepsactiviteit) en deze overbodig zou maken.

C. Poging tot synthese

19. Organisatie: poging tot synthese – Hoewel wij de uitlegging door het Hof van Cassatie zowel beleidsmatig als juridisch-technisch eerder ongelukkig vinden, menen wij dat de organisatievereiste die het Cassatie aan de kwalificatie van een natuurlijke persoon als ‘onderneming’ heeft toegevoegd, niet – zoals in bepaalde rechtspraak (*cf. supra*) – zonder meer kan worden genegeerd. De ‘nieuwe’ vereiste staat voortaan naast de criteria die vroeger in het kader van de meerderheidsopvatting werden naar voor geschoven. Een analyse van de verschillende criteria leert evenwel dat de organisatievereiste weinig aan de vroegere criteria toevoegt. Tussen de bestanddelen van de organisatievereiste en de vereiste van een zelfstandige beroepsactiviteit bestaat immers een belangrijke overlap. Zoals eerder aangetoond komt de vereiste van ‘menselijke middelen’ overeen met de activiteit van de natuurlijke persoon en komen de ‘financiële middelen’ overeen met de vereiste van het gericht zij op het behalen van een inkomen, zodat de organisatievereiste enkel nog toevoegt dat er bij voorkeur ook ‘materiële middelen’ kunnen worden aangewezen die mede ‘de organisatie’ van de natuurlijke persoon vormen.

20. Alternatieve benaderingen - Hoewel bovenstaande analyse onze voorkeur verdient, merken we op dat in de rechtspraak en rechtsleer ook reeds een andere, evenzeer zinvolle invulling aan de organisatievereiste van het Hof van Cassatie werd gegeven. Daarbij wordt minder belang gehecht aan de invulling die Cassatie zelf aan de organisatievereiste heeft gegeven (*i.e.* samenspel van menselijke, materiële en/of financiële middelen), maar wordt eerder gefocust op de algemene betekenis en draagwijdte van het begrip ‘organisatie’. Het hof van beroep te Antwerpen geeft in die zin aan dat het

⁵⁵ Antwerpen 13 oktober 2022, nr. 2021/AR/1688.

⁵⁶ Arr. Antwerpen 14 juni 2022, *TRVRPS* 2022, afl. 6, 508.

⁵⁷ J. HENRI, « L'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2022 : l'organisation du dirigeant d'entreprise, un concept à l'agencement incertain », *RCJB* 2023, afl. 3, (369) 374.

⁵⁸ Zie bijv. Antwerpen nr. 2020/EV/10, 30 april 2020, *TIBR* 2021, afl. 2, RS-89.

⁵⁹ Zie Orb.. Waals-Brabant 16 mei 2022, nr. O/22/00159, *JDSA* 2022, afl. 1, 87.



concept van een ‘eigen organisatie’ (hoogstens) kan worden gelezen in die zin dat een beroepsactiviteit wordt uitgeoefend op een gestructureerde (geordende, vooraf geplande), stabiele wijze en dit in tegenstelling tot geïsoleerde, sporadische verrichtingen.⁶⁰ In deze optiek ligt de organisatievereiste zeer dicht bij wat onder de vroegere meerderheidsopvatting wordt vereist opdat van een ‘beroepsactiviteit’ zou kunnen worden gesproken⁶¹. Bovendien ligt deze invulling in de lijn van de interpretatie die, mede door de het Hof van Justitie, aan het ondernemingsbegrip in het kader van de Wet betalingsachterstand wordt gegeven.⁶²

Vanuit conceptueel oogpunt had het Hof van Cassatie de door haar geïntroduceerde organisatievereiste beter kunnen laten aanknopen bij of inkapselen in het concept van de ‘beroepsactiviteit’. Er zou dan niet enkel vereist zijn dat de zelfstandige activiteit met een zekere regelmaat wordt uitgeoefend en met het oogmerk om een inkomen te behalen, maar ook dat dit op een georganiseerde wijze gebeurt (d.i. in het kader van een geheel van materiële, financiële of menselijke middelen). Die eigen organisatie moet dan louter de natuurlijke persoon in staat stellen om zijn of haar zelfstandige beroepsactiviteit uit te oefenen. De bestuurder heeft bepaalde middelen nodig om zijn zelfstandige beroepsactiviteit te *kunnen* uitoefenen. Zonder het bestaan van een eigen organisatie, kan er die optiek geen zelfstandige beroepsactiviteit worden uitgeoefend.

