

## INSOLVENTIE / INSOLVABILITÉ

**Balans van twee jaar Boek XX WER in de *not-for-profit*-sector***Bram Van Baelen<sup>1</sup>*

|                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Inleiding</b> .....                                                                                         | 732 |
| <b>Deel I. Verruimd toepassingsgebied <i>ratione personae</i></b> .....                                        | 733 |
| § 1. <i>Situatie vóór 1 mei 2018: VZW is geen handelaar, stichtingen bevinden zich in de grijze zone</i> ..... | 733 |
| § 2. <i>Situatie ná 1 mei 2018: Boek XX WER voert formeel ondernemingsbegrip in</i> .....                      | 733 |
| A. <i>Afbakening personeel toepassingsgebied Boek XX WER</i> .....                                             | 733 |
| B. <i>Feitelijke verenigingen zijn nooit een onderneming</i> .....                                             | 734 |
| C. <i>Publiekrechtelijke rechtspersonen vallen niet binnen het toepassingsgebied</i> .....                     | 735 |
| <b>Deel II. Impact van 2 jaar Boek XX WER</b> .....                                                            | 737 |
| § 1. <i>Aantal faillissementen van VZW's, IVZW's en stichtingen</i> .....                                      | 737 |
| § 2. <i>Analyse van faillissementen van VZW's</i> .....                                                        | 738 |
| A. <i>Tijdverloop tussen datum oprichting en datum faillissement</i> .....                                     | 738 |
| B. <i>Analyse activiteiten van gefailleerde VZW's</i> .....                                                    | 739 |
| C. <i>Kleine VZW's en neergelegde jaarrekening</i> .....                                                       | 740 |
| <b>Deel III. Aandachtspunten voor faillissementen in de <i>not-for-profit</i>-sector</b> .....                 | 740 |
| § 1. <i>Bestuurdersaansprakelijkheid bij (I) VZW's en stichtingen</i> .....                                    | 741 |
| § 2. <i>Realisatie van activa uit faillissementsboedel en opdracht van curator</i> .....                       | 743 |
| § 3. <i>Faillissement van VZW's en stichtingen met een acute taak van algemeen belang</i> .....                | 744 |
| <b>Deel IV. Besluit: <i>the proof of the pudding is in the eating</i></b> .....                                | 745 |

**SAMENVATTING**

Met de inwerkingtreding van Boek XX van het Wetboek van economisch recht (WER) werd het personele toepassingsgebied van insolventieprocedures uitgebreid naar alle rechtspersonen. Hierdoor kunnen ook VZW's, internationale VZW's en stichtingen het voorwerp worden van een faillissementsprocedure of een procedure tot gerechtelijke reorganisatie. Tussen 1 mei 2018 en 30 april 2020 gingen 437 VZW's, 4 internationale VZW's en 7 private stichtingen failliet. 2 jaar na de inwerkingtreding van Boek XX WER maakt deze bijdrage een eerste balans op van Boek XX WER in de *not-for-profit*-sector.

In het eerste deel van de bijdrage wordt dieper ingegaan op het verruimde personele toepassingsgebied van Boek XX WER en kwalificatieproblemen bij feitelijke verenigingen en publiekrechtelijke rechtspersonen. Het tweede deel van de bijdrage bevat een analyse van de gefailleerde VZW's op basis van een empirische studie. Daaruit blijkt dat het merendeel van de gefailleerde VZW's een commerciële activiteit voerde. Een tweede vaststelling is dat ook "klas-sieke" VZW's (sportclubs, rusthuizen, kinderdagverblijven, ...) niet ontsnappen aan de gevolgen van Boek XX WER. Op basis van deze vaststelling wordt in het derde deel van de bijdrage ten slotte dieper ingegaan op de compatibiliteit van de regels omtrent de afwikkeling van het faillissement enerzijds en het *not-for-profit*-karakter van VZW's, internationale VZW's en stichtingen anderzijds. Historisch zijn insolventieprocedures immers gericht op het faillissement van vennootschappen. De vraagstukken omtrent continuïteit van subsidiëring, het recht op terugname en het faillissement van rechtspersonen met een acute taak van algemeen belang tonen echter aan dat op een aantal punten een bijzondere regeling voor *not-for-profit*-organisaties aangewezen kan zijn.

<sup>1</sup> Doctoraatsassistent aan het Jan Ronse Instituut voor vennootschaps- en financieel recht (KULeuven) en advocaat.

## RÉSUMÉ

*Avec l'entrée en vigueur du Livre XX du Code de droit économique (CDE), le champ d'application personnel des procédures d'insolvabilité a été étendu à toutes les personnes morales. Ainsi, les ASBL, ASBL internationales et les fondations peuvent désormais elles aussi faire l'objet d'une procédure de faillite ou de réorganisation judiciaire. Entre le 1<sup>er</sup> mai 2018 et le 30 avril 2020, 437 ASBL, 4 ASBL internationales et 7 fondations privées ont fait faillite. La présente contribution dresse un premier bilan, 2 ans après l'entrée en vigueur du Livre XX du CDE dans le secteur not-for-profit.*

*La première partie de l'exposé examine dans le détail le champ d'application personnel élargi du Livre XX CDE, ainsi que les problèmes de qualification que posent les associations de fait et les personnes morales de droit public. La deuxième partie consiste en une analyse des ASBL en faillite, conduite sur base d'une étude empirique. Celle-ci révèle que la majorité des ASBL faillies exerçaient une activité commerciale. Un deuxième constat est que les ASBL "classiques" (clubs sportifs, maisons de repos, crèches, etc.) ne sont pas épargnées par ce Livre XX du CDE. Enfin, sur base de cette observation, la troisième partie de la contribution s'interroge sur la compatibilité des règles relatives au règlement de la faillite avec le caractère non lucratif des ASBL, des ASBL internationales et des fondations. Les procédures de faillite, historiquement destinées aux entreprises, ne sont pas nécessairement adaptées à leurs nouveaux destinataires. La continuité des subventions, le droit de retrait et la faillite des personnes morales investies d'une mission d'intérêt public essentielle sont autant d'éléments laissant penser qu'un régime spécial pour les organisations non marchandes pourrait être souhaitable, à certains égards.*

## INLEIDING

**1. VZW's en stichtingen onderworpen aan insolventierecht** – Op 1 mei 2018 trad Boek XX van het Wetboek economisch recht (WER) "Insolventie van ondernemingen" in werking.<sup>2</sup> Boek XX WER bevat het insolventierecht voor alle ondernemingen en vervangt de vroegere faillissementswet<sup>3</sup> (hierna: Faill.W.) en de wet continuïteit ondernemingen<sup>4</sup> (hierna: WCO).<sup>5</sup> Eén van de meest opvallende veranderingen van het nieuwe Boek XX WER is dat VZW's, internationale VZW's ("IVZW's") en stichtingen voortaan binnen het toepassingsgebied van Boek XX WER vallen en sinds 1 mei 2018 dus onderworpen zijn aan het insolventierecht.<sup>6</sup>

**2. Opzet van bijdrage** – Ondertussen is Boek XX WER meer dan 2 jaar in voege, wat de ideale gelegenheid biedt om

de impact van de nieuwe regelgeving te onderzoeken.<sup>7</sup> In het eerste deel van de bijdrage wordt het verruimde personele toepassingsgebied van Boek XX WER besproken. Hierbij komen zowel het formele ondernemingsbegrip als de uitzonderingen hierop aan bod. Het tweede deel van de bijdrage bevat vervolgens een empirische studie<sup>8</sup> van het aantal faillissementen van VZW's, IVZW's, stichtingen en beroepsverenigingen, waarbij dieper wordt ingegaan op een aantal kenmerken van gefailleerde VZW's (o.a. tijdsverloop tussen oprichting en faillissement, activiteiten van de gefailleerde VZW, en neerlegging van de jaarrekening, en of de VZW een jaarrekening heeft neergelegd in de boekjaren voorafgaand aan het faillissement). In het laatste deel staat de bijdrage ten slotte stil bij een aantal potentiële knelpunten bij het faillissement van (I)VZW's en stichtingen.

<sup>2</sup> Wet van 11 augustus 2017 houdende invoeging van 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 economisch recht (BS 11 september 2017), hierna "Boek XX WER".

<sup>3</sup> Faillissementswet van 8 augustus 1997 (BS 28 oktober 1997).

<sup>4</sup> Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen (BS 9 februari 2009).

<sup>5</sup> M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, "Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?", *TBH* 2018, (207) 208.

<sup>6</sup> De uitbreiding van het toepassingsgebied kreeg zelfs redelijk wat aandacht in de pers: D. ADRIAN, "Spookbedrijven en VZW's gaan massaal failliet" in *De Tijd* van 31 juli 2019 ([www.tijd.be](http://www.tijd.be)), Bruzz, "Strijd tegen fraude leidt tot meer faillissementen in Brussel" in Bruzz van 1 augustus 2019 ([www.bruzz.be](http://www.bruzz.be)) en G. HOUBEN, "Vijf Limburgse VZW's failliet sinds nieuwe wetgeving" in *De Standaard* van 27 februari 2019 ([www.standaard.be](http://www.standaard.be)).

<sup>7</sup> Het empirische onderzoek werd afgesloten op 29 juni 2020.

<sup>8</sup> De auteur deed een gelijkaardig empirisch onderzoek 6 maanden na de invoering van Boek XX WER: B. VAN BAELEN, "Het failliet van de VZW", *Corporate Finance Lab* ([www.corporatefinancelab.org](http://www.corporatefinancelab.org)), 29 november 2018.

DEEL I. VERRUIMD TOEPASSINGSGEBIED *RATIONE PERSONAE***§ 1. Situatie vóór 1 mei 2018: VZW is geen handelaar, stichtingen bevinden zich in de grijze zone**

**3. VZW's en faillissement** – Onder de faillissementswet (Faill.W.) konden VZW's in beginsel niet failliet gaan. Om binnen het toepassingsgebied *ratione personae* van de faillissementswet te vallen vereiste voormalig artikel 2 Faill.W. immers de kwalificatie als “handelaar”. De hoedanigheid van handelaar was echter onverenigbaar met de wettelijke specialiteit van VZW's, waardoor VZW's in beginsel niet failliet konden worden verklaard.<sup>9</sup> Die onverenigbaarheid hield de rechtspraak echter niet tegen om in een aantal gevallen alsnog – via een tussenstap – het faillissement van een VZW uit te spreken.<sup>10</sup> Voorwerp van deze faillissementsprocedures waren doorgaans VZW's die de regels van de bijkomstigheid van handelsactiviteiten overschreden, waarna de rechtspraak de vals gekwalificeerde of vals gebruikte VZW in kwestie herkwalficeerde tot een onregelmatige VOF (vóór wetwijziging van 13 april 1995) of een commerciële maatschap (naa wetwijziging van 13 april 1995).<sup>11</sup>

**4. Quid deficitaire VZW's** – Keerzijde van het feit dat VZW's geen handelaar konden zijn, was dat een deficitaire VZW geen beroep kon doen op de insolventieprocedures. Schuldeisers van dergelijke VZW's konden door middel van beslagprocedures verhaal halen op de goederen van de VZW, of konden de gerechtelijke ontbinding van de VZW vorderen wanneer deze niet meer in staat was aan haar verbintenissen te voldoen (art. 18, 1° V&S-wet).<sup>12</sup> De gerechtelijke ontbinding had minder troeven dan de faillissementsprocedure. Zo behoorde de afwikkeling van dergelijke procedure tot de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg en niet tot de bevoegdheid van de – meer gespecialiseerde – rechtbank van koophandel. Bovendien kon men bij een deficitaire vereffening geen gebruik maken van een aantal juridische instrumenten die enkel gebruikt kunnen worden in insolventieprocedures.

