

De vennootschapsbestuurder als ondernemingsrechtelijke twistappel. Rechtspraak en beleidsmatige overwegingen

Niels Appermont¹

1. Inleiding	757
2. Verdeeldheid in rechtspraak en rechtsleer	757
3. Inzet van de rechtsvraag Beleidsmatige overwegingen	759
4. Enkele opvallende uitspraken nader bekeken	761
4.1. Arrest van het hof van beroep te Bergen van 27 augustus 2019	761
4.2. Vonnis van de arrondissementsrechtbank Antwerpen van 8 oktober 2019	762
4.3. Vonnis van de ondernemingsrechtbank te Luik van 30 juli 2019	763
4.4. Vonnis van de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank te Brussel van 25 juni 2019 en het arrest van het hof van beroep te Brussel van 28 oktober 2019	764
4.5. Vonnis van de ondernemingsrechtbank Antwerpen (afd. Turnhout) van 11 februari 2020	765
5. Besluit	767

SAMENVATTING

In de rechtspraak en de rechtsleer heerst controverse over de vraag of bestuurders van vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid, alsook bestuurders van andere rechtspersonen, kunnen worden beschouwd als “onderneming” in de zin van artikel I.1, 1° WER. De rechtsgevolgen die een dergelijke kwalificatie met zich kunnen meebrengen zijn dan ook niet gering. In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de stand van zaken in rechtspraak en rechtsleer, worden enkele recente uitspraken in dit verband nader toegelicht en worden eveneens enkele beleidsmatige overwegingen gemaakt bij de inzet van dit vraagstuk. Eén van de belangrijkste conclusies die in dit laatste verband worden geponeerd, is dat de inzet van dit vraagstuk niet louter beperkt blijft tot het ondernemings- en insolventierecht, maar tevens belangrijke governance-implicaties kan hebben voor het vennootschapsrecht.

RÉSUMÉ

Il existe une controverse dans la jurisprudence et la doctrine sur la question de savoir si les administrateurs de sociétés dotées de la pleine personnalité juridique, ainsi que les administrateurs d'autres entités juridiques, peuvent être considérés comme des « entreprises » au sens de l'article I.1, 1°, CDE. Les conséquences juridiques qu'une telle qualification peut entraîner ne sont pas négligeables. Cette contribution donne un aperçu de l'état de la jurisprudence et de la doctrine juridique, certains arrêts récents à cet égard sont expliqués plus en détail, et certaines considérations « politiques » sont également formulées lors de l'examen de cette question. L'une des conclusions les plus importantes à tirer dans ce dernier contexte est que la question ne se limite pas au droit commercial et de l'insolvabilité, mais peut également avoir des implications importantes en matière de gouvernance pour le droit des sociétés.

¹ Docent UHasselt, Law, Tax & Business Unit, Centrum voor Overheid en Recht.

1. INLEIDING

1. Met de inwerkingtreding van de wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht, werd in het Belgisch economisch recht een nieuwe definitie ingevoerd van het begrip “onderneming”. Zoals inmiddels uitvoering toegelicht in de rechtsleer² werd met dit begrip het voormalige koopmansbegrip uit het Wetboek van Koophandel definitief ten grave gedragen en daarmee ook het wetboek zelf. Het nieuwe begrip “onderneming” uit artikel I.1, 1° WER had daarbij de roeping om het handelaarsbegrip te vervangen als aanknopingspunt voor de toepassing van heel wat economischrechtelijke regelgeving.³ Zoals echter bekend, vormt het ondernemingsbegrip uit artikel I.1, 1° WER niet de enige definitie van het begrip “onderneming” die in het WER en bij uitbreiding in het Belgisch economisch recht kan worden teruggevonden.

Daarbij kan vooreerst worden gedacht aan de afwijkende, functionele ondernemingsdefinitie die herhaaldelijk opduikt over Boek I WER, zoals in artikel I.4/1, 1° WER (voor de toepassing van Boek III, Titel 3, Hoofdstuk 1 WER betreffende de algemene verplichtingen van ondernemingen), artikel I.6, 17° WER (voor de toepassing van Boek IV WER betreffende de bescherming van de mededinging), artikel I.7, 2° WER (voor de toepassing van Boek V WER betreffende de mededinging en de prijsevoluties), artikel I.8, 39° WER (voor de toepassing van Boek VI WER betreffende de marktpraktijken), artikel I.19, 6° WER (voor de toepassing van Boek XVI WER betreffende de buitengerechtelijke regeling van consumentengeschillen), artikel I.20, 7° WER (voor de toepassing van Boek XV WER betreffende de rechtshandhaving) en artikel I.21, 8° WER (voor de toepassing van Boek XVII, Titel 1 en Titel 2 WER betreffende enkele bijzondere rechtsprocedures, zijnde de vordering tot staking en de vordering tot collectief herstel). Daarbij dient bovendien nog in rekening te

worden genomen dat deze functionele ondernemingsdefinitie vaak zal moeten worden geïnterpreteerd in het licht van de toepasselijke Europeesrechtelijke regelgeving en de arresten van het Europees Hof van Justitie.⁴ Daarnaast kan worden gedacht aan van het algemene ondernemingsbegrip afhankelijke begrippen zoals de “geregistreerde entiteit” (zie art. I.4, 1° jo. art. III.16 WER), de “inschrijvingsplichtige onderneming” (zie art. I.4, 5° jo. art. III.49 WER), de “boekhoudplichtige onderneming” (art. I.5, 1° jo. art. III.82 WER) en het begrip “schuldenaar” (art. I.22, 8° WER). Voor de interpretatie van deze begrippen dient de lezer telkens te vertrekken vanuit het toepassingsgebied van het algemene ondernemingsbegrip uit (huidig) artikel I.1, 1° WER, zij het met enkele uitsluitingen en/of toevoegingen die door de wetgever werden aangebracht in de geciteerde wetsartikelen. Tot slot voorziet Boek I WER nog in een bijzondere definitie voor de “verzekeringsonderneming” (art. I.9, 72° WER).

Het algemene ondernemingsbegrip uit artikel I.1, 1° WER manifesteert zich daarmee als een *lex generalis* ten opzichte van de functionele ondernemingsbegrippen en enkele andere begrippen die in het WER worden gebruikt.