V. Prejudicieel arrest Grondwettelijk Hof voegt weinig toe

21. Iedere bestuurder een onderneming? – In 2023 kreeg ook het Grondwettelijk Hof de kans om zich uit te spreken over het kwalificatievraagstuk naar aanleiding van twee prejudiciële vragen gesteld door de ondernemingsrechtbank van Henegouwen⁶³. Die rechtbank had een bestuurder failliet verklaard, omdat zij van mening was dat de betrokken natuurlijke persoon, in zijn hoedanigheid van bestuurder van een rechtspersoon, een onderneming was in de zin van artikel I.1, lid 1, 1°, (a) WER, en dat hij het bestaan van een eigen organisatie, zoals vereist door de Cassatierechtspraak, kon bewijzen. De curator was het evenwel niet eens met die analyse, daar de bestuurder volgens hem niet over een eigen organisatie zou beschikken, los van de organisatie van de rechtspersoon. Naar aanleiding van het derdenverzet besluit de ondernemingsrechtbank dan dat er *in concreto* geen omstandigheden zijn die het bestaan van een zelfstandige beroepsactiviteit aantonen (in hoofdberoep, of in bijberoep), naast het bestuursmandaat *an sich*.⁶⁴

De ondernemingsrechtbank Henegouwen gaat evenwel verder en meent dat artikel XX.99 WER op twee wijzen kan worden geïnterpreteerd wanneer het aankomt op het kwalificatievraagstuk met betrekking tot bestuurders. Natuurlijke personen kunnen (enkel) failliet worden verklaard wanneer zij een ‘zelfstandige’ beroepsactiviteit uitoefenen. Ten eerste kan dit volgens de rechtbank zodanig geïnterpreteerd worden dat de uitoefening van een beroepsactiviteit als zelfstandige veronderstelt dat de natuurlijke persoon dit doet in eigen naam en voor eigen rekening en op professionele en onafhankelijke wijze. Bestuurders zouden dan louter op basis van dit mandaat geen onderneming zijn, omdat zij enkel handelingen stellen in naam en voor rekening van de rechtspersoon die zij besturen (zie *infra*). Toch stelt de rechtbank vast dat binnen deze interpretatie de bestuurder nog steeds een eigen zelfstandige beroepsactiviteit *kan* hebben die verschilt van de activiteit die hij of zij als vennootschapsorgaan uitoefent. Die zelfstandige beroepsactiviteit zou dan zichtbaar moeten zijn voor derden, hetgeen volgens de rechtbank tot uiting komt via een combinatie van materiële, financiële of menselijke middelen. Ten tweede zouden de bepalingen volgens de ondernemingsrechtbank ook zodanig kunnen geïnterpreteerd

⁶⁰ Antwerpen 13 oktober 2022, nr. 2021/AR/1688.

⁶¹ Zie 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, afl. 2, RL-19-32.

⁶² Zie ook Orb.. Henegouwen (afd. Charleroi) 31 oktober 2022, nr. O/22/00299, 31 oktober 2022, *JT* 2023, afl. 6928, 101.

⁶³ G. VANDENBOSSCHE, "Kwalificatie bestuurders als onderneming: onduidelijke prejudiciële vragen zonder antwoord" (noot onder GwH 16 maart 2023, nr. 47/2023), *NJW* 2023, afl. 488, 700-702.

⁶⁴ GwH 16 maart 2023, nr. 47/2023, *NJW* 2023, afl. 488, 698, noot G. VANDENBOSSCHE; *REDI* 2023, afl. 2, 81, noot Z. PLETINCKX en C. ALTER.



worden dat een bestuurder, louter op basis van deze hoedanigheid, steeds een onderneming is, onder meer gelet op het feit dat zij uitdrukkelijk worden uitgesloten van de boekhoud- en KBO inschrijvingsplicht.^{65, 66}

22. Niet iedere bestuurder is een onderneming – Uitgaande van die tweede interpretatie, waarbij iedere natuurlijke persoon met de hoedanigheid van bestuurder een onderneming is, bevreemdt de ondernemingsrechtbank het Grondwettelijk Hof over de bestaanbaarheid van I.1, 1° WER en XX.99 WER met het gelijkheids- en non-discriminatie-beginsel. Het Hof merkt hierover – terecht – op dat het ondernemingsbegrip op geen enkele manier rechtstreeks verwijst naar de functie van bestuurder en verwijst naar voormelde Cassatierechtspraak, om daaruit af te leiden dat duidelijk niet elke bestuurder als onderneming kan worden aangemerkt. Evenmin wordt bij de vraagstelling aangegeven waarom de interpretatie van het Hof van Cassatie verkeerd zou zijn. Het Hof stelt daarom dat de vraag op een verkeerde interpretatie van het ondernemingsbegrip berust en daarom geen antwoord behoeft.⁶⁷