**5. Stichtingen en faillissement** – In tegenstelling tot de situatie bij VZW's was het minder eenduidig of stichtingen al dan niet failliet konden gaan. Sinds de invoering van de V&S-wet van 2002 legde artikel 27 V&S-wet bij stichtingen geen verbod meer op voor het verrichten van handelsactiviteiten.<sup>13</sup> Om die reden pleitte onder meer Deneef voor een consistente lezing waarbij ook stichtingen failliet konden verklaard worden.<sup>14</sup> Bij gebrek aan gepubliceerde rechtspraak is het echter niet duidelijk of dit in de praktijk ook effectief zo werd geïnterpreteerd.

**§ 2. Situatie ná 1 mei 2018: Boek XX WER voert formeel ondernemingsbegrip in****A. Afbakening personeel toepassingsgebied Boek XX WER**

**6. Formeel ondernemingsbegrip in het WER** – Artikel I.1, 1°, eerste alinea WER definieert het begrip “onderneming” als “(i) iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent; (ii) iedere rechtspersoon; en (iii) iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid”. Boek I WER voorziet in een formeel ondernemingsbegrip dat *alle rechtspersonen* omvat en bijgevolg worden VZW's, IVZW's en stichtingen van rechtswege als ondernemingen gekwalificeerd. Daarnaast vallen ook andere not-for-profit-organisaties met rechtspersoonlijkheid naar Belgisch recht binnen het formele ondernemingsbegrip: verenigingen van mede-eigenaars<sup>15</sup>, hospitaalcongregaties, maatschappijen van onderlinge bijstand van vee en oogst<sup>16</sup> en de ziekenfondsen, landsbonden en maatschappijen van onderlinge bijstand.<sup>17</sup>

**7. Boek XX WER: elke onderneming die geen publiek-rechtelijke rechtspersoon is** – Om binnen het toepassingsgebied van Boek XX WER te vallen, moet de organisatie als “schuldenaar” worden gekwalificeerd. Artikel I.22, 8° WER definieert schuldenaar als “*elke onderneming met uitzonde-*

<sup>9</sup> M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, 423; P. ERNST, “Misbruik van de rechtsvorm van een VZW. Beschouwingen over rechtspersoonlijkheid, het winsttoegmerk, de commercialiteit en het vermogen van de VZW”, *TPR* 1995, (7) 30; J. ‘T KINT, *Associations sans but lucratif*, in *RPS* 1985, 336-385; J. RONSE, “Kan een VZW failliet verklaard worden” in *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 225 en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 229.

<sup>10</sup> Bergen 5 mei 1998, *RPS* 1998, 227 en *TBH* 1999, 337, noot C. PARMENTIER en Brussel 11 mei 1981, *RPS* 1982, 132; zie ook: M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, 429-431.

<sup>11</sup> Voor de wet van 13 april 1995 tot wijziging van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen (*BS* 18 juni 1995) gebeurde de herkwalficatie naar een *onregelmatige vennootschap onder firma*. Na de inwerkingtreding van de wet van 13 april 1995 werd dit een *commerciële maatschap*.

<sup>12</sup> Vaak was de gerechtelijke ontbinding dan een *ersatz* bij gebrek aan insolventieprocedures: J. VAN EETVELDE en J. VANANROYE, “Trekt de hervorming hoger beroep van een gerechtelijke ontbinding het tapijt van onder de vereffenaar” (noot onder Cass. 28 oktober 2016), *TRV-RPS* 2017, (174) 181.

<sup>13</sup> M. DENEFF, “De faillietverklaring van handelsvennootschappen, VZW's en stichtingen ná het cassatiearrest van 4 oktober 2001” (noot onder Cass. 4 oktober 2001), *TRV* 2002, (79) 90.

<sup>14</sup> M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, 536 en M. DENEFF, “De faillietverklaring van handelsvennootschappen, VZW's en stichtingen ná het cassatiearrest van 4 oktober 2001” (noot onder Cass. 4 oktober 2001), *TRV* 2002, (79) 90.

<sup>15</sup> Art. 577-5, § 4 BW.

<sup>16</sup> Wet 23 juni 1894 houdende herziening der wet van 3 april 1851 op de maatschappij van onderlinge bijstand.

<sup>17</sup> Wet 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen (*BS* 28 september 1990).

ring van iedere publiekrechtelijke rechtspersoon”. Het toepassingsgebied van Boek XX WER is dus beperkter dan het algemene ondernemingsbegrip van artikel I.1, 1°, eerste alinea WER aangezien alle publiekrechtelijke rechtspersonen worden uitgesloten.<sup>18</sup> VZW’s, IVZW’s en stichtingen zijn daarentegen wel ondernemingen in de zin van artikel I.1, 1°, eerste alinea WER en vallen sinds 1 mei 2018 automatisch binnen het toepassingsgebied van het insolventierecht, ongeacht welke activiteit(en) zij als voorwerp hebben en zolang ze geen publiekrechtelijke rechtspersoon vormen.

**8. Ratio achter de uitbreiding** – In de *memorie van toelichting* bij Boek XX WER motiveert de wetgever de uitbreiding van het toepassingsgebied van Boek XX WER naar VZW’s, IVZW’s en stichtingen met diverse argumenten. Ten eerste kunnen derden bij (I)VZW’s en stichtingen – net zoals bij andere rechtspersonen – verregaande gevolgen ondervinden omwille van de kenmerken van rechtspersoonlijkheid (o.a. de aanwezigheid van een afgescheiden vermogen, de niet-aansprakelijkheid van leden en aanwezigheid van een hoge drempel voor ontbinding).<sup>19</sup> Daarnaast sluit de uitbreiding van het toepassingsgebied *ratione materiae* beter aan bij de huidige economische realiteit, gelet op de grote economische activiteit en het omvangrijke personeelsbestand van sommige *not-for-profit*-organisaties.<sup>20</sup> Het insolventierecht kan ook bijdragen aan de verdere professionalisering van de sector.<sup>21</sup> Een laatste overweging was ten slotte dat de uitbreiding van het toepassingsgebied ook betekende dat ervaren insolventierechtbanken de mogelijkheid krijgen om (I)VZW’s en stichtingen met financiële problemen te begeleiden.<sup>22</sup>

De uitbreiding van het toepassingsgebied van het insolventierecht is bovendien het tweede van drie wetgevende initia-

tieven die tot doel hebben om het regelgevend kader voor (I)VZW’s en stichtingen gelijk te schakelen met het regelgevend kader voor vennootschappen. Naast de invoering van de wet van 15 april 2018 houdende het ondernemingsrecht waarbij (I)VZW’s en stichtingen formeel “ondernemingen” werden, en de verruiming van het toepassingsgebied van het insolventierecht, trad op 1 mei 2019 ten slotte het nieuwe Wetboek vennootschappen en verenigingen (“WVV”) in werking.<sup>23</sup> De meest opvallende wijziging voor (I)VZW’s is dat ze met de komst van het WVV onbeperkt economisch activiteiten mogen verrichten.<sup>24</sup> Het nieuwe onderscheidingscriterium is het winstuitkeringsoogmerk: elke rechtstreekse of onrechtstreekse uitkering is verboden, behoudens uitkeringen die gebeuren in het kader van het belangeloos doel van de (I)VZW of stichting.<sup>25</sup> Door deze wijziging is het niet meer van belang of het gaat om economische activiteiten die van bijkomstige aard zijn, iets wat in het verleden geregeld aanleiding gaf tot discussie.<sup>26</sup>

## **B. Feitelijke verenigingen zijn nooit een onderneming**

**9. Feitelijke vereniging heeft geen rechtspersoonlijkheid** – In tegenstelling tot (I)VZW’s en stichtingen vallen feitelijke verenigingen niet binnen het toepassingsgebied van Boek XX WER.<sup>27</sup> Artikel I.1, 1°, tweede alinea WER stelt dat “*iedere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringsmogelijkheid 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*” geen onderneming is.<sup>28</sup> Aangezien feitelijke verenigingen geen rechtspersoonlijkheid hebben en geen uitkeringen mogen verrichten (art. 1:2 WVV jo. art. 1:6, § 1 WVV),

<sup>18</sup> 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, (13) 15.

<sup>19</sup> *Memorie van toelichting* bij het wetsontwerp 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 Boek I van het Wetboek van economisch recht, hierna “*memorie van toelichting Boek XX*”, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2407/001, 28.

<sup>20</sup> Verslag van de eerste lezing namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht bij het ontwerp houdende invoeging van het Boek XX, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 4.

<sup>21</sup> Verslag van de eerste lezing namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht bij het ontwerp houdende invoeging van het Boek XX, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 27. V. FREMAT, G. DE SAUVAGE, J.-F. GOFFIN en S. BERG, *Continuïteit van ondernemingen. Artikelsgewijze commentaar bij Boek XX WER en CAO nr. 102*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2018, 6 en P. ’T KINT, “L’application du Livre XX du Code de droit économique aux associations” in X, *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l’insolvabilité des entreprises*, Brussel, Bruylant, 2017, 58.

<sup>22</sup> *Memorie van toelichting Boek XX*, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2407/001, 25.

<sup>23</sup> Wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen (BS 4 april 2019).

<sup>24</sup> D. VAN GERVEN, “De coöperatieve vennootschap, de erkende vennootschappen, de feitelijke vereniging, de VZW, de IVZW en de stichtingen”, *TBH* 2018, (1067) 1068. Voor een analyse van dit verbod: M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, 607 p.

<sup>25</sup> *Memorie van toelichting WVV*, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001, 27-28.

<sup>26</sup> Althans niet in het vennootschapsrechtelijk contentieux. Sectorale reglementering of fiscale gevolgen worden wel nog steeds gekoppeld aan de uitoefening van economische activiteiten. Zie: M. DENEFF, “De VZW: nooit handelaar, ooit verkoper en steeds onderneming?” in X, *Handels- en economisch recht. Ondernemingsrecht. Ter gelegenheid van het emeritaat van professor dr. Gabriël Luc Ballon in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (311) 319-320. Bekijk hierover ook: S. DESCHÉPPER, “Het gewijzigde verenigings- en stichtingenrecht in het gecodificeerde rechtspersonenrecht”, *RW* 2019-20, (242) 244.

<sup>27</sup> J. VANANROYE, “De onderneming in formele en functionele zin” in J. VANANROYE en D. VAN GERVEN (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2020, (1) 20.