Een voorloper van dit nieuwe, algemene ondernemingsbegrip werd eerst ingevoerd door de wet van 11 augustus 2017 die het nieuwe Boek XX WER invoerde en daarmee het Belgisch insolventierecht moderniseerde. In voormalig artikel XX.1 WER lag een nagenoeg identieke definitie van het begrip onderneming verrat, met dien verstande dat deze definitie nog iedere publiekrechtelijke rechtspersoon uitsloot van dit ondernemingsbegrip, net zoals de definitie van het begrip “schuldenaar” uit artikel I.22, 8° WER vandaag. Deze definitie was enkel relevant voor de afbakening van het toepassingsgebied van Boek XX WER.

2. VERDEELDHEID IN RECHTSpraak EN RECHTSLEER

2. Reeds vanaf de invoering van artikel XX.1 WER, en later met de verruiming van deze ondernemingsdefinitie door middel van artikel I.1, 1° WER, rezen in de rechtspraak en

rechtsleer diepgaande meningsverschillen omtrent de vraag of natuurlijke personen die het mandaat van bestuurder in een vennootschap (met volkomen rechtspersoonlijkheid) uitoefene-

² Een kleine greep uit het bestaande aanbod: J. STUYCK, “De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht”, *TBH* 2018, 315-326; J. VANANROYE, “De onderneming in formele en in functionele zin” in J. VANANROYE en D. VAN GERVEN (eds.), *Leerstukken Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 16-18; A. AUTENNE en N. THIRION, “La nouvelle ‘définition générale’ de l’entreprise dans le Code de droit économique: deux pas en avant, trois pas en arrière”, *JT* 2018, 826-831; D. GOL en N. THIRION, “La réforme du droit des entreprises: panorama général” in N. THIRION (ed.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, Luik, Anthemis, 2019, 163-203; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip. Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)”, *NJW* 2020, 234-247; J. BAECK en J. VAN ESSEL, “De Wet Hervorming Ondernemingsrecht: het einde van het handelsrecht en de triomf van het ondernemingsrecht”, *RW* 2018-19, 1403-1419; I. VEROUSTRATE *et al.*, *Manuel de l’insolvabilité de l’entreprise*, Wolters Kluwer, 2019, p. 40-48. Voor, al dan niet terechte, kritische beschouwingen, zie: N. THIRION, “Pour une définition maniable et uniforme de l’entreprise dans le Code de droit économique”, *TRV-RPS* 2019, 909-912; W. DERIJKE, “L’immarcescible commerçant, le sparadrap cornélien, l’entreprise Potemkine et la grenade dégoupillée”, *TRV-RPS* 2018, 340-343.

³ *MvT* bij wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2828/001, 8-9.

⁴ Zie bv. het “handelaarsbegrip” uit richtlijn nr. 2005/29 betreffende de oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten en de interpretatie die het Hof daaraan gaf in het arrest *BKK Mobil Oil*; HvJ 3 oktober 2013, C-59/12, EU:C:2013:634. Zie nog in dit verband: J. STUYCK, “Le droit de la consommation: protection du consommateur à l’encontre de qui?”, *DCCR* 2020, 11-12; G. STRAETMANS, Bespreking HvJ 17 mei 2018, *Karel De Grote*, *RW* 2018-19, 796-798.

nen óók onder het toepassingsgebied van dit algemene ondernemingsbegrip vallen.⁵ Concreet rijst aldus de vraag of natuurlijke personen die het mandaat van vennootschapsbestuurder waarnemen (in de regel) zullen (kunnen) worden gekwalificeerd als personen die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefenen. Zowel in de rechtspraak⁶ als in de rechtsleer tekent zich een meerderheid af die aanvaardt dat natuurlijke personen die vennootschapsbestuurder zijn inderdaad kunnen worden gekwalificeerd als onderneming, mits er wordt voldaan aan enkele voorwaarden.⁷ Een minderheid van de rechtspraak en rechtsleer wijst een mogelijke kwalificatie van vennootschapsbestuurders als onderneming van de hand.⁸ Hiertoe worden verschillende argumenten aangehaald, zoals het gegeven dat vennootschapsbestuurders geen eigen economisch doel nastreven, dat zij geen “organisatie”

zijn in de zin van artikel I.1, 1° WER of dat zij worden uitgezonderd van de verplichting tot inschrijving in de KBO.⁹ Nog een groep auteurs wijst deze kwalificatie niet meteen van de hand, maar stelt zich wel kritisch of vragend op.¹⁰

3. Deze bijdrage beoogt niet zozeer om opnieuw standpunt in te nemen betreffende deze discussie. Dit hebben wij reeds elders gedaan.¹¹ Deze bijdrage beoogt vooral om een overzicht te geven van de stand van zaken op het ogenblik van het schrijven en daarbij enkele markante rechterlijke uitspraken die in de rechtsleer nog niet uitvoerig aan bod zijn gekomen even van naderbij te bekijken. Eerst wordt even ingegaan op de inzet van de voorliggende rechtsvraag en de bijhorende beleidsmatige overwegingen die daarbij kunnen spelen.