23. Onderscheid met de rechtspersoon – Ten tweede stelde de ondernemingsrechtbank de vraag of voormelde bepalingen het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel schenden indien zij zo worden geïnterpreteerd dat bestuurders enkel als onderneming worden beschouwd wanneer zij een eigen beroepsactiviteit ontplooiën waarbij zij persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld met hun vermogen en die door derden wordt waargenomen als een andere activiteit dan die van de bestuurdde rechtspersoon. Het Hof stelt echter vast dat uit de vraagstelling niet blijkt of het wordt verzocht zich uit te spreken over de grondwettigheid van een verschil in behandeling of van een gelijke behandeling. Evenmin worden de categorieën van de te vergelijken personen geïdentificeerd. Nu de prejudiciële vraag niet alle noodzakelijke elementen bevat, kan het Hof zich ook niet uitspreken over een mogelijke schending van de beginselen.⁶⁸

24. Gemiste kans voor grondwettelijke toetsing – Beide prejudiciële vragen werden bijgevolg niet beantwoord door het Grondwettelijk Hof. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid en de rechtsvorming valt het te betreuren dat het Hof zich niet over deze aangelegenheid heeft uitgesproken. Het toepassingsgebied van bepalingen inzake schuldkwijtschelding in het commercieel insolventierecht vormt immers absoluut een interessant voorwerp voor een prejudiciële vraag.⁶⁹

Klassiek wordt de rechtvaardiging van het verschil in behandeling van ‘ondernemers’ en consumenten op dit punt gevonden in het feit dat natuurlijke personen die een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefenen een ‘ondernemingsrisico’ dragen. Het nemen van een dergelijk risico zou de *fresh start*-gedachte met schuldkwijtschelding rechtvaardigen. Alleen is het nemen van een ondernemingsrisico geen wettelijke voorwaarde opdat een natuurlijke persoon zou kunnen worden aangemerkt als een onderneming.

25. Parlementaire vraag: netelige beleidsmatige kwestie – Dat het toekennen van schuldkwijtschelding aan bestuurders beleidsmatig moeilijk ligt, blijkt ook uit het antwoord van de

⁶⁵ Art. III.82, §1, lid 2, 1° WER en art. III.49, §2, 6° WER.

⁶⁶ Orb.. Henegouwen (afd. Charleroi), 28 november 2022, nr. O/22/000270.

⁶⁷ GwH 16 maart 2023, nr. 47/2023, *NJW* 2023, afl. 488, 698, noot G. VANDENBOSSCHE; *REDI* 2023, afl. 2, 81, noot Z. PLETINCKX en C. ALTER.

⁶⁸ GwH 16 maart 2023, nr. 47/2023, *NJW* 2023, afl. 488, 698, noot G. VANDENBOSSCHE; *REDI* 2023, afl. 2, 81, noot Z. PLETINCKX en C. ALTER.

⁶⁹ Zoals de ondernemingsrechtbank in het bodemvonnis terecht aanhaalt kan worden geargumenteed dat insolvente natuurlijke personen zich in een identieke situatie bevinden, ongeacht of zij een onderneming (volgens de rechtbank valt dit dan samen met de hoedanigheid van bestuurder) zijn, dan wel een particulier. In beide gevallen is de natuurlijke persoon aansprakelijk voor zijn of haar persoonlijke schulden. Nochtans worden zij verschillend behandeld nu ondernemingen onder het toepassingsgebied van het commerciële insolventierecht met de sterk uitgewerkte *fresh start*-gedachte vallen en niet-ondernemingen een beroep moeten doen op de procedure van collectieve schuldenregeling, die het principe van schuldkwijtschelding niet als uitgangspunt hanteert. De vraag is of dit onderscheid (nog) te rechtvaardigen is. Zie G. VANDENBOSSCHE, “Natural person ltd. : towards a unified discharge regime for entrepreneurs and consumers”, *Internat. Insolv. Rev.* 2023, afl. 32(1), 122-155; G. VANDENBOSSCHE, “De (on)zin van commerciële vs. particuliere schuldkwijtschelding”, *Corporate Finance Lab* 2023 (blog), corporatefinancelab.org/2023/05/04/de-onzin-van-commerciele-vs-particuliere-schuldkwijtschelding/.