<sup>28</sup> In tegenstelling tot de maatschap, die wél onder het toepassingsgebied van Boek XX valt. V. FREMAT, G. DE SAUVAGE, J.-F. GOFFIN en S. BERG, *Continuïteit van ondernemingen. Artikelsgewijze commentaar bij Boek XX WER en CAO nr. 102*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2018, 6.

zijn ze in beginsel uitgesloten van het toepassingsgebied van Boek XX WER. In de *memorie van toelichting* maakt de wetgever de analogie met artikel 5 Strafwetboek, dat feitelijke verenigingen ook uitsluit van het toepassingsgebied.<sup>29</sup> Een doorslaggevend argument voor de uitsluiting was het informele karakter van feitelijke verenigingen: de oprichting van een feitelijke vereniging is niet onderworpen aan vormvoorwaarden en kan dus zowel schriftelijk als mondeling tot stand komen.<sup>30</sup> Net omwille van dat informele karakter sluit de wetgever de feitelijke vereniging uit van het toepassingsgebied van Boek XX WER.<sup>31</sup>

**10. Uitkeringsmogelijkheid of de facto uitkeringen** – De vereiste uit artikel I.1, 1°, tweede alinea WER dat de organisatie zonder rechtspersoonlijkheid geen uitkeringsmogelijkheid noch *de facto* uitkeringen mocht verrichten, zorgde voor verwarring in de parlementaire debatten en de eerste commentaren in de rechtsleer.<sup>32</sup> Vooral omtrent de interpretatie van het “uitkeringsverbod” werd gevreesd dat de gehanteerde definitie tot heel wat casuïstiek zou leiden, aangezien het niet erg duidelijk was wanneer een feitelijke vereniging dit verbod zou schenden.<sup>33</sup> De invoering van het WVV – dat pas later in de tijd volgde op de invoering van Boek XX WER – biedt echter duidelijkheid. Artikel 1:2 WVV stelt dat een vereniging geen uitkeringen mag doen, behalve wanneer die uitkeringen passen binnen het belangeloos doel van de vereniging. Een feitelijke vereniging kan vanuit juridisch oogpunt dus nooit een uitkeringsoogmerk hebben, en bijgevolg ook nooit als onderneming gekwalificeerd worden.<sup>34</sup> Heeft een organisatie zonder rechtspersoonlijkheid toch een uitkeringsoogmerk of doet ze *de facto* uitkeringen, dan is ze geen feitelijke vereniging maar wel een maatschap.<sup>35</sup>

**11. Uitkeringen in kader van belangeloos doel bezorgen feitelijke verenigingen geen uitkeringsoogmerk** –

Wanneer een feitelijke vereniging uitkeringen doet die passen binnen het belangeloos doel van de feitelijke vereniging (bv. een groep vrienden die benefietacties organiseert om de medische behandelingen van één van haar leden te betalen), betekent dit niet dat de feitelijke vereniging een uitkeringsoogmerk heeft. Dergelijke uitkeringen zijn toegelaten aangezien ze passen binnen het belangeloos doel van de vereniging (art. 1:2 WVV). Een coherente interpretatie van artikel I.1, 1°, tweede alinea WER houdt in dat dergelijke uitkeringen niet tot gevolg hebben dat deze organisaties worden gekwalificeerd als ondernemingen aangezien (i) het de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever was om de feitelijke verenigingen uit het toepassingsgebied van het ondernemingsrecht te houden en (ii) de bepaling van artikel I.1, 1°, tweede alinea WER een *catch-all*-bepaling vormt om organisaties met een uitkeringsoogmerk (o.a. maatschap) te viseren.<sup>36</sup>

### ***C. Publiekrechtelijke rechtspersonen vallen niet binnen het toepassingsgebied***

**12. Uitsluiting publiekrechtelijke rechtspersonen** – Daarnaast sluit de definitie van “schuldenaar” (art. I.22, 8° WER) publiekrechtelijke rechtspersonen uit van het toepassingsgebied van Boek XX WER.<sup>37</sup> In de *memorie van toelichting* verantwoordt de wetgever deze uitsluiting door te stellen dat de onderwerping van rechtspersonen aan Boek XX WER is bedoeld om derden meer rechtsbescherming te bieden. Deze bescherming is voor publiekrechtelijke rechtspersonen minder relevant: het publiekrecht biedt derden immers voldoende waarborgen in hun relatie met publiekrechtelijke rechtspersonen.<sup>38</sup> Bovendien wou men vermijden dat de toepassing van het insolventierecht op publiekrechtelijke rechtspersonen de doelstellingen van de overheid onevenredig zou verstoren.<sup>39</sup>

<sup>29</sup> Verslag bij de eerste lezing namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht bij het wetsontwerp houdende invoering van het Boek XX, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 41.

<sup>30</sup> D. VAN GERVEN, “De coöperatieve vennootschap, de erkende vennootschappen, de feitelijke vereniging, de VZW, de IVZW en de stichtingen”, *TBH* 2018, (1067) 1076.

<sup>31</sup> Verslag bij de eerste lezing namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht bij het wetsontwerp houdende invoering van het Boek XX, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 31.

<sup>32</sup> M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, (207) 218.

<sup>33</sup> M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, (207) 218.

<sup>34</sup> J. VANANROYE, “De onderneming in formele en functionele zin” in J. VANANROYE en D. VAN GERVEN (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2020, (1) 21 en D. VAN GERVEN, “De coöperatieve vennootschap, de erkende vennootschappen, de feitelijke vereniging, de VZW, de IVZW en de stichtingen”, *TBH* 2018, (1067) 1068.

<sup>35</sup> J. VANANROYE, “De onderneming in formele en functionele zin” in J. VANANROYE en D. VAN GERVEN (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2020, (1) 21.

<sup>36</sup> D. VAN GERVEN, “Wat wijzig er voor stichting, VZW, IVZW, maatschap, feitelijke verenigingen en voor hun leden en bestuurders?” in J. VANANROYE en D. VAN GERVEN (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2020, (45) 49.

<sup>37</sup> Volgens art. I.1, 1°, al. 2 WER zijn publiekrechtelijke rechtspersonen die geen goederen of diensten aanbieden op de markt en overheden *stricto sensu* geen ondernemingen. Onder overheden *stricto sensu* wordt begrepen: “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 Maatschappelijke Welzijn.” 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 (13) 15.

<sup>38</sup> *Memorie van toelichting WVV*, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001, 28.

<sup>39</sup> *Memorie van toelichting WVV*, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001, 28.

**13. Wanneer is een rechtspersoon een publiekrechtelijke rechtspersoon?** – Een mogelijk kwalificatieprobleem dreigt wanneer men probeert te achterhalen wanneer men precies te maken heeft met een publiekrechtelijke rechtspersoon (en bijgevolg de gerechtelijke reorganisatie of het faillissement niet kan uitspreken).<sup>40</sup> Steeds vaker doet de wetgever beroep op zogenaamde “hybride rechtsvormen”, waarbij ze aan privaatrechtelijke rechtsvormen enkele publiekrechtelijke elementen aanbrengt en waardoor het onderscheid tussen de twee troebeler wordt.<sup>41</sup> Hierdoor is het niet steeds duidelijk om te bepalen wanneer men te maken heeft met een publiekrechtelijke rechtspersoon. Het is daarbij evengoed mogelijk dat eenzelfde activiteit in het ene geval door een publiekrechtelijke rechtspersoon wordt uitgeoefend, en in een ander geval door een privaatrechtelijke rechtspersoon. Het kwalificatievraagstuk wordt extra bemoeilijkt aangezien er ook binnen het bestuursrechtelijk contentieux geen eensgezindheid bestaat over de afbakening tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen.<sup>42</sup> Vanuit bestuursrechtelijk oogpunt bepalen verschillende criteria de kwalificatie als een publiekrechtelijke rechtspersoon. Zo wordt onder meer nagegaan (i) of de rechtspersoon een doelstelling van algemeen belang nastreeft, (ii) of de oprichting door de overheid gebeurde dan wel of er een erkenning door de overheid gebeurde, (iii) of er sprake is van overheidstoezicht op de rechtspersoon, (iv) wat de rechtsvorm is van de rechtspersoon en (v) ten slotte ook of het de bedoeling of wil was van de overheid om een publiekrechtelijke rechtspersoon op te richten.<sup>43</sup> Een bijkomend probleem hierbij is dat dergelijke criteria mogelijks relevant zijn vanuit bestuursrechtelijk oogpunt (o.a. in kader van bevoegdheid van Raad van State, toepassing algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ...) maar daarom niet per definitie geschikt zijn om een uitsluiting van Boek XX WER te rechtvaardigen. Terecht hebben Vanmeenen en Van de Plas kritiek op het gebrek aan een duidelijke definitie van publiekrechtelijke rechtspersonen.<sup>44</sup>

**14. Voorbeeld: exploitatie van een ziekenhuis** – De uitzondering voor publiekrechtelijke rechtspersonen riskeert kwalificatievraagstukken te creëren met betrekking tot het

toepassingsgebied van Boek XX WER, met het risico dat er een verschillende behandeling ontstaat tussen rechtspersonen die eenzelfde activiteit exploiteren. Ter illustratie wordt gekeken naar een rechtspersoon die een ziekenhuisexploitatie voert. Een ziekenhuisexploitatie kan worden uitgeoefend in een VZW-structuur (privaatrechtelijke rechtspersoon) of in een autonome verzorgingsinstelling volgens artikel 496 van het decreet lokaal bestuur<sup>45</sup> (publiekrechtelijke rechtspersoon). In beide gevallen gaat het om dezelfde activiteit, de ene echter in een privaatrechtelijke rechtspersoon (bv. een VZW) en de andere in een publiekrechtelijke rechtspersoon (een autonome verzorgingsinstelling). Het gevolg is echter dat de ziekenhuisactiviteit in de privaatrechtelijke rechtspersoon in beginsel wél failliet kan gaan (tenzij succesvol wordt verdedigd dat het om een publiekrechtelijke VZW gaat), terwijl de ziekenhuisexploitatie in een autonome verzorgingsinstelling of een OCMW-vereniging eerder als publiekrechtelijke rechtspersoon zal worden gekwalificeerd en dus buiten het toepassingsgebied van Boek XX WER valt.

**15. Uitvoeringsimmunititeit van de overheid** – In de *memorie van toelichting* tracht men tegemoet te komen aan dit probleem en verwijst men voor de interpretatie naar het begrip “publiekrechtelijke rechtspersonen” in artikel 1412bis Ger.W., dat handelt over uitvoeringsimmunititeit van de overheid.<sup>46</sup> Dit lijkt een logische redenering: als beslag op de goederen van die overheid niet mogelijk is, kan een insolventieprocedure *a fortiori* niet mogelijk zijn. Het belangrijkste argument ter verdediging van die immunititeit van overheidsgoederen is daarbij de continuïteit van openbare dienst voor burgers, waarbij het niet aanvaardbaar is dat een overheid haar taken niet meer zou kunnen uitvoeren wanneer burgers beslag leggen op essentiële overheidsgoederen.<sup>47</sup> Bestaande rechtspraak en rechtsleer is van oordeel dat de interpretatie van de publiekrechtelijke rechtspersonen onder artikel 1412bis Ger.W. restrictief dient te gebeuren: privaatrechtelijke rechtsvormen met een taak van overheidszegg vallen hier immers niet onder (*in casu* ging het om de inrichting van onderwijs, dat werd gesubsidieerd door de overheid).<sup>48</sup>

<sup>40</sup> M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, (207) 219.

<sup>41</sup> A. ALEN en W. DEVROE, *Verzelfstandiging van bestuurszaken in België*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, 32-46 en F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 120.