5. Gelijkaardige vragen rijzen ook voor andere natuurlijke personen-mandatarissen van vennootschappen, zoals de vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon-bestuurder, zie: N. APPERMONT, “Is de vaste vertegenwoordiger een onderneming?” (noot bij Arrondrb. Antwerpen 12 maart 2019), *TRV/RPS* 2019, 871-877.
6. Als *disclaimer* kan worden meegegeven dat het hier gaat om de *gepubliceerde* rechtspraak en de *ongepubliceerde* rechtspraak waartoe de auteur toegang had. Het betreft aldus de impressie van de auteur, op grond van het beschikbare bronnenmateriaal. Bij gebrek aan een systematische publicatie van alle Belgische rechtspraak kan deze claim immers moeilijk empirisch geverifieerd worden. Duidelijk is alvast wel dat de meerderheid van de gepubliceerde rechtsleer dit standpunt verdedigt.
7. Zie voor de *rechtsleer*: Ph. MOINEAU, “Le nouveau droit de l’insolvabilité des entreprises: champ d’application et principes généraux” in N. THIRION (ed.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, Limal, Anthemis, 2019, 38; A. ZENNER, *Traité du droit de l’insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, 303-307; Ph. MOINEAU en F. ERNOTTE, “Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite” (noot bij Orb. Luik (afd. Luik) 12 december 2018), *JLMB* 2019, 697-719; A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 494-503; J. VANANROYE, “De onderneming in formele en in functionele zin” in J. VANANROYE en D. VAN GERVEN (eds.), *Leerstukken Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 16-17; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip. Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)”, *NJW* 2020, 240-242; N. OUCHINSKY, “L’insolvabilité des dirigeants d’entreprise”, *Rev.b.compt.* 2019, 103-132. Enigszins terughoudend: C. ALTER, “Le gérant d’entreprise est-il une entreprise?” in X (ed.), *Comptabilité et fiscalité: actualités et perspectives, Liber Amicorum OECCB*, Limal, Anthemis, 2019, 179-188. Zie voor de *rechtspraak*: Brussel 28 oktober 2019, AR 2019/QR/42, zie dit nummer, p. 788 (het arrest hervormt een uitspraak van de Nederlandstalige Orb. te Brussel van 25 juni 2019, AR O/19/00584); Brussel 28 juni 2019, AR 2019/QR/27, *onuitg.* (het arrest hervormt een uitspraak van de Nederlandstalige Orb. te Brussel van 14 mei 2019); Antwerpen 28 november 2019, AR 2018/EV/28, zie dit nummer, p. 790 (het arrest hervormt een uitspraak van de Orb. Antwerpen (afd. Turnhout) van 6 november 2018; Luik 2 april 2019, *JLMB* 2019, 1285, *TBH* 2019, 578; Luik 2 april 2019, AR 2018/RG/1343, *onuitg.*; Brussel 21 december 2018, *TBH* 2019, 575; Kh. Luik (afd. Luik) 29 juni 2018, AR O/18/00150, *onuitg.*; Kh. Luik (afd. Namen) 11 juni 2018 *JLMB* 2019, 684; Kh. Luik (afd. Luik) 18 juni 2018, *TBH* 2019, 581; Arb. Brussel 9 oktober 2018, AR 2018/BB/12, *onuitg.*; Orb. Luik (afd. Namen) 6 december 2018, *TBH* 2019, 595 (deze uitspraak betrof een procedure waarin de zaakvoerder een gerechtelijke reorganisatie aanvraagde); Orb. Luik (afd. Namen) 31 januari 2019, AR R/17/00026, *onuitg.*; Orb. Luik (afd. Namen) 7 maart 2019, AR O/19/00082, *onuitg.*; Arbrb. Luik (afd. Neufchâteau) 3 april 2019, AR 18/45/B, zie dit nummer, p. 771; Orb. Brussel (Fr.) 16 mei 2019, AR O/19/01134, *onuitg.*; Arrondrb. Antwerpen 12 november 2019, AR 19/25/E, *onuitg.*; Arrondrb. Antwerpen 8 oktober 2018, AR 19/20/E, zie dit nummer, p. 769; Arrondrb. Antwerpen 12 november 2019, AR 19/26/E, *onuitg.*; Orb. Luik (afd. Luik) 30 juli 2019, AR O/19/692, zie dit nummer, p. 800 (de ondernemingsrechtbank was in dit geval bereid te aanvaarden dat vennootschapsmandatarissen als onderneming kunnen worden gekwalificeerd, doch de aangifte was *in casu* te laat gebeurd volgens de rechtbank); Arbrb. Henegouwen (afd. Bergen) 4 juni 2019, AR 19/234/B, *onuitg.*
8. Zie voor de *rechtsleer*: D. GOL en J.-P. LEBEAU, “Le tribunal de l’entreprise. Nouvelles règles en matière de compétences, de composition, de procédure et de preuve”, *JT* 2018, 843; I. VEROUGSTRATE, *Manuel de l’insolvabilité de l’entreprise*, Luik, Wolters Kluwer, 2019, 44-48. Bepaalde rechtspraak en rechtsleer die deze kwalificatie afwijst baseert zich tevens op: A. AUTENNE en N. THIRION, “La nouvelle ‘définition générale’ de l’entreprise dans le Code de droit économique: deux pas en avant, trois pas en arrière”, *JT* 2018, 826, aangezien de auteurs verwijzen naar de voorwaarde dat een onderneming wordt gekenmerkt door een zekere “organisatie”. Zie voor de *rechtspraak*: Bergen 5 februari 2019, *JLMB* 2019, 678, *TBH* 2019, 588; Kh. Waals Brabant 8 oktober 2018, AR O/18/00084, zie dit nummer, p. 769 (hervormd door het HvB te Brussel in een arrest van 21 december 2018); Orb. Henegouwen (afd. Doornik) 6 november 2019, *JLMB* 2019, 688, *TRV-RPS* 2019, 111; Kh. Antwerpen (afd. Turnhout) 26 juni 2018, *TRV-RPS* 2019, 116; Orb. Luik (afd. Luik) 12 december 2018, *JLMB* 2019, 696; Orb. Brussel (NL.) 28 juni 2019, AR O/19/00584, *onuitg.* (de rechtbank oordeelde dat de verzoekende partij weliswaar geacht werd een zelfstandige beroepsactiviteit uit te oefenen, doch weigerde hem failliet te verkrijgen aangezien hij reeds enkele jaren gepensioneerd was en het bestuursmandaat onbezoldigd waarnam; het vonnis werd hervormd door HvB Brussel in een arrest van 28 oktober 2019); Orb. Brussel (NL.) 14 mei 2019, AR O/19/00502, zie dit nummer, p. 795 (de ondernemingsrechtbank aanvaardde dat een zaakvoerder van een BVBA een onderneming was, doch oordeelde dat de verzoeker niet aantoonde dat de faillissementsvoorwaarden in diens hoofde waren vervuld, doordat de verzoeker naar oordeel van de rechtbank enkel een lijst met schuldeisers had bezorgd; het vonnis werd hervormd in beroep door HvB Brussel in een arrest van 25 juni 2019, AR 2019/QR/27); Orb. Antwerpen (afd. Turnhout) 11 februari 2020, N/20/00014 (O/19/00431), zie dit nummer, p. 833; Orb. Antwerpen (afd. Turnhout) 11 februari 2020, N/20/00015 (O/19/00432), zie dit nummer, p. 833.
9. Zie voor overzichten van rechtspraak: N. OUCHINSKY, “L’insolvabilité des dirigeants d’entreprise”, *Rev.b.compt.* 2019, 109-120; Ph. MOINEAU en F. ERNOTTE, “Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite” (noot bij Orb. Luik (afd. Luik) 12 december 2018), *JLMB* 2019, 704-710; A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 501-502.
10. Zie: Y. GODFROID, “La liquidation des entreprises en difficulté” in N. THIRION (ed.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, Limal, Anthemis, 2019, 112-115; W. DERIJCKE, “Les nouveaux champs d’application du droit de l’insolvabilité” in C. ALTER (ed.), *Le nouveau droit de l’insolvabilité*, Brussel, Larcier, 2017, 30.
11. A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 494-503.