bevoegde minister op een parlementaire vraag⁷⁰. De minister stelt daarin dat de toepassing van het begrip ‘onderneming’ op bestuurders van rechtspersonen een “ongewenst effect” heeft. *“Bestuurders kunnen aldus dankzij de kwijtschelding bevrijd worden van alle schulden, ook van private aard. Het stelsel van het faillissement lijkt meer aantrekkelijk in bepaalde gevallen dan een collectieve schuldenregeling. Dit maakt een oneigenlijk gebruik uit van het faillissement”*, aldus de minister. De minister wijst er tegelijkertijd wel op dat personen waarvan het beroep bestaat in het leiden van een vennootschap of vereniging *“naar de maatstaven van het Wetboek van economisch recht een onderneming kunnen zijn”*, maar dat de loutere uitoefening van een bestuursmandaat niet volstaat om te spreken van een “beroep”. *“De leden van de organen per se beschouwen als ondernemingen is moeilijk te verzoenen met het beginsel dat een orgaan zich niet persoonlijk verbindt voor de verbintenissen van de rechtspersoon”*, meent de minister. Ook hier lijkt dus impliciet teruggeliept te worden naar (de afwezigheid van) het concept van ondernemingsrisico.

Het feit dat de bestuurder optreedt in naam en voor rekening van de rechtspersoon – en daarbij dus niet zichzelf verbindt in de uitoefening van het mandaat – is o.i. in deze evenwel niet relevant. Zoals hierna nog verder zal worden geduïd, gaat dit uit van een verkeerde analyse van het concept van de ‘beroepsactiviteit’. In hoofde van een bestuurder bestaat die activiteit in de eerste plaats uit de diensten die hij ten aanzien van de rechtspersoon levert, aangevuld met de beslissingen en verrichtingen die hij op zelfstandige wijze neemt en doet om deze dienstverlening mogelijk te maken. Welke handelingen de bestuurder stelt *in de uitoefening van zijn mandaat* doen daarbij weinig ter zake. De handelsagent biedt op dit vlak een ideaal vergelijkingspunt. Ook de handelsagent verbindt in de uitoefening van zijn opdracht niet zichzelf, maar enkel zijn principaal. Niemand die er vandaag evenwel aan twijfelt dat de handelsagent een onderneming is.

VI. Bijkomende overwegingen bij het kwalificatievraagstuk *de lege lata*

A. Onterechte contra argumenten

26. Optreden in naam en voor rekening van? – Het bezwaar tegen de kwalificatie van bestuurders als onderneming dat juridisch het meest steek houdt, is gebaseerd op het feit dat bestuurders niet voor eigen rekening handelen, maar daarentegen als bestuurder optreden in naam en voor rekening van de vennootschap (*cf. supra*).⁷¹ Het Hof van Cassatie heeft dit argument evenwel – terecht – niet weerhouden. Het gaat immers niet over de vraag of de bestuurder een beroepsactiviteit ‘zelfstandig’ uitoefent in zijn verhouding tot de derden die met de vennootschap contracteren. Het gaat er daarentegen over dat de bestuurder een zelfstandige activiteit verricht jegens de vennootschap en jegens derden waarmee hij persoonlijk contracteert.⁷² Het besturen van een rechtspersoon impliceert het verrichten van diensten ten voordele van de rechtspersoon; deze vormen een zelfstandige activiteit.⁷³ Dat de natuurlijke persoon *als* bestuurder handelt in naam en voor rekening van de rechtspersoon, staat de kwalificatie als onderneming dan ook niet in de weg. De eerder gemaakte vergelijking met de handelsagent, vormt o.i. de beste illustratie dat de redenering gebaseerd op het handelen in naam en voor rekening niet (langer) op gaat.

27. Optreden voor één opdrachtgever? – Nauw verwant met het voorgaande is het standpunt dat (voornamelijk) bestuurders van één rechtspersoon geen georganiseerde onderneming zouden zijn. De

⁷⁰ *Vr. en Antw.* Kamer 2022-23, 21 april 2023, nr. 55/109, 237 (Vr. nr. 1812 M. DEPRAETERE).

⁷¹ Zie Orb.. Antwerpen (afd. Turnhout) 19 november 2019, nr. O/19/00474, *TIBR* 2021, afl. 2, RS-18. Zie ook, met verdere verwijzingen, 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, afl. 2, RL-23.

⁷² Antwerpen 28 november 2019, *TRV-RPS* 2020, 332, noot M. ROELANTS.

⁷³ Zie ook Arbh. Luik (afd. Namen) 12 december 2022, *TRV/RPS* 2023, afl. 1, 62.



redenering luidt dan dat in principe slechts het waarnemen van *meerdere* bestuursmandaten in een georganiseerde context kan gebeuren.⁷⁴ Een bestuurder die exclusief optreedt ten aanzien van één ‘opdrachtgever’ wordt daar als het ware mee vereenzelvigd en zou om die reden niet als onderneming kunnen kwalificeren.