<sup>42</sup> D. GOL en A. FAYT, “L’association face à l’insolvabilité” in M. DAVAGLE (ed.), *Le nouveau visage des ASBL après le 1<sup>er</sup> mai 2019*, Brussel, Anthemis, 2019, (167) 171 en S. VERBEYST, “De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen”, *TBPR* 2017, (233) 241.

<sup>43</sup> RvS 13 maart 2012, nr. 218.448, *Huyghe*; RvS 6 mei 2004, nr. 131.121, *CV De Brusselse Haard*; S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story”, *RW* 2011-12, 1632. Zie voor een kritische bespreking van deze zienswijze: S. VERBEYST, “De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen”, *TBPR* 2017, (233) 240-241. Zie ook: F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 139-140.

<sup>44</sup> M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, (207) 219.

<sup>45</sup> Decreet over het lokaal bestuur van 22 december 2019 (*BS* 15 februari 2018).

<sup>46</sup> E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 140 en E. DIRIX, “Artikelsgewijze commentaar bij artikel 1412bis” in *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2016.

<sup>47</sup> E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 140.

<sup>48</sup> Rb. Brussel 16 september 1996, *Rev.not.b.* 1998, 146 en E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 140.

Hoewel de verwijzing naar artikel 1412*bis* Ger.W. een aanknopingspunt biedt, blijft de situatie onduidelijk. In de *memorie van toelichting* wordt de uitsluiting van publiekrechtelijke rechtspersonen gemotiveerd op basis van de waarborgen die het publiekrecht biedt. Wanneer men rekening houdt met die finaliteit, zou men bij een kwalificatievraagstuk moeten kijken of er voldoende waarborgen voor derden/schuldeisers vanuit het publiekrecht voorhanden zijn. Dergelijke waarborgen zouden onder meer bestuurlijk of administratief toezicht door een hogere overheid kunnen zijn, de vaste financiering van bepaalde prestaties (bv. ziekenhuizen), ... Zijn er voldoende van dergelijke waarborgen, valt de publiekrechtelijke rechtspersoon buiten het toepassingsgebied van Boek XX WER. De verwijzing naar artikel 1412*bis* Ger.W. daarentegen legt de focus dan weer op “continuïteit van openbare dienst”, wat m.i. een engere invulling betreft. Vanuit die ratio kan een rechtspersoon slechts uitgesloten worden van het toepassingsgebied van Boek XX WER wanneer de rechtspersoon niet failliet kan gaan zonder de continuïteit van openbare dienst te schaden.

Dit is echter een andere opvatting dan de “bescherming die het publiekrecht biedt aan derden”.

Om maximaal een *level playing field* tussen rechtspersonen met dezelfde exploitatieactiviteiten na te streven, is het aangewezen om de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon te baseren op de continuïteit van openbare dienst. Indien men er bijvoorbeeld van uitgaat dat een ziekenhuisexploitatie in een autonome verzorgingsinstelling een publiekrechtelijke rechtspersoon is aangezien het een noodzakelijke dienstverlener is in de continuïteit van de openbare dienst, wordt het moeilijk te argumenteren dat de ziekenhuisexploitatie in een privaatrechtelijke VZW wél failliet kan gaan). Gevolg van deze engere interpretatie is dat de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon vanuit bestuursrechtelijk oogpunt niet samenvalt met een publiekrechtelijke rechtspersoon volgens Boek XX WER. Toekomstige rechtspraak zal moeten uitwijzen welke richting hier wordt gevolgd.

## DEEL II. IMPACT VAN 2 JAAR BOEK XX WER

### § 1. Aantal faillissementen van VZW's, IVZW's en stichtingen

**16. Gevolgen van het nieuw insolventierecht** – 2 jaar na de inwerkingtreding van Boek XX WER is het mogelijk een eerste empirische analyse te maken van de gevolgen van de nieuwe regelgeving op rechtspersonen uit de *not-for-profit*-sector. Hierna volgt een overzicht van het *aantal* faillissementen van VZW's, IVZW's en stichtingen gedurende de periode van 1 mei 2018 tot 1 mei 2020.

menten van VZW's, IVZW's en stichtingen gedurende de periode van 1 mei 2018 tot 1 mei 2020.

**17. Methode** – Dit empirische onderzoek bespreekt de faillissementen van VZW's, IVZW's en stichtingen die hebben plaatsgevonden tussen 1 mei 2018 en 1 mei 2020. Daarvoor werd gebruik gemaakt van de referentiedatabank voor rechtspersonen van de FOD Justitie.<sup>49</sup> De resultaten van dit onderzoek worden hieronder op een systematische wijze toegelicht.

| Rechtspersoon                    | Aantal <sup>a</sup> | Aantal faillissementen<br>1/05/2018-1/05/2019 | Aantal faillissementen<br>1/05/2019-1/05/2020 |
|----------------------------------|---------------------|-----------------------------------------------|-----------------------------------------------|
| VZW's                            | 138.229             | 199                                           | 238                                           |
| Internationale VZW's             | 2.440               | 1                                             | 3                                             |
| Private stichtingen              | 1.513 <sup>b</sup>  | 5                                             | 2                                             |
| Stichtingen van openbaar nut     |                     | -                                             | -                                             |
| Beroepsverenigingen <sup>c</sup> | -                   | -                                             | -                                             |

a. E. VAN DEN BROELE, “Studie: het ondernemingslandschap bij de inwerkingtreding van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen”, *TRV-RPS* 2019, (451) 460.

b. De studie maakt geen onderscheid tussen private stichtingen en stichtingen van openbaar nut.

c. Vanaf de inwerkingtreding van het WVV (1 mei 2019) kan een VZW erkend worden als beroepsvereniging (art. 9:24 WVV). De wet op de beroepsverenigingen van 31 maart 1898 (BS 8 april 1898) is opgeheven.

**18. Resultaten** – Het empirische onderzoek toont aan dat er tussen 1 mei 2018 en 1 mei 2019 199 VZW's, 1 IVZW en 5 private stichtingen failliet zijn gegaan. Tussen 1 mei 2019

en 1 mei 2020 is dat aantal gestegen tot 238 VZW's en 3 IVZW's, terwijl er 2 private stichtingen failliet zijn gegaan. Op basis van het aantal geregistreerde ondernemingen leidt

<sup>49</sup> [www.ejustice.just.fgov.be](http://www.ejustice.just.fgov.be). In de databank werd gezocht naar de rechtsvormen (“VZW” resp. “ASBL”; “IVZW” resp. “IASBL”; “private stichting” resp. “fondation privée”; “beroepsvereniging” resp. “union professionnelle” en “stichting van openbaar nut” resp. “fondation d'utilité publique”) en “rubriek einde”. Daarnaast werd geselecteerd op elk faillissement dat werd uitgesproken vanaf 1 mei 2018 tot 1 mei 2020.

dit tot een gemiddelde falingsgraad<sup>50</sup> voor de periode 1 mei 2019-1 mei 2020 van een 0,17% bij VZW's en 0,12% bij IVZW's.<sup>51</sup> Deze falingsgraad ligt beduidend lager dan de falingsgraad bij vennootschappen. Voor 2018<sup>52</sup> bedroeg de falingsgraad van BVBA's 1,43%, van CVBA's 1,08% en van NV's 0,64%.<sup>53</sup>

**19. Beperkte populariteit van gerechtelijke reorganisatie** – Volledigheidshalve wordt ook meegegeven dat op het totale aantal zoekresultaten slechts 6 procedures van gerechtelijke reorganisatie werden geopend. In verhouding tot het aantal faillissementen (437) kan worden vastgesteld dat het zwaartepunt van de invoering van Boek XX WER bij de faillissementsprocedure ligt.

## § 2. Analyse van faillissementen van VZW's

**20. Focus op faillissementen van VZW's** – Uit het empirische onderzoek is gebleken dat de rechtsvorm van de VZW het grootste aantal faillissementen (437 gefailleerde VZW's over een periode van 2 jaar) telt. Om die reden volgt hieronder een meer gedetailleerde analyse van een aantal kenmerken van de 437 gefailleerde VZW's. In de volgende paragrafen wordt onder meer onderzocht (A.) wat het tijdsverloop is tussen de datum van oprichting van de gefailleerde VZW's en de datum van het faillissement van de VZW, (B.) welke activiteiten deze VZW's als voorwerp hadden, en (C.) of de gefailleerde VZW's een jaarrekening hebben neergelegd in de boekjaren die voorafgingen aan hun faillissement.

### A. Tijdsverloop tussen datum oprichting en datum faillissement

| Jaar                                                      | 1/05/2018-1/05/2019 | 1/05/2019-1/05/2020 | Totaal    | Relatief aandeel |
|-----------------------------------------------------------|---------------------|---------------------|-----------|------------------|
| Minder dan 3 jaar ná oprichting                           | 29 VZW's            | 23 VZW's            | 52 VZW's  | 13%              |
| 3-5 jaar ná oprichting                                    | 44 VZW's            | 50 VZW's            | 94 VZW's  | 24%              |
| 5-10 jaar ná oprichting                                   | 49 VZW's            | 75 VZW's            | 124 VZW's | 31%              |
| Meer dan 10 jaar ná oprichting                            | 57 VZW's            | 72 VZW's            | 129 VZW's | 32%              |
| Subtotaal                                                 | 179 VZW's           | 220 VZW's           | 399 VZW's | 100%             |
| Oprichtingsdatum onbekend of niet meegedeeld <sup>a</sup> | 20 VZW's            | 18 VZW's            | 38 VZW's  |                  |
| Totaal                                                    | 199 VZW's           | 238 VZW's           | 437 VZW's |                  |

a. Van 38 VZW's was de oprichtingsdatum niet terug te vinden.

**21. Slechts 13% van VZW's failliet binnen 3 jaar ná oprichting** – Uit het empirische onderzoek blijkt dat 13% van de VZW's failliet gingen binnen de eerste 3 jaren na de oprichting van de VZW, 24% van VZW's binnen 3 tot 5 jaren na de oprichtingsdatum en 31% van VZW's binnen 5 tot 10 jaar na oprichting. De keuze om na te gaan hoeveel VZW's er failliet gingen gedurende de eerste 3 jaar is niet willekeurig. In tegenstelling tot de situatie bij vennootschappen<sup>54</sup> bestaat er geen bijzondere oprichtersaansprakelijkheid voor de oprichters van (I)VZW's en stichtingen. Op basis van eerste analyse hoeft dit ook niet tot grote problemen te leiden aangezien slechts 13% van de gefailleerde VZW's failliet gaat binnen de eerste drie jaar na oprichting. Dit is

des te meer zo wanneer men het aantal gaat vergelijken met het percentage bij het totaal aantal gefailleerde ondernemingen. Volgens Graydon gingen er in het kalenderjaar 2019 iets meer dan 33% van de gefailleerde ondernemingen (m.i.v. VZW's, IVZW's en stichtingen) failliet gedurende de eerste 4 jaren na de oprichting van de onderneming.<sup>55</sup> Ondanks de afwijkende tijdspanne (periode van 4 jaar in de studie van Graydon vs. periode van 3 jaar in empirische studie hierboven) kan worden vastgesteld dat er relatief gezien minder VZW's failliet gaan gedurende de eerste jaren na hun oprichting (13%) wanneer men dit vergelijkt met de leeftijd van het totaal aantal gefailleerde ondernemingen (33%).