3. INZET VAN DE RECHTSVRAAG BELEIDSMATIGE OVERWEGINGEN

4. Dit debat vormt geen zuiver academische aangelegenheid. In de onderzochte rechtspraak omtrent de mogelijke kwalificatie van de bestuurder van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid rijst deze vraag doorgaans naar aanleiding van een faillissementsaangifte door een bestuurder. Dit is echter niet steeds het geval. In een zeldzaam geval gaat het niet om de faillissementsaanvraag door de bestuurder, maar om een aanvraag tot gerechtelijke reorganisatie.¹² In een ander geval rijst de vraag in een bevoegdheidskwestie waarbij de natuurlijke persoon-bestuurder voor het vrederecht werd gedaagd tot betaling van achterstallige facturen en een verbrekingsvergoeding betreffende een huurcontract voor roerende goederen, waarbij de bestuurder los van diens vennootschap had gecontracteerd.¹³ *In casu* had het vrederecht ambtshalve de bevoegdheidsvraag opgeworpen. De relevantie van deze rechtsvraag is dus niet per definitie beperkt tot faillissementskwesties.

Het is echter binnen het contentieux van het faillissementsrecht dat dit vraagstuk het meest rijpt. Dit heeft veel te maken met de evolutie die het Belgisch insolventierecht als geheel (mede onder Europeesrechtelijke invloed) heeft doorgemaakt, i.e. van een klassiek sanctionerend insolventierecht dat tot doel had om insolvabele schuldenaren uit de markt te verwijderen en de failliete onderneming te liquideren, naar een meer pardonnerend faillissementsrecht dat ruimte biedt voor een tweedekansenbeleid.¹⁴

Twee voorbeelden zijn in dat verband van belang voor onze casus. Vooreerst kan worden gewezen op de vernieuwde regeling inzake de afbakening van het actief van de faillissementsboedel (art. XX.110, § 3, tweede lid WER). De wet bepaalt in dit verband dat alle goederen, bedragen, sommen en uitkeringen die de gefailleerde ontvangt sinds de faillietverklaring op grond van een oorzaak die dateert van na het faillissement, van het actief van de faillissementsboedel worden uitgesloten. Deze regel dient te worden gekaderd binnen het tweedekansenbeleid dat de stellers van de nieuwe insolventiewetgeving beoogden.¹⁵ Wanneer de natuurlijke

persoon-gefaillieerde aldus begint met een nieuwe ondernemingsactiviteit, of op enige andere wijze een nieuwe bron van inkomsten aanboort, kunnen deze inkomsten niet door de curator worden aangewend ten behoeve van de schuldeisers in het faillissement.

Daarnaast kan worden gewezen op de vernieuwde regeling inzake de kwijtschelding van eventuele restschulden na beëindiging van de faillissementsprocedure (art. XX.173 WER), i.e. de opvolger van de voormalige verschoonbaarheid uit de faillissementswet van 1997. Deze kwijtschelding wordt in principe eenvoudig verleend op verzoek van de gefailleerde-natuurlijke persoon. Deze kwijtschelding kan slechts geheel of gedeeltelijk worden geweigerd in het geval de gefailleerde kennelijk grove fouten kunnen worden verweten die hebben bijgedragen tot het faillissement. Deze kwijtscheldingsregeling is vrij gul en omvattend. Slechts onderhoudsschulden en schadevergoedingen wegens overlijden of wegens aantasting van de lichamelijke integriteit van een persoon waaraan de gefailleerde schuld heeft, worden uitgesloten. Daar tegenover staat wel dat iedere belanghebbende, met inbegrip van het OM en de curator vanaf de bekendmaking van het faillissementsvonnis kunnen vorderen dat de kwijtschelding slechts deels of in het geheel niet mag worden toegekend wegens een kennelijk grove fout die zij de gefailleerde aanwrijven.

5. Het tweedekansenbeleid dat geldt voor natuurlijke personen-ondernemingen verschilt daarmee in belangrijke mate met de procedure van collectieve schuldenregeling, die geldt voor personen die geen onderneming zijn en die hun onvermogen kennelijk niet zelf hebben veroorzaakt.¹⁶ Het doel van de collectieve schuldenregeling bestaat er zelfs in om via een minnelijke of gerechtelijke aanzuiveringsregeling deze schuldenaar in staat te stellen om, in de mate van het mogelijke, diens schulden te kunnen afbetalen.¹⁷ Een onmiddellijke kwijtschelding van schulden kan luidens artikel 1675/13 Ger.W. slechts worden toegekend indien meteen blijkt dat geen enkele minnelijke of gerechtelijke aanzuiveringsre-

¹². Orb. Luik (afd. Namen) 6 december 2018, *TBH* 2019, 595.

¹³. Arrondrb. Antwerpen 8 oktober 2019, AR 19/20/E, zie dit nummer, p. 769.

¹⁴. *MvT* bij wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen" in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen aan Boek XX, in Boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.*Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, 4, 98. Zie in dat verband ook richtlijn (EU) nr. 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad 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) nr. 2017/1132 (richtlijn betreffende herstructurering en insolventie). Zie bv. considerans 5 van deze richtlijn: "In veel lidstaten duurt het meer dan drie jaar voordat insolvente maar eerlijke ondernemers schuldenvrij worden en een nieuwe start kunnen maken. Inefficiënte regelingen voor kwijtschelding van schuld en beroepsverbod zorgen ervoor dat ondernemers naar een ander rechtsgebied moeten verhuizen om binnen een redelijke termijn een nieuwe start te kunnen maken, met aanzienlijke extra kosten voor zowel de schuldeisers als de ondernemers zelf. Langdurige beroepsverboden, waarmee een tot kwijtschelding van schuld leidende procedure vaak gepaard gaat, belemmeren de vrijheid om een zelfstandige ondernemersactiviteit te beginnen en uit te oefenen." Zie ook: N. OUCHINSKY, "L'insolvabilité des dirigeants d'entreprise", *Rev.b.compt.* 2019, 104.