Bovenstaande redenering is geheel onterecht. Ten aanzien van hoeveel opdrachtgevers een natuurlijke persoon die niet in dienstverband opereert, zijn diensten verleent is irrelevant. Een andere opvatting op dit punt zou ervoor zorgen dat alle zelfstandigen die hun diensten slechts ten voordele van één entiteit aanbieden en omtrent wiens kwalificatie als onderneming momenteel niet de minste discussie bestaat, plots ook niet langer als onderneming kunnen worden beschouwd⁷⁵. Hierbij valt in de eerste plaats te denken aan de vele duizenden beoefenaren van vrije beroepen in grotere organisaties (in het bijzonder advocaten, architecten en artsen) en de zelfstandige consultants in grote revisorenkantoren, maar ook “dichter bij huis” de werkende vennoten in personenvennootschappen over wiens kwalificatie als “onderneming” nog nooit veel twijfel lijkt te hebben bestaan.⁷⁶

B. Impact van de Herstructureringsrichtlijn

28. Richtlijnconformiteit van het ondernemingsbegrip – Aangezien het materiële insolventierecht voortaan ook van op het Europese niveau wordt aangestuurd, is het nuttig om na te gaan of er aanknopingspunten voor de kwalificatie van bestuurders als ondernemingen gevonden kunnen worden in Richtlijn 2019/1023 (EU) betreffende herstructurering en insolventie. Die richtlijn verplicht lidstaten om voor ondernemers minstens één procedure te voorzien die tot volledige schuldkwijtschelding kan leiden binnen een maximumperiode van drie jaar.⁷⁷ Een ondernemer is volgens Richtlijn 2019/1023 “*een natuurlijke persoon die een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent*”. Vooral door het gebruik van “beroepsactiviteit” lijkt er een erg ruim toepassingsgebied verbonden te zijn aan dit Europees ondernemingsbegrip. Uit de Franstalige wettekst van diezelfde bepaling lijkt echter te volgen dat het de bedoeling was om daarmee te verwijzen naar de vrije beroepen: “*une personne physique exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*”,⁷⁸ wat waarschijnlijker lijkt⁷⁹. De memorie van toelichting bij de omzetting van de Richtlijn merkt hierover op dat het begrip “onderneming” in de zin van het WER een veel ruimere draagwijdte heeft dan deze in de Richtlijn, en onder meer de rechtspersonen en de natuurlijke personen omvat die een beroepsactiviteit van welke aard dan ook uitoefenen.⁸⁰ Daarmee lijkt de Belgische wetgever – terecht - aan te knopen bij de Franstalige richtlijntekst. In dit opzicht is het verder belangrijk dat in de overwegingen bij de Richtlijn expliciet wordt benadrukt dat “*de positie van bedrijfsleiders of -directeurs door het begrip "ondernemer" in de zin van deze richtlijn onverlet [wordt] gelaten en in overeenstemming met het nationaal recht [moet] worden behandeld*”⁸¹. Uit Richtlijn 2019/1023 kan dus niet zonder meer worden afgeleid dat de Europese wetgever de intentie had om bestuurders van rechtspersonen onder het toepassingsgebied van commerciële kwijtscheldingsprocedures te laten vallen.

⁷⁴ Zie hierover I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Edition 2019, Luik, Wolters Kluwer, 2019, 48. Zie ook Orb.. Waals-Brabant 27 juni 2022, nr. O/21/00216, JDSA 2022, afl. 1, 88, noot J. RENARD en V. GHAZOUANI.

⁷⁵ Z. PLETINCKX, « Le dirigeant d'entreprise peut-il être déclaré en faillite ? Fin d'une controverse ou début de nouvelles discussions », *JT* 2022, afl. 6899, 317-323 ; W. DAVID, « Les dirigeants d'entreprise(s) sont-ils eux-mêmes des entreprises ? Quelques réflexions à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2022 » in N. OUCHINSKY (ed.) *Actualités en droit de l'insolvabilité*, Larcier, Brussel, 2022, (10) 11 ; N. APPERMONT en I. VANWALLEGHEM, “Cassatie over de kwalificatie van vennootschapsbestuurders als onderneming : the saga continues”, *TRVRPS* 2022, afl. 6, 496-507.

⁷⁶ Arbh. Brussel 6 maart 2023, nr. 2023/BB/2, *TIBR* 2023, afl. 1, RS-114.

⁷⁷ Titel III, Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), *Ph.L.* 172/18, 26 juni 2019.

⁷⁸ Art. 2., 1., (9) Richtlijn (EU) 2019/1023.