<sup>50</sup>. Aantal faillissementen van een bepaalde rechtsvorm/aantal ondernemingen.

<sup>51</sup>. Voor private stichtingen kon geen falingsgraad worden berekend aangezien er geen recente data voorhanden waren met betrekking tot het aantal private stichtingen in 2019.

<sup>52</sup>. De invoering van het WVV op 1 mei 2019 maakt een correcte vergelijking met andere vennootschapsvormen niet mogelijk voor het kalenderjaar 2019, aangezien de rapportering van deze gegevens op een andere manier is gebeurd.

<sup>53</sup>. GRAYDON BELGIUM, *Graydon studie. Faillissementen. 2019*, gepubliceerd op 6 januari 2020, (1) 50.

<sup>54</sup>. Die oprichtersaansprakelijkheid geldt wel wanneer een BV, CV of NV failliet gaat binnen de 3 jaar na oprichting en indien blijkt dat het aanvangsvermogen (bij BV en CV) resp. maatschappelijk kapitaal (bij NV) van de vennootschap kennelijk ontoereikend was om de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over een periode van 2 jaar uit te kunnen voeren.

<sup>55</sup>. GRAYDON BELGIUM, *Graydon studie. Faillissementen. 2019*, gepubliceerd op 6 januari 2020, (1) 15.

## B. Analyse activiteiten van gefailleerde VZW's

| Activiteit                                                                                      | 1/05/2018-1/05/2019 | 1/05/2019-1/05/2020 | Totaal    |      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|---------------------|-----------|------|
| Tussenpersonen in handel                                                                        | 22 VZW's            | 30 VZW's            | 52 VZW's  | 15%  |
| Sportactiviteiten (voetbal, wandelclubs, tennis, ...)                                           | 21 VZW's            | 22 VZW's            | 43 VZW's  | 12%  |
| Horeca-activiteiten (restaurants, cafés, bars en catering)                                      | 22 VZW's            | 18 VZW's            | 40 VZW's  | 12%  |
| Promotie of uitvoering van kunsten                                                              | 11 VZW's            | 16 VZW's            | 27 VZW's  | 8%   |
| Onderwijsactiviteiten (cultureel, begeleiding, ...)                                             | 8 VZW's             | 10 VZW's            | 18 VZW's  | 5%   |
| Socio-cultureel vormingswerk en integratieactiviteiten                                          | 10 VZW's            | 17 VZW's            | 27 VZW's  | 8%   |
| Welzijnssector (kinderdagverblijven, daklozenopvang, jeugdhulp, rusthuizen, ziekenvervoer, ...) | 18 VZW's            | 34 VZW's            | 52 VZW's  | 15%  |
| Religieuze organisaties                                                                         | 5 VZW's             | 2 VZW's             | 7 VZW's   | 2%   |
| Evenementen (congressen, markten, evenementen, ondersteuning)                                   | 16 VZW's            | 11 VZW's            | 27 VZW's  | 8%   |
| Diverse commerciële activiteiten (administratieve diensten, koerier, post, kapper, ...)         | 14 VZW's            | 36 VZW's            | 50 VZW's  | 14%  |
| Vakverenigingen                                                                                 | 3 VZW's             | –                   | 3 VZW's   | 1%   |
| Subtotaal                                                                                       | 150 VZW's           | 196 VZW's           | 346 VZW's | 100% |
| Overige of onbekende activiteit                                                                 | 49 VZW's            | 42 VZW's            | 91 VZW's  |      |
| Totaal                                                                                          | 199 VZW's           | 238 VZW's           | 437 VZW's |      |

**22. Methode** – Bij 399 van de 437 gefailleerde VZW's werd de voornaamste activiteit van de VZW vermeld in publicatie van het faillissementsvonnis in de referentiedatabank. Op basis van deze informatie werden de activiteiten van 399 VZW's ondergebracht in 12 categorieën: “tussenpersonen in handel”, “sportactiviteiten”, “horeca-activiteiten”, “promotie of uitvoering van kunsten”, “onderwijsactiviteiten”, “socio-cultureel vormingswerk en integratieactiviteiten”, “welzijnssector”, “religieuze organisaties”, “evenementen”, “diverse commerciële diensten” en “vakverenigingen”.<sup>56</sup>

**23. Vaststelling 1: 41% van de gefailleerde VZW's voerden daden van koophandel** – Een eerste vaststelling daarbij is dat 41% van de VZW's waarvan een activiteit kon worden geïdentificeerd, activiteiten uitoefenden in de categorieën “tussenpersonen in handel”, “horeca-activiteiten” en “diverse commerciële activiteiten”. Onder het voormalige Wetboek van Koophandel zouden deze activiteiten als “daden van koophandel” zijn gekwalificeerd, en ging het dus allicht om “vals gebruikte VZW's”. Hoewel het niet moge-

lijk is hier een sluitende conclusie uit te trekken, is een hypothese dat het uniforme en rechtszekere karakter van het formele ondernemingsbegrip het eenvoudiger maakt om deficitaire VZW's uit het economisch verkeer te halen, iets wat voor de invoering van Boek XX WER veel omslachtiger was omdat er eerst een herkwalificatie diende te gebeuren.

**24. Vaststelling 2: 28% van de gefailleerde VZW's komt uit de socio-culturele sector en de sportsector** – Daarnaast ontsnappen ook VZW's met activiteiten die men associeert met het “traditionele” verenigingsleven (cultuurorganisaties, sportverenigingen, ...) niet aan de inwerkingtreding van Boek XX WER. Vooral de sportsector blijkt met 43 op 399 gefailleerde VZW's erg gevoelig te zijn. Binnen de sportwereld zelf zitten de faillissementen relatief verspreid over diverse sporttakken. Onder de gefailleerde VZW's bevonden zich onder meer een voetbalploeg uit de Belgische eerste klasse, een organisatie van prestigieuze wedstrijd voor paardenrennen, een amateur-wielerclub, wandelverenigingen, ...<sup>57</sup> Naast de sportsector telt de socio-culturele sector<sup>58</sup> ook 54 gefailleerde VZW's. Hieronder zijn

<sup>56</sup>. Eigen classificatie. In haar studie voorziet Graydon in een classificatie volgens ISO-scores.

<sup>57</sup>. Dit was bij de tussentijdse evaluatie ook al zo: B. VAN BAELEN, “Het failliet van de VZW”, *Corporate Finance Lab* ([www.corporatefinancelab.org](http://www.corporatefinancelab.org)), 29 november 2018.

<sup>58</sup>. 27 VZW's met als activiteit de promotie van (uitvoerende) kunsten en 27 VZW's met als activiteit socio-cultureel vormingswerk of integratieactiviteiten.

o.m. VZW's terug te vinden die actief waren in de kunstsector, alsook een aantal VZW's die zich bezig hielden met de integratie van kwetsbare jongeren of jongeren met een migratieachtergrond.

**25. Vaststelling 3: 15% van de gefailleerde VZW's komt uit de welzijnssector** – Een derde vaststelling is dat 15% van de gefailleerde VZW's, VZW's waren met activiteiten in de welzijnssector (kinderdagverblijven, instellingen van bijzondere jeugdhulp, rusthuizen, ziekenvervoer, ...). Dit is een opvallend gegeven aangezien veel van deze organisaties doorgaans gebonden zijn aan strenge erkenningsvoorwaarden die zijn opgelegd door de vergunningverlenende/subsidieverlenende overheid, waarbij ook de financiële situatie een onderdeel uitmaakt van de controle door de overheid, zeker bij gesubsidieerde initiatieven. Bovendien nemen een aantal van deze rechtspersonen doorgaans een maatschappelijk waardevolle taak op (bv. zorgverlening aan kwetsbaren) waardoor het faillissement van dergelijke VZW – naast de financiële consequenties – ook maatschappelijke consequenties kan hebben.

**26. Vaststelling 4: verschuiving naar “traditionele” VZW's** – Een laatste vaststelling is ten slotte dat er in de vier categorieën van klassieke VZW's, met name VZW's die een (i) “sportactiviteit”, (ii) “de promotie of uitvoering van kunsten”, (iii) “socio-cultureel vormingswerk en integratieactiviteiten” of (iv) activiteiten uit de welzijnssector tot voorwerp hebben, meer faillissementen hebben plaatsgevonden in de periode 2019-2020, dan in het jaar voordien (periode 2018-2019). Hoewel het voorbarig is om hieruit conclusies te trekken, is het aangewezen op te volgen welke sectoren kwetsbaar zijn voor faillissementsprocedures. Het feit dat deze vier categorieën gezamenlijk 43% van het totaal aantal gefailleerde VZW's met een gekende activiteit uitmaakt, moet bovendien ook de sector alert maken. Niet alleen de oneigenlijke of commerciële VZW's gaan failliet, ook voetbalclubs, rusthuizen en muziekverenigingen kunnen in een faillissementsprocedure terecht komen.

### DEEL III. AANDACHTSPUNTEN VOOR FAILLISSEMENTEN IN DE NOT-FOR-PROFIT-SECTOR

**30. Voordelen van insolventieprocedures Boek XX WER** – Met de uitbreiding van het personele toepassingsgebied van Boek XX WER heeft de wetgever het wettelijke kader voor (I)VZW's en stichtingen maximaal gelijkgeschakeld met het wettelijk kader voor vennootschappen op het vlak van insolventierecht. Onder de voormalige V&S-wet konden (I)VZW's en stichtingen enkel gebruik maken van de vrijwillige of de gerechtelijke ontbinding, terwijl ze nu ook toegang hebben tot een procedure van gerechtelijke

### C. Kleine VZW's en neergelegde jaarrekening

**27. Kleine VZW's** – Of een VZW een jaarrekening moet neerleggen of niet, hangt af van haar kwalificatie als “kleine VZW”. Artikel 3:47, § 2 WVV kwalificeert een VZW als “kleine VZW” wanneer ze niet meer dan één van de volgende criteria overschrijdt: 1. de VZW heeft een jaargemiddelde van minder dan 5 werknemers, bepaald overeenkomstig artikel 1:28, § 5 WVV, of 2. de VZW heeft in totaal maximum 334.500 EUR aan andere niet-recurrente ontvangsten, exclusief btw of 3. de VZW heeft in totaal niet meer dan 1.337.000 EUR aan bezittingen. Wanneer een VZW als “kleine VZW” wordt gekwalificeerd, mag ze haar jaarrekening volgens een vereenvoudigd model opmaken en hoeft ze haar jaarrekening enkel neer te leggen op de griffie van de ondernemingsrechtbank.

**28. Neerlegging en publiciteit jaarrekening voor andere dan kleine VZW's** – Voldoet een VZW aan twee of meer van bovenstaande criteria, is ze een *andere dan kleine VZW*. De VZW heeft dan de verplichting om een jaarrekening neer te leggen bij de balanscentrale van de Nationale Bank van België (NBB) en moet een commissaris belasten met de controle van de financiële toestand van de VZW.