¹⁵. *MvT* bij wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen" in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen aan Boek XX, in Boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.*Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, 83.

¹⁶. Art. 1675/2 Ger.W. jo. art. 254 wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht.

¹⁷. Art. 1675/3 Ger.W.

geling mogelijk is, omwille van het gegeven dat de verzoeker over te weinig middelen beschikt. Een dergelijke kwijtschelding is daarenboven onderworpen aan de ontbindende voorwaarde van “terugkeer van fortuin” binnen de 5 jaar die volgen op de beslissing.¹⁸ Een beroep op deze uitzonderlijke regeling is bijvoorbeeld denkbaar wanneer het gaat om gepensioneerden van zeer hoge leeftijd of mindervaliden met een minimaal inkomen.¹⁹ Ook in het geval van een minnelijke of gerechtelijke aanzuiveringsregeling is een kwijtschelding van schulden geen evidentie.²⁰ In het geval van een minnelijke aanzuiveringsregeling, omdat dit in principe het akkoord van alle schuldeisers vereist.²¹ In het geval van een gerechtelijke aanzuiveringsregeling, omdat eerst andere maatregelen zoals een herschikking van de schulden of het kwijtschelden of verminderen van interesten en kosten moeten worden aangewend en een kwijtschelding van (het kapitaal van) de schulden zelf slechts mogelijk is nadat alle voor beslag vatbare goederen te gelde zijn gemaakt.²² Deze laatste voorwaarde stemt overeen met deze uit het faillissementsrecht, zij het wel dat de vereffening van het vermogen van de gefailleerde meteen een hoofddoelstelling is van de faillissementsprocedure, zodat er niet eerst andere opties moeten worden nagegaan en dat de rechter in het geval van de kwijtschelding in een faillissementscontext minder speelruimte heeft om de kwijtschelding te weigeren, wanneer daarom tijdig door de gefailleerde werd verzocht. Bovendien kent de procedure van collectieve schuldenregeling geen regeling die analoog is aan deze uit artikel XX.110, § 3, tweede lid WER.

6. Uit het voorgaande, summier weergegeven, onderscheid tussen het tweedekansbeleid uit het insolventierecht en de collectieve schuldenregeling blijkt reeds dat het prikkels zou kunnen scheppen in hoofde van een natuurlijke persoon die zich in betalingsmoeilijkheden bevindt om te argumenteren dat hij of zij in werkelijkheid een onderneming is en aldus toegang zou moeten krijgen tot de faillissementsprocedure als “schuldenaar” in de zin van artikel I.22, 8° WER. Hier ontstaat als het ware een risico op “*procedure shopping*”, waarbij het voor de persoon in kwestie voordeliger zou kunnen zijn om toegang te krijgen tot de faillissementsprocedure in plaats van tot een procedure van collectieve schuldenregeling. Een eventuele weerstand tegen een al te gemakkelijke kwalificatie als onderneming voor natuurlijke personen zou aldus ingegeven kunnen zijn door de gevolgen die een dergelijke kwalificatie voor de natuurlijke persoon in betalingsmoeilijkheden met zich kan mee-

brenge: de toepassing van de “gulle” kwijtscheldingsregels uit het faillissementsrecht in plaats van de meer stringente collectieve schuldenregeling.²³ In de mate dat dit onderscheid conform hogere rechtsnormen, zoals bijvoorbeeld het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel (al dan niet in samenhang gelezen met het recht op bescherming van eigendom) is, vormt dit o.i. echter een beleidskwestie die aan de wetgever moet worden overgelaten.

7. Met het voorgaande is ook meteen het potentieel belang van deze kwestie voor vennootschapsbestuurders geïllustreerd. Immers, ook vennootschapsbestuurders-natuurlijke personen kunnen worden geconfronteerd met een overmatige schuldenlast, zowel omwille van privéschulden als schulden die ontstaan naar aanleiding van de insolventie van de vennootschap. Denk aan het geval waarin de bestuurder een persoonlijke zekerheid heeft verstrekt aan een schuldeiser van de vennootschap of wordt geconfronteerd met een vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid of een bijzondere faillissementsaansprakelijkheid. Op de hypothese van de persoonlijke zekerheidsstelling na, hebben deze schulden in hoofde van de bestuurder normaal gesproken geen uitstaans met het bedrijfsrisico dat de vennootschap liep. Toch kan het voor de bestuurder in kwestie een interessante piste zijn om ook zelf als onderneming het faillissement aan te vragen.

8. De beleidsmatige vraag die hierachter schuilgaat is of het waarnemen van een mandaat van bestuurder in een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid ook een ondernemingsactiviteit op zich is, dus los van het bedrijfsrisico dat door de vennootschap wordt gelopen, die een eigen “bedrijfsrisico” met zich meebrengt, wat evenzeer verdient om te worden omkleed met het kussen van het insolventierechtelijk “tweedekansbeleid”. Divergente visies zijn mogelijk.

Eenzijds kan worden geargumenteed dat het niet meer dan logisch is dat vennootschapsbestuurders genieten van dezelfde ondernemersvriendelijke maatregelen die ook gelden voor andere ondernemingen. Indien de vennootschapsbestuurder dan toch een onderneming is, waarom deze dan anders behandelen dan andere natuurlijke personen die een ondernemingsactiviteit voeren? Dit alles natuurlijk in de veronderstelling dat de vennootschapsbestuurder inderdaad een ondernemer is in de zin van artikel I.1, 1° WER. Elders hebben wij verdedigd, in overeenstemming met het meerder-

¹⁸. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, “Kwijtschelding van schuld” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 899.

¹⁹. R. PLAËKE, *Collectieve schuldenregeling*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 49.

²⁰. B. MAES, P. VANLERSBERGHE, N. CLUMANS en S. VAN SCHEL, *Gerechtelijk privaatrecht ... na de hervormingen van 2017-2019*, Brugge, die Keure, 2019, 468.

²¹. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, “Kwijtschelding van schuld” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 900.

²². Art. 1675/13 Ger.W.