⁷⁹ Zie in die zin ook de Engelstalige (“*profession*”) en Duitstalige tekst (“*freiberufliche Tätigkeit*”).

⁸⁰ *Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 55-3231/001, 6.

⁸¹ Overweging (73) Richtlijn (EU) 2019/1023.



29. **Standpunt Raad van State** – Zeer interessant in dit verband is dat de Raad van State in haar advies bij de omzetting van Richtlijn 2019/1023 in het Belgisch nationaal recht opmerkt dat, indien op basis van de Cassatierechtspraak rekening wordt gehouden met de vereiste van een “organisatie”, het niet vaststaat dat die definitie alle gevallen omvat waarop de Richtlijn betrekking heeft. De definitie van het WER bevat dan volgens de Raad van State een element dat niet in de definitie van de richtlijn te vinden is, en dreigt zo restrictiever te zijn “*in het bijzonder in het geval van een natuurlijke persoon die zelfstandig een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent zonder dat die activiteit echter voldoende in een structuur is ingebed of op voldoende materiële, financiële of menselijke middelen steunt om als organisatie te kunnen worden beschouwd*”. De Raad van State meent dat in dat opzicht artikel I.1, lid 1, 1°, (a) WER geen volledige omzetting van de richtlijn zou vormen en het de werkingssfeer van de regels vervat in boek XX WER zou beperken op een wijze die niet conform de richtlijn is.⁸²

We treden de Raad van State bij in haar analyse. Wanneer de organisatievereiste al te strikt zou worden geïnterpreteerd bij de toepassing van de artikel XX.99 en XX.173 WER, is het ondernemingsbegrip vervat in het WER mogelijk niet-richtlijnconform. Dit noopt er minstens toe de organisatievereiste, bijvoorbeeld in de context van de kwalificatie van bestuurders als ondernemingen, op een genuanceerde, eerder terughoudende manier in te vullen, in lijn met wat onder Titel 4 van deze bijdrage werd verdedigd.

30. Specifieke wettelijke uitsluiting van bestuurders - Tot slot kan hier worden opgemerkt dat bij de omzetting van de Richtlijn overwogen werd om wettelijk te verankeren dat bestuurders louter op grond van die activiteit niet als een onderneming zouden kunnen worden beschouwd (« *Les administrateurs, gérants, délégués à la gestion journalière, membre du comité de direction ou du conseil de surveillance, ainsi que toute autre personne qui détiennent ou ont effectivement détenu le pouvoir de gérer l'entreprise, ne peuvent, du fait de cette seule activité, être considérés comme une entreprise au sens du présent livre* »⁸³).⁸⁴ Dat is finaal niet gebeurd. De Herstructureringsrichtlijn bood daartoe nochtans wel een expliciet aanknopingspunt (*cf. supra* nr. **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.**). Volgens de minister werd evenwel “*gelet op de kritiek in de rechtsleer en de verwachte verdere ontwikkeling van de rechtspraak*” beslist om “*de rechtspraak ten volle haar rol te laten spelen*”⁸⁵. Los van deze argumentatie die hiervoor wordt gegeven, lijkt het ons in ieder geval een goede zaak dat het voorstel niet werd aangenomen. Zoals werd geargumenteed verschilt de zelfstandige beroepsactiviteit (of dienstverlening) van een bestuurder, als zelfstandige beroepsactiviteit, niet fundamenteel van deze van andere activiteiten of beroepen. De kwalificatie van een activiteit als onderneming, moet dan ook voor elke natuurlijke persoon gebeuren in functie van de feitelijke en juridische omstandigheden waarin die activiteiten worden uitgevoerd. De huidige bepalingen van het WER volstaan om hierover uitsluitel te geven, zodat er geen nood is aan aparte bepalingen voor bestuurders.

C. Antimisbruikmechanismen

31. Vrees voor misbruiken - Het verzet van sommige rechtbanken en commentatoren tegen de (eenvoudige) kwalificatie van bestuurders van rechtspersonen als onderneming lijkt in belangrijke mate voort te vloeien uit een vrees voor misbruiken. In het bijzonder misbruik van de toegang tot de schuldkwijtschelding. Deze vrees is o.i. evenwel onterecht. In de vroegere meerderheidsopvatting, waarvan de criteria ook op vandaag nog steeds gelden (*cf. supra*), zitten immers meerdere anti-misbruikmechanismen ingebouwd.