**29. Aantal kleine VZW's** – Van de 437 failliet gegane VZW's legden slechts 12 VZW's een jaarrekening neer in de boekjaren voorafgaand aan hun faillissement (2016, 2017 en 2018). Dit betekent echter niet dat de 425 andere gefailleerde VZW's automatisch “kleine VZW's” zijn: het is immers denkbaar dat de gefailleerde VZW heeft nagelaten de jaarrekening neer te leggen. Wel lijkt het een aannemelijke hypothese te stellen dat de meerderheid van de gefailleerde VZW's gekwalificeerd kunnen worden als “kleine VZW's”. De kwalificatie als “kleine VZW” is overigens niet onbelangrijk aangezien de bestuurders van kleine VZW's in beginsel ontsnappen aan een aantal bijzondere rechtsgronden inzake bestuursaansprakelijkheid bij faillissement (*cf.* Deel III.).

reorganisatie of van faillissement. De *memorie van toelichting* benadrukt de voordelen van deze procedures: (I)VZW's en stichtingen in moeilijkheden kunnen beter worden opgespoord en eventueel ontsnappen aan een deficitaire vereffening<sup>59</sup>, de bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank biedt meer garantie op een behandeling door specialisten, ... Ook voor schuldeisers van (I)VZW's en stichtingen biedt het insolventierecht bijkomende waarborgen: de aanstelling en taak van een curator als neutrale bewindvoerder aan het

<sup>59</sup> Verslag bij de eerste lezing namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 9.

hoofd van de boedel<sup>60</sup>, een monopolie voor de curator omtrent een aantal specifieke handelingen (o.a. faillissementspauliana), ...

**31. Aandachtspunten bij for-profit-insolventierecht op non-profit-organisaties** – Desalniettemin zijn er ook een aantal aandachtspunten. Eén van de bezorgdheden is de *one size fits all*-toepassing van de *for-profit* gerichte insolventieprocedures op (I)VZW's en stichtingen.<sup>61</sup> Onder meer Derijcke stelt dat een faillissementsprocedure nuttig kan zijn voor grote (I)VZW's, maar daarom niet *per se* kleine (I)VZW's een dienst bewijst.<sup>62</sup> Ook bij de parlementaire besprekingen omtrent invoering van Boek XX WER werd uitgebreid aandacht besteed aan de uitbreiding van het toepassingsgebied van de insolventieprocedures naar organisaties uit de *not-for-profit*, waarbij onder meer de gevolgen op het vlak van bestuurdersaansprakelijkheid en de rol van de curator besproken werden.<sup>63</sup>

**32. Evaluatie van Boek XX WER** – De kritiek is niet onterecht: Boek XX WER vervangt de bepalingen van de voormalige Faill.W. en WCO en is in de eerste plaats gericht op insolventieprocedures van rechtspersonen met een *winstuitkeringsoogmerk*. Niet alle mechanismen die heilzaam zijn voor *for-profit*-rechtspersonen zullen *mutatis mutandis* adequaat zijn voor de ordentelijke afwikkeling van de insolventieprocedures bij (I)VZW's en stichtingen. Dit speelt des te meer nu uit het tweede deel is gebleken dat 43% van de gefailleerde VZW's een activiteit uitoefent die men traditioneel zou associëren met de *not-for-profit*-sector. Het faillissement van dergelijke maatschappelijk relevante organisaties is bijgevolg geen ver-van-ons-bed-show en moet doen nadenken over de adequaatheid van deze procedures voor *not-for-profit*-organisaties

Omwille van dat *one size fits all*-karakter werd tijdens de parlementaire voorbereiding artikel XX.243 WER ingevoegd. Artikel XX.243 WER bepaalt onder meer dat de minister van Justitie 2 jaar na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek XX WER zal evalueren of de bepalingen van Boek XX WER voldoende zijn afgestemd op de economi-

sche realiteit van de verschillende *not-for-profit*-organisatievormen. Op basis van de bevindingen uit de empirische analyse worden er in deze bijdrage alvast een aantal aandachtspunten aangehaald die van belang kunnen zijn bij de evaluatie van de gevolgen van Boek XX WER, meer bepaald op het vlak van (i) bestuurdersaansprakelijkheid bij (I)VZW's en stichtingen, (ii) de rol van de curator bij de realisatie van activa en (iii) faillissementen van (I)VZW's en stichtingen die een acute taak van algemeen belang opnemen.

## § 1. Bestuurdersaansprakelijkheid bij (I)VZW's en stichtingen

**33. Nieuwe aansprakelijkheidsgronden** – Een eerste aandachtspunt situeert zich bij de aansprakelijkheidsgronden voor de bestuurders van een gefailleerde (I)VZW of stichting. Boek XX WER bevat drie bijzondere aansprakelijkheidsgronden bij faillissement van een onderneming: artikel XX.225 WER (bestuurdersaansprakelijkheid bij kennelijk grove fout), artikel XX.226 WER (een objectieve aansprakelijkheid na een faillissement met RSZ-schulden) en artikel XX.227 WER (codificatie van bestuurdersaansprakelijkheidsgronden bij *wrongful trading*).<sup>64</sup>

**34. Kritiek op uitbreiding aansprakelijkheidsgronden** – Bij de parlementaire voorbereiding van Boek XX WER heerste er ongerustheid omtrent deze “nieuwe” aansprakelijkheidsgronden.<sup>65</sup> In tegenstelling tot het voormalige Wetboek van Vennootschappen (W.Venn.) bevatte de vroegere V&S-wet geen expliciete bepaling voor de aansprakelijkheid van de bestuurders van een (I)VZW of stichting. De explicitering van deze aansprakelijkheidsgronden in Boek XX WER werd door een aantal volksvertegenwoordigers dan ook gezien als een verzwaring van de risico's die (I)VZW-bestuurders – doorgaans vrijwilligers – vandaag al nemen.<sup>66</sup> Voorbeelden uit de rechtspraak en rechtsleer tonen echter aan dat dit een foutieve veronderstelling is: ook in het verleden werden meermaals bestuurders van (I)VZW's en stichtingen aansprakelijk gesteld, doorgaans voor de verderzetting van een kennelijk verlieslatende activiteit of bij een

<sup>60</sup>. J. VANANROYE, “Le bel excès: een voorstel voor hervorming van het recht voor VZW's en stichtingen met minder regels en een strengere handhaving”, *TRV* 2015, (275) 282.

<sup>61</sup>. D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 39.

<sup>62</sup>. W. DERIJCKE, “Champ d'application du Livre XX du Code de droit économique” in *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Brussel, Larcier, 2017, 27 ; zie ook: N. THIRION, “L'amendement. Pour une définition maniable et uniforme de l'entreprise dans le Code de droit économique”, *TRV-RPS* 2018, (909) 911.

<sup>63</sup>. Verslag bij de eerste lezing namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 5-31, in diverse tussenkomsten.

<sup>64</sup>. Voor een uitgebreide bespreking van deze aansprakelijkheidsgronden: D. DE MAREZ en C. STRAGIER, “De aansprakelijkheid van bestuurders van ondernemingen in Boek XX van het WER”, *TIBR* 2018, 12-29 of M. WYCKAERT en D. ALPER, “Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en feitelijke bestuurders” in J. VANANROYE en D. VAN GERVEN (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2020, 189-220.

<sup>65</sup>. Verslag bij de eerste lezing namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 18-21.

<sup>66</sup>. Verslag bij de eerste lezing namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 16 en 20.

deficitaire vereffening.<sup>67</sup> Bij gebrek aan een bijzondere aansprakelijkheidsgrond beriepen onbetaalde schuldeisers zich in dergelijke situaties op artikel 1382 BW.<sup>68</sup>

**35. Twee verzachtingen voor bestuurders van (I)VZW of stichting** – Om tegemoet te komen aan de verzachtingen om – vooral niet-professionele – bestuurders van (I)VZW's en stichtingen niet al te veel te belasten of af te schrikken, werd in Boek XX WER in een aantal “verzachtingen” voorzien:

- **verzachting 1: verplichting tot aangifte van faillissement.** Een eerste verzachting bestaat eruit dat het bestuursorgaan van een (I)VZW of stichting geen aangifteplicht heeft bij faillissement van de (I)VZW of stichting, in tegenstelling tot de verplichting voor het bestuursorgaan van een vennootschap. Daar verplicht artikel XX.102, eerste lid WER het bestuursorgaan van een onderneming om binnen de maand nadat de onderneming heeft opgehouden te betalen, aangifte te doen van het faillissement ter griffie van de bevoegde ondernemingsrechtbank. Artikel XX.102, laatste lid WER stelt het bestuursorgaan van een (I)VZW, stichting en Europese politieke partij en stichting echter vrij van deze verplichting, wat bij een aantal auteurs reeds de bedenking deed rijzen dat het bestuursorgaan van een VZW, IVZW of stichting eerder zal kiezen voor de ontbinding van de rechtspersoon dan voor de aangifte van faillissement<sup>69</sup>;
- **verzachting 2: uitzondering bij aansprakelijkheidsgronden voor bestuurders van kleine (I)VZW's en stichtingen.** Een tweede verzachting is gericht op de bestuurders van kleine (I)VZW's en stichtingen, waarbij zowel artikel XX.225 WER als artikel XX.227 WER in een uitzondering voorzien. Wat betreft de bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijke grove fout genieten kleine (I)VZW's en stichtingen<sup>70</sup> mee van de algemene uitzondering die geldt voor de bestuurders van alle kleine ondernemingen en hen uitsluit van een mogelijke aansprakelijkheidsvordering wegens kennelijke grove fout (art. XX.225, § 2 WER). Bij de bijzondere aansprakelijkheidsgrond in het kader

van *wrongful trading* is de uitzondering dan enkel voorzien voor bestuurders van kleine (I)VZW's en stichtingen, en dus niet voor alle kleine ondernemingen (art. XX.227, § 5 WER).<sup>71</sup> In twee van drie bijzondere aansprakelijkheidsgronden vallen bestuurders in kleine (I)VZW's en stichtingen bijgevolg buiten het toepassingsgebied van deze aansprakelijkheidsgronden.<sup>72</sup>

**36. Verzachting voor kleine VZW's** – Vooral de verzachting voor de bestuurders van kleine VZW's kan effectief een verschil maken in de praktijk. In de empirische analyse hierboven werd vastgesteld dat slechts 12 van de 437 gefailleerde VZW's een jaarrekening hebben neergelegd in de boekjaren voorafgaand aan hun faillissement. Hoewel het niet met 100% zekerheid kan worden vastgesteld dat het steeds om faillissementen van *kleine VZW's* gaat, is het een plausibele hypothese dat het merendeel van de gefailleerde VZW's, effectief *kleine VZW's* zijn. Die vaststelling plaatst de uitzonderingen van artikel XX.225, § 2 WER en artikel XX.227, § 5 WER echter in een ander daglicht: het zou immers betekenen dat bij het merendeel van de reeds gefailleerde VZW's curatoren geen beroep hebben kunnen doen op de bijzondere aansprakelijkheidsgronden van Boek XX WER. Wanneer zij de bestuurders van kleine VZW's aansprakelijk willen kunnen stellen, zullen zij bijgevolg beroep moeten doen op de aansprakelijkheidsgrond uit het WVV (art. 2:56 WVV) of de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid van artikel 1382 BW.