²³. Zie ook in deze zin: J. VANANROYE, “De onderneming in formele en in functionele zin” in J. VANANROYE en D. VAN GERVEN (eds.), *Leerstukken Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 17.

heidsstandpunt, dat de vennootschapsbestuurder in de regel ook een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefent. Die beroepsactiviteit bestaat in de dienstverlening ten aanzien van de vennootschap die het waarnemen van het bestuursmandaat met zich meebrengt (en die meestal tegen betaling gebeurt).²⁴ Het gegeven dat het kan gaan om een dienstverlening ten aanzien van slechts één vennootschap, maakt in deze geen verschil. Ook in het geval van de handelsagent die slechts optreedt voor een enkele principaal wordt aanvaard dat deze handelsagent een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefent. Het gegeven dat de vennootschapsbestuurder niet op de open markt actief is, doet niets af aan het gegeven dat het kan gaan om een beroepsactiviteit. Welnu, zo zou het argument kunnen luiden, waarom zou de “zelfstandige beroepsactiviteit” van de bestuurder de toepassing van het insolventierecht uit Boek XX WER niet verantwoorden en de zelfstandige beroepsactiviteiten van alle andere natuurlijke personen-ondernemers dan wel?

Anderzijds moet worden vastgesteld dat de mogelijkheid tot opening van een insolventieprocedure in hoofde van de bestuurder zelf een zeker risico kan impliceren voor de bestuurde vennootschap. Niet zelden rijst de vraag naar een eventueel faillissement (of gerechtelijke reorganisatie) in hoofde van een bestuurder wanneer de bestuurde vennootschap zichzelf in een situatie van insolventie bevindt. In een dergelijk geval kan de bestuurder worden geconfronteerd met een door de curator ingestelde vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid, een bijzondere faillissementsaansprakelijkheid (bv. art. XX.225 WER), een vordering wegens *wrongful trading* (art. XX.227 WER) en dergelijke meer. Door een vennootschapsrechtelijke bril bekeken zijn dit niet louter aansprakelijkheidsgronden, maar ook *governance* -mechanismen die het gedrag van bestuurders als *agent* sturen ten behoeve van de aandeelhouders²⁵ en zelfs de schuldeisers²⁶ van de vennootschap. Morrelen aan het afschrikkend (en sturend) effect van deze aansprakelijk-

heidsgronden, is morrelen aan de governance-regels van het vennootschapsrecht zelf. In de regel zal het immers niet gaan om lichte fouten, gelet op (i) het beginsel van marginale toetsing uit artikel 2:56 WVV voor bestuursfouten die geen schending van de wet of de statuten van de vennootschap uitmaken en (ii) de “cap” op bestuurdersaansprakelijkheid uit artikel 2:57 WVV die principieel geldt voor niet-herhaalde lichte fouten. Vanuit dit perspectief bekeken kan het tweedekansenbeleid uit het insolventierecht voor bestuurders van vennootschappen worden geïnterpreteerd als een “cap” die geldt voor alle vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, ongeacht hun grondslag.

Daaraan kan nog worden toegevoegd dat de vereiste van een beroepsactiviteit hier het potentieel heeft om te leiden tot een pervers effect. Zo wordt in de rechtsleer – de *lege lata* o.i. terecht – verdedigd dat in hoofde van bestuurders van non-profit-entiteiten met rechtspersoonlijkheid en onbezoldigde bestuurders van rechtspersonen allerhande in de regel minder snel zal kunnen worden besloten tot de aanwezigheid van een beroepsactiviteit en dus een kwalificatie als onderneming.²⁷ Echter, deze rechtspersonen, ook indien zij geen enkele winstgevende of economische activiteit ontplooiën, zijn ondernemingen omwille van het enkele gegeven dat zij rechtspersonen zijn en kunnen dus failliet worden verklaard. In een dergelijke insolventiecontext, of zelfs daarbuiten, kunnen de (onbezoldigde) bestuurders van dergelijke entiteiten per hypothese worden geconfronteerd met aansprakelijkheidsclaims, zónder dat zij uiteindelijk het voordeel kunnen genieten van artikel XX.110, § 3, tweede lid of de gulle verschoonbaarheidsregels bij faillissement.

Vanuit dit oogpunt kunnen aldus vraagtekens worden geplaatst bij de merites van de regel dat vennootschapsbestuurders in de regel als ondernemingen zullen worden gekwalificeerd.

4. ENKELE OPVALLENDE UITSPRAKEN NADER BEKEKEN

4.1. Arrest van het hof van beroep te Bergen van 27 augustus 2019

9. Een eerste uitspraak die hier onder de loep wordt geno-

men is deze van het hof van beroep te Bergen van 27 augustus 2019.²⁸ Dit arrest kan worden afgezet tegen een eerder arrest van hetzelfde hof van 5 februari 2019²⁹ waar het hof had geweigerd om een zaakvoerster van een BVBA

²⁴. A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 501.

²⁵. J. ARMOUR, L. ENRIQUES, H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “The Basic Governance Structure: The Interests of Shareholders as a Class” in R. KRAAKMAN, J. ARMOUR *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 3rd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2017, 69-71.

²⁶. J. VANANROYE en G. LINDEMANS, “Schuldeisersbescherming tegen misbruik van rechtspersonen: het insolventierecht geeft en het vennootschapsrecht neemt?”, *DAOR* 2017, afl. 3, 8.

²⁷. G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip. Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)”, *NJW* 2020, 241, die ook verwijst naar R. STEENNOT, J. WERBROUCK en R. VAN DER BRUGGEN; A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 501-502, vn. 53 en vn. 54; J. VANANROYE, “De onderneming in formele en in functionele zin” in J. VANANROYE en D. VAN GERVEN (eds.), *Leerstukken Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 16-17; Ph. MOINEAU en F. ERNOTTE, “Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite” (noot bij Orb. Luik (afd. Luik) 12 december 2018), *JLMB* 2019, 718-719.

²⁸. Bergen 27 augustus 2019, AR 2019/RQ/21, zie dit nummer, p. 769.