⁸² *Parl. St. Kamer 2022-23, nr. 55-3231/001, 194-195.*

⁸³ Z. PLETINCKX, *Le dirigeant d'entreprise peut-il être déclaré en faillite ? Fin d'une controverse ou début de nouvelles discussions*, JT 2022, afl. 6899, (317) 322. Zie ook I. VEROUGSTRAETE, “*Un chef d'entreprise est-il une entreprise ? La Cour de cassation montre la voie*”, *INFORO* 2022, nr. 2, 8-13.

⁸⁴ Zie Orb.. Waals-Brabant 27 juni 2022, nr. O/21/00216, *JDSA* 2022, afl. 1, 88, noot J. RENARD en V. GHAZOUANI.

⁸⁵ *Vr. en Antw. Kamer 2022-23, 21 april 2023, nr. 55/109, 237 (Vr. nr. 1812 M. DEPRAETERE).*



32. Bestaande antimisbruikmechanismen - Het belangrijkste mechanisme in dat verband is dat een kwalificatie als onderneming slechts kan worden ontleend aan effectief uitgeoefende bestuursmandaten. Fictieve bestuursmandaten (bijv. in slapende vennootschappen) vormen geen activiteit, laat staan een beroepsactiviteit, in hoofde van de formeel benoemde bestuurder⁸⁶. In dat opzicht is het ook volkomen terecht dat ondernemingsrechtbanken aan de bestuurder in kwesties bewijs vragen van de effectieve uitoefening van het bestuursmandaat. Een loutere publicatie van de benoeming in het Belgisch Staatsblad volstaat niet.

Een tweede antimisbruik- of correctiemechanisme vloeit voort uit de vereiste dat een bestuursmandaat slechts beroepsmatig wordt uitgeoefend wanneer daarbij de intentie bestaat om een beroepsinkomen te realiseren. Onbezoldigde mandaten of mandaten die geen andere vergoeding opleveren dan een onkostenvergoeding, leiden niet tot het statuut van onderneming.

Een derde, en tot dusver in deze context onderbelichte antimisbruikbepaling, betreft de mogelijkheid om ondernemingen-natuurlijke personen het recht op de kwijtschelding geheel of gedeeltelijk te ontzeggen bij toepassing van artikel XX.173, §3 WER. De kwijtschelding van de restschulden van de bestuurder-natuurlijke persoon is uiteindelijk immers waar de ganse discussie met betrekking tot het kwalificatievraagstuk om draait. Natuurlijke personen die misbruik zouden maken van het statuut van bestuurder om de kwijtschelding van hun schulden te bekomen, kunnen dit voordeel van de kwijtschelding worden ontzegd wanneer zij kennelijk grove fouten zouden hebben begaan die hebben bijgedragen tot hun faillissement, of nog wanneer zij wetens naar aanleiding van de aangifte van het faillissement of naderhand op de vragen van de rechter-commissaris of van de curator onjuiste inlichtingen hebben verstrekt, bijvoorbeeld omtrent de realiteit of het bezoldigde karakter van het uitgeoefende mandaat. In toenemende mate zijn wij ervan overtuigd dat meer aandacht moet gaan naar de omstandigheden waarin de kwijtschelding van de restschulden kan of moet worden geweigerd, eerder dan naar de discussie wie al dan niet failliet kan worden verklaard of als onderneming kan worden gekwalificeerd.

VII. Conclusie

Er zou geen discussie meer mogen bestaan over het feit dat een bestuurder van rechtspersonen slechts als een onderneming kan worden bestempeld wanneer hij zijn activiteit ‘zelfstandig’ én als een ‘beroepsactiviteit’ uitoefent. Uit de hier besproken Cassatierechtspraak volgt dat ook de vermelding “elk van volgende *organisaties*” in artikel I.1, lid 1, 1° WER een zelfstandige betekenis heeft.⁸⁷ De uitoefening van een bestuursmandaat door een natuurlijke persoon impliceert opnieuw niet automatisch dat deze over een eigen organisatie beschikt, maar dat dit telkens geval per geval moet worden getoetst, zoals dit ook geldt voor de twee andere criteria.

Hoewel wij overtuigd zijn dat de organisatievereiste na de cassatierechtspraak niet kan worden genegeerd, is uit bovenstaande analyse gebleken dat de toegevoegde rol en betekenis daarvan *de facto* zeer beperkt blijft. Tussen de bestanddelen van de vroegere meerderheidsopvatting en de bestanddelen van de organisatievereiste zoals naar voor geschoven door het Hof van Cassatie bestaat immers een belangrijke overlap.