**37. Geen verzachting: onbezoldigd karakter van het bestuursmandaat** – Een discussie die bij de voorbereiding van Boek XX WER ook naar boven kwam, is of bestuurders van (I)VZW's en stichtingen minder streng moeten worden beoordeeld wanneer ze hun bestuursmandaat vrijwillig of onbezoldigd uitoefenen.<sup>73</sup> De bestuursopdracht bij een (I)VZW of stichting is in beginsel een middelenverbintenis, waardoor bestuurders sowieso een grote beleidsvrijheid hebben. Rechters dienen zich terughoudend op te stellen bij een *a posteriori*-beoordeling van de situatie.<sup>74</sup> Terecht werd daarbij gesteld dat het onbezoldigd of vrijwillig karakter van

67. M. DENEFF en S. VERSCHAEVE, “Kroniek Verenigingen en Stichtingen 2009-2010”, *TRV* 2012, (186) 206; Brussel 14 mei 2018, *RPS-TRV* 2019, 93, met noot B. VAN BAELEN; Luik 28 mei 2002, *RGAR* 2003, nr. 13.739; Rb. Gent 16 oktober 1996, *RW* 1997-98, 467; Gent 27 oktober 1995, *RW* 1997-98, 468. Zie ook: M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, 391.

68. M. VAN QUICKENBORNE en H. VANDENBERGHE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008)”, *TPR* 2010, 1975-1977.

69. D. VAN GERVEN, “Het nieuwe kader voor VZW, IVZW en stichtingen” in C. JAMMAERS (ed.), *Le droit économique en mouvement/ Het economisch recht in beweging*, Brussel, Bruylant, 2017, (155) 161.

70. (I)VZW's en stichtingen die maximaal aan één van de drie criteria voldoen uit art. 3:47, § 2 ((I)VZW) en 3:51, § 2 WVV (stichting).

71. J. VANANROYE, “Aansprakelijkheid voor ‘wrongful trading’ en ‘kennelijk grove fout’ in het WER: een ruimer toepassingsgebied én ruimere vrijstellingen”, *Corporate Finance Lab* ([www.corporatefinancelab.org](http://www.corporatefinancelab.org)), 2 maart 2018.

72. Vanuit de rechtsleer kwam er ook al kritiek op deze uitzonderingen. De vraag is onder meer of de uitzonderingen de toets met het gelijkheidsbeginsel zullen doorstaan: D. DE MAREZ en C. STRAGIER, “De aansprakelijkheid van bestuurders van ondernemingen in Boek XX van het WER”, *TIBR* 2018, (12) 16 en 26.

73. Amend. nr. 54 (M. DE LAMOTTE c.s.) op het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/002, 66 en D. DE MAREZ en C. STRAGIER, “De aansprakelijkheid van bestuurders van ondernemingen in Boek XX van het WER”, *TIBR* 2018, (12) 17.

74. Volgens Cornelis gaat het dan gewoon om de concrete omstandigheden correct toe te passen: L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1989, 54-55.

het bestuursmandaat niet automatisch een “verschoningsgrond” kan zijn, maar dat een rechter bij zijn *in concreto*-beoordeling rekening kan houden met het onbezoldigd of vrijwillig karakter van het bestuursmandaat.<sup>75</sup> Het is interessant om vast te stellen dat in Nederland een gelijkaardige discussie opstak omtrent de aansprakelijkheid van de bestuurder van een stichting.<sup>76</sup> Ook daar is men van mening dat het onbezoldigd karakter van het bestuursmandaat een bestuurder niet ontslaat van zijn verplichtingen om zich als een normaal vooruitziend bestuurder te gedragen, al wordt er ook een opening gelaten om bij de *in concreto*-beoordeling rekening te houden met het onbezoldigd karakter van het bestuursmandaat.<sup>77</sup>

## § 2. Realisatie van activa uit faillissementsboedel en opdracht van curator

**38. Adequaatheid instrumenten faillissement** – Een tweede aandachtspunt is of het huidige kader omtrent insolventieprocedures voldoende waarborgen biedt voor een adequate afwikkeling van het faillissement van (I)VZW’s en stichtingen. Bij een faillissement heeft de curator de wettelijke opdracht om een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers van de (I)VZW of stichting te realiseren.<sup>78</sup> Bij gefailleerde vennootschappen zal de curator in beginsel streven naar de overdracht van de ondernemingsactiviteit in *going concern*, aangezien dergelijke overdracht de hoogste opbrengst voor de schuldeisers oplevert.<sup>79</sup>

**39. Going concern bij (I)VZW’s of stichtingen** – Die *going concern*-opvatting gaat echter niet zo gemakkelijk op in de *not-for-profit*-sector, aangezien het helemaal niet zeker is of de verkoop in *going concern* wel de hoogst mogelijk opbrengst zal opbrengen.<sup>80</sup>

– Een eerste belemmering daarbij is dat het Belgisch VZW-recht geen traditie heeft in overdrachten onder bezwarende titel van het “handelsfonds” van een VZW. Fusies, herstructureringen en inbrengen van bedrijfstakken tussen VZW’s gebeuren doorgaans *om niet*, aangezien ze verhuizen van het ene doelgebonden vermogen naar het andere doelgebonden vermogen. In tegenstelling tot de situatie bij vennootschappen heeft

een overnemende VZW hier geen verdienmodel aan. Bij het faillissement van een VZW zullen andere VZW’s doorgaans wel bereid zijn om bijvoorbeeld een aantal activiteiten over te nemen van de gefailleerde VZW, maar het is allerm minst zeker of er ook bereidheid of financiële ruimte is om hiervoor een vergoeding te betalen.

- Een complexe situatie ontstaat bovendien wanneer er erkenningen en subsidiëringen verbonden zijn aan de activiteiten/het handelsfonds van de VZW of stichting. De vraag is nog maar of die erkenningen en subsidiëringen automatisch kunnen worden overgedragen met het “handelsfonds” van de gefailleerde VZW. Vanuit het behoud van maatschappelijke waarde lijkt het verdedigbaar dat bij een *going concern*-overdracht, de subsidies mee met de ondernemingsactiviteit zouden overgaan omdat de activiteit door de overnemende VZW wordt verdergezet. Een subsidieverlenende overheid behoudt zich doorgaans – net zoals wanneer er geen faillissement zou zijn – het recht voor om de erkenning of subsidiëring stop te zetten. Toekomstige rechtspraak en beslissingen van administratieve overheden zullen in elk geval moeten uitwijzen of in het geval van faillissement van een erkende of een gesubsidieerde VZW of stichting, deze erkenning of subsidies automatisch mee kunnen worden overgedragen met handelsfonds. Zonder een potentiële overdracht van erkenning of subsidiëring dreigt de overdracht in *going concern* juridisch en economisch onmogelijk te zijn.
- Een laatste onderbelicht kenmerk van VZW’s en stichtingen dat aanleiding tot problemen kan geven, is het *recht op terugname van inbreng* (art. 9:23 WvV en art. 11:2 WvV). De leden van een VZW of de stichters van een stichting kunnen in de statuten immers bepalen dat zij een recht van terugname hebben van hun inbreng, bijvoorbeeld wanneer zij de VZW als lid verlaten, wanneer de VZW of stichting wordt ontbonden of wanneer het belangeloos doel van de VZW of van de stichting is gerealiseerd.<sup>81</sup> Ter illustratie: wanneer in het kader van een fusieprocedure van VZW’s bijvoorbeeld een inbreng van een actiefbestanddeel met recht van terugname (bv. onroerend goed) wordt

<sup>75</sup>. Dit werd ook zo verdedigd tijdens de parlementaire debatten over Boek XX: verslag bij de eerste lezing namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht bij het wetsontwerp houdende invoering van het Boek XX, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 58-59. Voor een gelijkaardige analyse in Nederland: A. HENDRIKSE, “Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan”, *Ondernemingsrecht* 2009, 40.

<sup>76</sup>. A. HENDRIKSE, “Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan”, *Ondernemingsrecht* 2009, 40 en A. KLAASSEN, “Wettelijke beperking van bestuurdersaansprakelijkheid bij verenigingen en stichtingen?”, *Ondernemingsrecht* 2010, 128.

<sup>77</sup>. A. HENDRIKSE, “Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan”, *Ondernemingsrecht* 2009, 40.

<sup>78</sup>. Voor een gelijkaardige situatie bij de taak van een vereffenaar van een VZW: D. VAN GERVEN, “Aansprakelijkheid van de vereffenaar van een VZW” (noot onder Gent 28 januari 2013), *TRV* 2014, 529.

<sup>79</sup>. C.-A. LEUNEN en J. RASQUIN, “Overdracht van de onderneming in het kader van gerechtelijke reorganisatie en faillissement” in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 201, (423) 424.

<sup>80</sup>. J. RIJSEN, “Het failliet van het faillissement?”, *T.Gez.* 2019, (105) 105.

<sup>81</sup>. Volledigheidshalve moet hierbij worden vermeld dat het bij VZW’s niet gaat om de betaalde lidgelden van de leden; overeenkomstig art. 9:23 WvV zijn deze niet terug betaalbaar bij ontbinding van de VZW.

gedaan door een patrimoniumstichting, zal het onroerend goed bij ontbinding van de VZW terugkeren naar het vermogen van de stichting. Ook in het kader van procedures van gerechtelijke ontbinding van een VZW of een stichting was er reeds discussie binnen de rechtsleer over de rechtsgevolgen van de inbreng met recht van terugname in deze procedures.<sup>82</sup> Een traditionele stroming stelt dat de goederen waarop een recht van terugname rust slechts onder de last van die voorwaarde in het vermogen van de VZW of stichting zijn ingebracht, waardoor ze in het geval van ontbinding of insolventieprocedure van rechtswege terug naar de inbrenger of zijn rechthebbenden gaan.<sup>83</sup> In een insolventieprocedure impliceert dit dat de goederen vóór de betaling van de bevoorrechte schuldeisers moeten worden teruggegeven en dus buiten de insolventieboedel moeten worden gehouden.<sup>84</sup> Andere auteurs stellen daarentegen dat dergelijke zienswijze niet houdbaar is vanuit het oogpunt van de bescherming van de VZW-schuldeisers.<sup>85</sup> Die hebben immers geen kennis over op welke goederen een recht van terugname rust, aangezien de (bekendgemaakte) jaarrekening van de VZW niet vermeldt welke goederen onderworpen zijn aan een recht van terugname. Volgens deze auteurs kan de terugname slechts gebeuren na voldoening van de schuldeisers, waardoor bij een insolventieprocedure de inbrengers van een actief met recht van terugname dezelfde positie innemen als aandeelhouders bij een vennootschap.<sup>86</sup> De beslechting van deze discussie zal de komende jaren dienen te gebeuren, maar het juridisch statuut van dergelijke inbreng leidt in elk geval tot onzekerheid bij een eventuele overdracht in *going concern*.