²⁹. Bergen 5 februari 2019, *JLMB* 2019, 678, *TBH* 2019, 588.

failliet te verklaren. In het arrest van 27 augustus 2019 kwam het hof tot een ander oordeel. Het arrest betrof een zelfstandige verpleegster, die deze activiteit kennelijk had ondergebracht in een BVBA, waarvan zij (bezoldigd) zaakvoerster was. Dit was haar enige bron van inkomsten. Omwille van gezondheidsproblemen en een scheiding kwam de BVBA in moeilijk vaarwater terecht en werd de vennootschap uiteindelijk failliet verklaard. De zaakvoerster hield nu voor dat ook in haar hoofde alle faillissementsvoorwaarden waren vervuld. Zij verwees daarbij onder andere naar een uitspraak van de arbeidsrechtbank te Henegouwen waarbij was geoordeeld dat een vennootschapsbestuurder niet in aanmerking kwam voor een collectieve schuldenregeling, aangezien deze een onderneming in de zin van artikel I.1, 1° WER zou zijn.³⁰

Het hof nam allereerst akte van het gegeven dat in de rechtsleer discussie bestond over de vraag of zaakvoerders en bestuurders failliet kunnen worden verklaard en nam daarbij in het bijzonder akte van het eerdere arrest van 5 februari 2019. Het hof greep daarbij allereerst terug naar het organisatiebegrip dat het leest in artikel I.1, 1° WER: “*La notion d’entreprise suppose, premièrement, l’existence d’une organisation. Le terme ‘organisation’ n’est pas défini et se retrouve, à la fois, dans le ‘chapeau’ du texte et dans le littéra C.*” Het hof stelde vervolgens vast dat er geen discussie kon bestaan over het gegeven dat de zaakvoerster in kwestie als zelfstandige diende te worden beschouwd.

Vervolgens arriveerde het hof bij de toetsing van het tweede criterium, de beroepsactiviteit. Hierbij verwees het hof naar de verschillende interpretaties die aan dit begrip konden worden gegeven, en in het bijzonder naar de zaak *Drago Nemec* van het Europees Hof van Justitie.³¹ In dit arrest interpreteerde het Hof het ondernemingsbegrip uit de richtlijn nr. 2000/30/EG betreffende de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties. Het Hof overwoog daarbij als volgt: “*Het volstaat dan ook niet dat een persoon een transactie sluit die verband houdt met een economische activiteit, zoals de verhuur van een goed aan een derde, om te vallen onder het begrip ‘onderneming’ en opdat die transactie een ‘handelstransactie’ in de zin van artikel 2, 1. van die richtlijn vormt. Daartoe is mede vereist dat die persoon handelt als organisatie in het kader van een dergelijke activiteit of van een zelfstandige beroepsmatige activiteit.*”³² Het hof te Bergen leidde daaruit vervolgens af dat de beroepsactiviteit in kwestie op een gestructureerde en duurzame wijze dient te worden uitgevoerd. Dit zou de bedoeling van de wetgever zijn geweest door het opnemen van het begrip organisatie in de aanhef van artikel I.1, 1° WER. Deze notie dient naar oordeel van het hof dan ook te worden geïntegreerd in het ondernemingsbegrip.

Echter, vervolgens overweegt het hof het volgende: “*Il ne peut dès lors être exclu qu’un mandataire de société développe, par lui-même une organisation personnelle. [...] Partant, il convient de déterminer si le mandataire exerce une activité qui lui est propre, s’il développe une activité distincte de celle de la personne morale au nom et pour compte de laquelle il agit, de manière structurée et durable.*” Op grond van het gegeven dat de zaakvoerster in kwestie een eigen RIZIV-nummer had en in het kader van haar activiteiten enkele bancaire schulden ten persoonlijke titel was aangegaan, oordeelde het hof tot slot dat zij wel degelijk een eigen beroepsactiviteit uitoefende. Zij kon aldus volgens het hof wel degelijk failliet worden verklaard.

10. Dit arrest is markant, aangezien het aantoont dat ook de strekking in de rechtspraak die – terecht of onterecht – een afzonderlijke, bijkomende betekenis hecht aan het begrip organisatie in artikel I.1, 1° WER, tot het oordeel kan komen dat een vennootschapsbestuurder voldoet aan de voorwaarden om te worden gekwalificeerd als een onderneming. Zij het wel dat er een aantal vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de exacte redenering van het hof. Het hof motiveert immers maar in zeer beperkte mate welke persoonlijke organisatie de dame in kwestie had buiten haar eigen vennootschap, waarvan het zaakvoerderschap luidens het arrest haar enige bron van inkomsten was. Daarnaast stelt het hof vast dat de zaakvoerster, behalve een borgstelling die ze had toegezegd, tevens verschillende bancaire kredieten op eigen naam had afgesloten. De vraag rijst hier echter in welke mate de zaakvoerster hiermee actief kon aantonen dat zij een werkelijke organisatie voerde die los stond van haar mandaat als zaakvoerder. Het louter aangaan van persoonlijke schulden als zaakvoerder wijst o.i. nog niet op het voeren van een werkelijke organisatie die los staat van de vennootschap, indien dat al zou moeten worden vereist.

Hoewel het arrest dus eerder kan worden gesitueerd binnen de stroming in de rechtspraak die een (al te gemakkelijke) kwalificatie van vennootschapsbestuurders doorgaans verworpt, illustreert dit arrest van het hof van beroep te Bergen dat de criteria die door deze strekking worden gehanteerd ook kunnen leiden tot een kwalificatie als onderneming in de zin van artikel I.1, 1° WER.

4.2. Vonnis van de arrondissementsrechtbank Antwerpen van 8 oktober 2019

11. Een volgende interessante uitspraak is afkomstig van de arrondissementsrechtbank te Antwerpen van 8 oktober 2019.³³ Het geval betrof een onderneming die een koffiema-chine verhuurde met exclusieve afnameverplichting en de

^{30.} Arrbrb. Henegouwen (afd. Bergen) 4 juni 2019, AR 19/234/B, *onuitg.*

^{31.} HvJ 15 december 2016, C-256/15, *Drago Nemec / Republiek Slovenië*, EU:C:2016:954.

^{32.} *Ibid.*, overw. 30.

^{33.} Arrondrb. Antwerpen 8 oktober 2019, AR 19/20/E, zie dit nummer, p. 785.

zaakvoerder van een BVBA voor de vrederechter had gedaagd tot betaling van achterstallige facturen en een verbrekingsvergoeding. De vrederechter wierp echter ambtshalve de vraag naar zijn materiële bevoegdheid op, nu de vraag rees of het niet ging om een geschil tussen twee ondernemingen in de zin van artikel 573 Ger.W. *jo.* artikel I.1, 1^o WER. De zaak werd daarmee verwezen naar de arrondissementsrechtbank. De eisende partij wierp op dat de verweerder het huurcontract ten persoonlijke titel had ondertekend, zonder melding te maken van diens hoedanigheid van zaakvoerder.