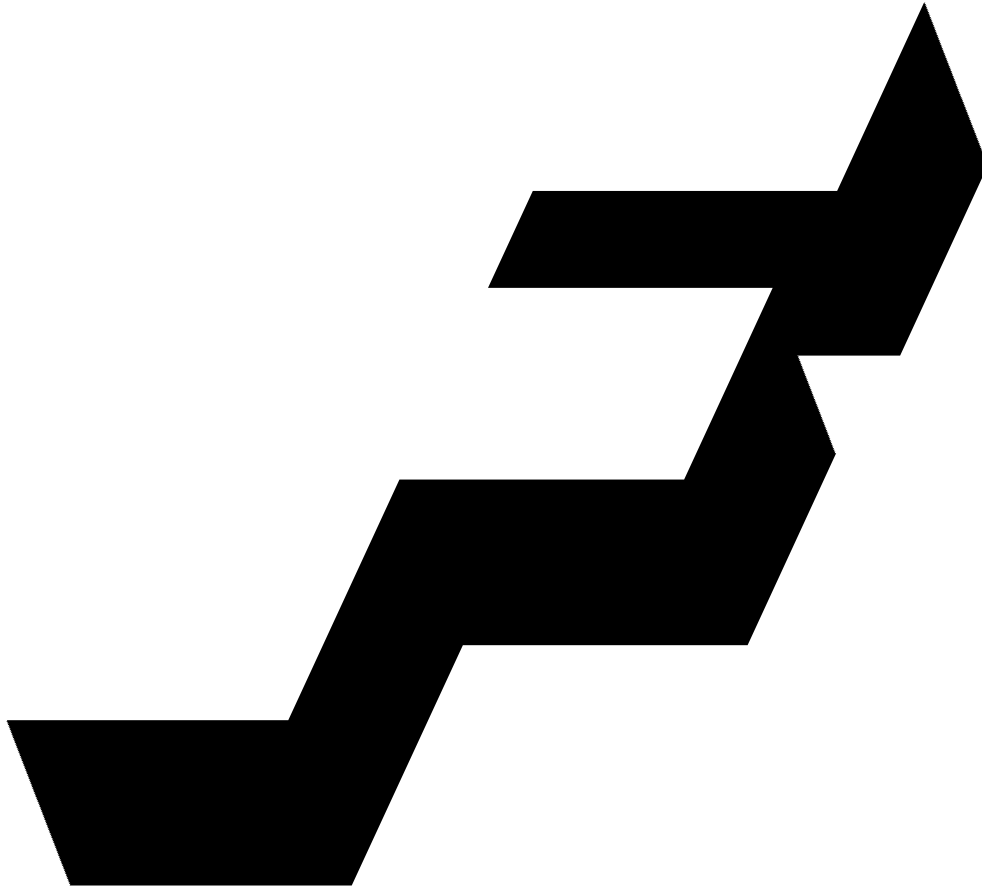
⁸⁶ Zie ook Arr. West-Vlaanderen 21 april 2023, *TGR-TWVR* 2023, afl. 4, 200: “De arrondissementsrechtbank stelt vast dat de vennootschap ‘B.’ nooit is opgericht en verweerder aldus nooit aandeelhouder-bestuurder is geworden. De ondernemingsactiviteiten zijn niet opgestart. In die zin kan de verweerder niet als bestuurder worden aanzien.” Vgl. Arr. Antwerpen 14 juni 2022, *TRVRPS* 2022, afl. 6, 508: “(...), waarbij hij optreedt voor de vennootschap in oprichting, met de bijhorende hoofdelijke aansprakelijkheid, dit eveneens en betekent dit een eventueel financieel engagement buiten de vennootschap om.”

⁸⁷ Zie Arbh. Brussel 6 maart 2023, nr. 2023/BB/2, *TIBR* 2023, afl. 1, RS-114.



Wanneer wordt aangenomen dat het bestaan van een eigen organisatie voortaan een uitdrukkelijke voorwaarde vormt, biedt dit als voordeel dat die toetssteen (inzet van menselijke, financiële of materiële middelen) meer gronden biedt om fictieve bestuursmandaten buiten het commerciële insolventierecht met de *fresh start*-gedachte te houden.

De ganze juridische kwalificatiediscussie omtrent bestuurders van rechtspersonen als ondernemingen, die ondertussen al meer dan vijf jaar woedt, voelt echter toch vooral aan als dansen rond de hete brei. Het betreft immers in eerste instantie een beleidsmatige vraag, op die manier ook uitdrukkelijk benoemd door de Europese regelgever, welke entiteiten aan het faillissementsrecht en de daarmee verbonden schuldkwijtschelding moeten worden onderworpen. Wij zien op dat punt geen duidelijke motieven om bestuurders op een andere manier te behandelen dan andere zelfstandige beroepsbeoefenaars.



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.