**40. Paradoxe situatie bij gefailleerde not-for-profit-organisaties** – Rechtseconomisch leidt dit tot een paradoxale situatie: voor *stakeholders* van dit soort “traditionele” VZW’s – en bij uitbreiding de hele maatschappij – is een overdracht in *going concern* het meest aangewezen. Precies omdat VZW’s geen “premie” zullen kunnen (of willen) betalen voor het handelsfonds, kan het voor de curator voordeliger zijn om de activa *ut singuli* te realiseren dan om een overdracht in *going concern* na te streven. In het beste geval

zal de uitkomst zijn dat een andere VZW het handelsfonds overneemt en daarbij een bedrag betaalt dat gelijk is aan (of eventueel hoger ligt dan) het bedrag dat een curator bij een realisatie van individuele activa zou hebben gekregen. Er is echter geen enkele wettelijke bepaling die de curator verplicht om hiermee rekening te houden, waardoor het risico bestaat dat de maatschappelijke *going concern* verdwijnt wanneer een derde bereid is een hoog bedrag te betalen (bv. voor een specifiek onroerend goed) waardoor de (maatschappelijke) *going concern* verdwijnt. In die zin is het aangewezen dat bij de evaluatie van Boek XX WER een denkoefening wordt gedaan om een aparte *bankruptcy governance* te ontwikkelen voor de afwikkeling van faillissementen van VZW’s of stichtingen, waarbij meer belang wordt gehecht aan de overdracht in *going concern*.

### § 3. Faillissement van VZW’s en stichtingen met een acute taak van algemeen belang

**41. Acute taak van algemeen belang** – Een laatste aandachtspunt situeert zich ten slotte rond de vraag of het insolventierecht niet meer waarborgen of bijzondere regelingen moet hebben bij het faillissement van een VZW of stichting die een acute taak van algemeen belang heeft. Een acute taak van algemeen belang is een taak waarvan een abrupte stopzetting vergaande gevolgen kan hebben voor de maatschappij, bv. een VZW met een ziekenhuisexploitatie waarbij patiënten op intensieve zorgen liggen of een VZW dat een woonzorgcentrum uitbaat voor mensen met zware dementie. Het faillissement van dergelijke organisaties heeft onmiskenbaar gevolgen op het vlak van dienstverlening naar kwetsbare groepen uit de samenleving.<sup>87</sup>

**42. Faillissement van ziekenhuizen in Nederland** – In Nederland zijn reeds een aantal gevallen bekend waar de preciaire financiële situatie van bepaalde ziekenhuizen tot hun faillissement heeft geleid.<sup>88</sup> Daar werd duidelijk dat het faillissement van organisaties met een acute taak van algemeen belang (*in casu* ziekenhuizen) een grote maatschappelijke impact kan hebben. Om die reden heeft de Nederlandse Overheid zorgverzekeraars verplicht om bij het faillissement van een ziekenhuis “vangnetstichtingen” op te richten, naar

<sup>82</sup> M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, 302-310.

<sup>83</sup> D. VAN GERVEN, *Handboek Verenigingen*, Kalmthout, Biblo, 2004, 253; R. TAS en C. HOTTERBEEKX, “De ontbinding en vereffening van de vzw” in M. DENEFF (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, (443) 479-481; G. HOOGMARTENS, “Fiscale aspecten bij de liquidatie van een vzw”, *Fiskofoon* 1986, nr. 21; P. ‘T KINT, *Les associations sans but lucratif*, Brussel, Larcier, 1999, 118.

<sup>84</sup> D. VAN GERVEN, *Handboek Verenigingen*, Kalmthout, Biblo, 2004, 253.

<sup>85</sup> M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, 304-305 en J. LINDEMANS, *Verenigingen zonder winstoogmerk in APR*, Brussel, Larcier, 1958, 105.

<sup>86</sup> M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, 305.

<sup>87</sup> Verslag bij de eerste lezing namens de Commissie voor Handels- en Economisch Recht bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 14 en 18.

<sup>88</sup> O.a. de faillissementen van Meavita, het Ruwaard van Putten Ziekenhuis, De Sionsberg, de IJsselmeerziekenhuizen en het Slotervaartziekenhuis. Voor meer achtergrond over de situatie bij onze Noorderburen: K. MEERSMA, T. HEKMAN en J. RIJKEN, “De faillierende zorginstelling”, *Onderneming en Financiering* 2017, (69) 69 en J. RIJKEN, “Het failliet van het faillissement?”, *T.Gez.* 2019, (105) 105. De commercialisering van de zorgsector gaat in Nederland verder dan in België en ook organisaties met een winstoogmerk mogen er een ziekenhuisexploitatie voeren.

analogie bij een faillissement van financiële instellingen. Dergelijke vangnetstichtingen moeten de meest vitale of acute taken van de gefailleerde stichting overnemen zodat de gevolgen van het faillissement voor de maatschappij beperkt blijven.

**43. Wetsvoorstel voor faillissement rust- en verzorgingstehuizen** – In een recent ingediend wetsvoorstel blijken een aantal volksvertegenwoordigers zich bewust te zijn van de problematiek van de mogelijke risico's bij het faillissement van rechtspersonen die rust- en verzorgingstehuizen uitbaten. De indieners van het wetsvoorstel pleiten ervoor om artikel XX.140 WER aan te vullen met de verplichting voor de curator om in geval van faillissement van een rust- en verzorgingstehuis (i) gedurende 5 dagen na het vonnis van faillietverklaring de activiteiten van de gefailleerde verder te zetten die noodzakelijk zijn om een “menswaardige” opvang van de patiënten of bewoners van de instellingen te waarborgen, en (ii) de curator te verplichten onverwijld het OCMW op wiens grondgebied het rusthuis gelegen is, te informeren.<sup>89</sup> De kosten voor deze opvang zouden in eerste plaats ten laste zijn van de boedel, en dus boedelschulden zijn. Het wetsvoorstel beoogt maatschappelijk onaanvaardbare situaties te vermijden door de curator te verplichten de exploitatie van het rust- en verzorgingstehuis tijdelijk verder te zetten.

**44. Meer aandacht voor organisaties met acute taak van algemeen belang** – Zowel de resultaten uit de empirische analyse, de voorbeelden van de Nederlandse ziekenhuizen als het ingediende wetsvoorstel voor rust- en verzorgingstehuizen tonen aan dat het niet ondenkbaar is dat ook in België er VZW's met een acute taak van algemeen belang failliet zullen gaan. Op dat moment zal de prangende vraag rijzen of de wettelijk omschreven taak<sup>90</sup> van de curator voldoende waarborgen biedt om het faillissement van dergelijke organisatie op een verantwoorde manier af te wikkelen zodat wordt vermeden dat “menselijkheid in botsing komt met de wettelijke regels voor de afhandeling van een faillissement”.<sup>91</sup> Het wetsvoorstel inzake de aanvulling van artikel XX.140 WER biedt in die zin een eerste aanzet voor dergelijke denkoefening, waarbij het aangewezen is dat het toepassingsgebied van de denkoefening niet beperkt blijft tot woonzorgcentra: ook ziekenhuizen, medisch-pedagogische instituten, organisaties die opvang organiseren voor jongeren uit kwetsbare thuissituaties en vele andere instellingen hebben eenzelfde acute taak. Een faillissement zou bij dergelijke *not-for-profit* organisaties vergaande gevolgen kunnen hebben op kwetsbare groepen in de samenleving.

#### DEEL IV. BESLUIT: THE PROOF OF THE PUDDING IS IN THE EATING

**45. Besluit** – De inwerkingtreding van Boek XX WER heeft zijn intrede niet gemist. Hoewel de wetgever in de *memorie van toelichting* stelde dat vrijwillige en gerechtelijke ontbindingen van VZW's de norm bleven<sup>92</sup>, tonen de cijfers van het empirische onderzoek dat tussen 1 mei 2018 en 30 april 2020 437 VZW's, 4 internationale VZW's en 7 private stichtingen failliet gingen.

Twee jaar na de inwerkingtreding van Boek XX WER voorziet artikel XX.243 WER in een evaluatie. Op basis van de resultaten uit het onderzoek naar het toepassingsgebied van Boek XX WER (Deel I.), de empirische analyse (Deel II.) en de potentiële knelpunten (Deel III.) kunnen alvast volgende elementen worden meegegeven:

- a. een duidelijk onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen draagt bij aan een gelijk *level playing field* tussen de verschillende economische actoren met eenzelfde economische activiteit. Om kwalificatieproblemen te vermijden is het aangewezen hier duidelijkheid te verschaffen omtrent

de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon. Indien hierdoor de kwalificatie onder het WER afwijkt van de kwalificatie in het bestuursrecht, is dat van minder belang;

- b. uit de empirische analyse is gebleken dat 43% van de gefailleerde VZW's activiteiten heeft die men traditioneel met VZW's associeert. Vóór 1 mei 2018 konden deze VZW's niet failliet gaan aangezien ze geen daden van koophandel verrichtten. Hierdoor is Boek XX WER een nieuw gegeven voor de *not-for-profit*-wereld.

Het *one size fits all*-karakter van de regels inzake de afwikkeling van het faillissement houdt echter niet *per se* rekening met de maatschappelijke functie en bijhorende bedrijfsvoering van een (I)VZW of stichting en een onderzoek naar een bijzondere *bankruptcy governance* voor organisaties uit de *not-for-profit*-sector zou in die zin waardevol kunnen zijn. Zo moet worden nagegaan of de geldende wettelijke bepalingen een curator voldoende wettelijke basis bieden om rekening

<sup>89</sup>. Wetsvoorstel tot aanvulling van Boek XX Insolventie van de ondernemingen van het Wetboek van economisch recht in geval van faillissement van rust- en verzorgingsinstellingen, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0618/001, 5. De verantwoording bij het wetsvoorstel richt zich vreemd genoeg enkel tot “commerciële vennootschappen”.

<sup>90</sup>. J. RIJKEN, “Het failliet van het faillissement?”, *T.Gez.* 2019, (105) 105.

<sup>91</sup>. Wetsvoorstel tot aanvulling van Boek XX Insolventie van de ondernemingen van het Wetboek van economisch recht in geval van faillissement van rust- en verzorgingsinstellingen, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0618/001, 3.

<sup>92</sup>. *Memorie van toelichting Boek XX, Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2407/001, 25.

te houden met de belanghebbenden van de VZW en de maatschappelijke impact van een bepaalde overdracht (*going concern* of realisatie van individuele activa). Een mogelijkheid zou zijn dat de curator verplicht wordt om eerst te onderzoeken of een overdracht in *going concern* mogelijk is, vooraleer hij kan overgaan tot de realisatie van individuele activa van de VZW. Ten slotte moet Boek XX WER een duidelijker kader bieden omtrent wat er moet gebeuren bij het faillissement van een rechtspersoon met een acute taak van algemene belang. Naar analogie met de vangnetstichtingen bij het faillissement van Nederlandse ziekenhuizen is het van belang een wettelijke terugval positie te hebben. Bij het faillissement van dergelijke rechtspersonen is het aangewezen dat een curator de wettelijke verplichting heeft om de exploitatie van de activiteit

voor een bepaalde periode verder te zetten, al dan niet onder een verhoogd toezicht door – en met toestemming van de rechter-commissaris;

- c. gedurende de eerste 2 jaar na de inwerkingtreding van Boek XX WER was de procedure tot gerechtelijke reorganisatie niet erg populair: slechts 6 VZW's werden het voorwerp van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie in vergelijking met 437 gefailleerde VZW's. Nochtans biedt de gerechtelijke reorganisatie een aantal waarborgen die onder b. al werden aangestipt (o.a. overdracht in *going concern*). In een ideale wereld vinden partijen, belanghebbenden en rechters nog meer de weg naar de procedure van de gerechtelijke organisatie, zodat de vierkant draaiende *not-for-profit*-organisatie terug op rails kan worden gezet zonder (ernstige) gevolgen voor de samenleving.