De arrondissementsrechtbank boog zich vervolgens over de vraag of de zaakvoerder in kwestie al dan niet zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefende. Volgens de rechtbank bleek dat de verwerende partij die het huurcontract voor de koffiemachine inderdaad gesloten had zaakvoerder was van de desbetreffende BVBA, dat de toestellen geplaatst werden in de handelszaak van de BVBA en dat deze stond ingeschreven als restauranthouder in het Rijksregister. Uit de voor de rechtbank beschikbare gegevens bleek dat hij het mandaat van zaakvoerder op duurzame wijze uitoefende en daarbij een economische doelstelling nastreefde. Deze activiteiten konden volgens de arrondissementsrechtbank dan ook geenszins worden beschouwd als het “normaal beheer van het privévermogen”. De tegenpartij kon volgens de rechtbank moeilijk voorhouden dat zij niet op de hoogte was van deze gegevens, die zij overigens zelf had aangevoerd in de loop van de procedure. Aangezien het een geschil betrof tussen de twee ondernemingen in de zin van artikel I.1, 1^o WER, was het dan ook de ondernemingsrechtbank die op basis van artikel 573 Ger.W. bevoegd was.

12. Deze uitspraak van de arrondissementsrechtbank illustreert verder (zie *supra*, randnr. 4) dat de kwalificatieproblematiek in hoofde van zaakvoerders zich niet enkel voordoet in gevallen van insolventie, maar tevens relevant kan zijn in zaken waar de materiële bevoegdheid van een rechtscollege ter discussie staat. In de interpretatie die de arrondissementsrechtbank te Antwerpen aan het ondernemingsbegrip geeft, valt aldus af te leiden dat in de optiek van deze rechtbank vennootschapsbestuurders, o.i. terecht, eerder wel dan niet zullen worden gekwalificeerd als ondernemingen.

4.3. Vonnis van de ondernemingsrechtbank te Luik van 30 juli 2019

13. In een vonnis van de ondernemingsrechtbank te Luik van 30 juli 2019³⁴ had de zaakvoerder van een vennootschap die reeds failliet was verklaard door dezelfde rechtbank op 29 oktober 2018, zelf het faillissement aangevraagd op 28 juni 2019. De zaakvoerder had, afgezien van zijn mandaat, geen andere zelfstandige beroepsactiviteit. Volgens de rechtbank rees aldus de vraag of een zaakvoerder van een vennootschap die reeds meer dan 6 maanden failliet was verklaard en die zelf geen andere zelfstandige beroepsactiviteit uitoefende dan het zaakvoerderschap, nog steeds failliet kon worden verklaard.

De rechtbank ging daarbij eerst in op de vraag of een zaakvoerder inderdaad kon worden beschouwd als een onderneming in de zin van het algemene ondernemingsbegrip uit het WER. De ondernemingsrechtbank motiveerde uitgebreid waarom dit het geval kon zijn. Daarenboven sloot de rechtbank zich uitdrukkelijk aan bij die strekking in de rechtspraak en rechtsleer die stelt dat de uitzondering die is voorzien voor de inschrijvingsplicht in de KBO voor bestuurders en zaakvoerders als het ware bevestigt dat zij in de ogen van de wetgever in principe als onderneming moeten worden beschouwd, anders was een uitzondering op de regel immers niet nodig geweest.³⁵

Vervolgens keerde de ondernemingsrechtbank zich tot de vraag of de zaakvoerder, die deze hoedanigheid behoudt gedurende de faillissementsprocedure, per definitie ook de hoedanigheid van onderneming behoudt. Het faillissement van de vennootschap maakt inderdaad immers niet meteen een einde aan het mandaat van de bestuurder of zaakvoerder, met dien verstande dat deze wel de gevolgen van de buitenbezitstelling ondervindt.³⁶ Het mandaat zal pas eindigen bij de sluiting van het faillissement, wat ook leidt tot de ontbinding van de rechtspersoon in kwestie.³⁷

De rechtbank overwoog vervolgens dat vanaf de datum van het faillissement van de vennootschap, de bestuurder in de feiten zijn of haar “beroep” niet meer kon uitoefenen, aangezien het beheer van de boedel en daarmee het vennootschapsvermogen op dat ogenblik wordt overgedragen aan de curator. De bestuurder dient echter wel samen te werken met de curator en deze alle noodzakelijke inlichtingen te verschaffen. Bovendien kan de zaakvoerder volgens de rechtbank vanaf het faillissement niet meer de hoop koesteren om deze functie in de toekomst te hernemen of om nog vergoed te worden voor het waarnemen van deze functie. Het

^{34.} Orb. Luik (afd. Luik) 30 juli 2019, AR O/19/692, zie dit nummer, p. 800.

^{35.} Luik 2 april 2019, *JLMB* 2019, 1285, *TBH* 2019, 578; Luik 2 april 2019, AR 2018/RG/1343, *onuitg.*; Ph. MOINEAU, “Le nouveau droit de l’insolvabilité des entreprises: champ d’application et principes généraux” in N. THIRION (ed.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, Limal, Anthemis, 2019, 38-39. Zie tevens: A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 502.

^{36.} Zie art. XX.110 WER; Luik 2 april 2019, *JLMB* 2019, 1285, *TBH* 2019, 578; Luik 2 april 2019, AR 2018/RG/1343, *onuitg.*; Gent 25 juni 2012, *TRV* 2014, 51.

^{37.} Zie art. XX.172 WER.

beroepscriterium uit artikel I.1, 1° WER vormt in wezen inderdaad een *materieel* criterium en geen formeel criterium. Het loutere gegeven dat iemand formeel bestuurder van een vennootschap is, houdt inderdaad niet per definitie de uitoefening van een beroepsactiviteit in.

14. De rechtbank oordeelde daarom dat de zaakvoerder in kwestie diens hoedanigheid van onderneming verloor met het faillissement van de vennootschap. De rechtbank verwees daarbij niet uitdrukkelijk naar de regel uit artikel XX.99 WER die stelt dat de natuurlijke persoon die geen economische activiteit meer uitoefent failliet kan worden verklaard indien deze heeft opgehouden te betalen toen hij deze activiteit nog uitoefende.

Twee bemerkingen in dit verband. Vooreerst is het bijzonder vast te stellen dat deze passage uit artikel XX.99 WER verwijst naar een “economische activiteit” en niet een “zelfstandige beroepsactiviteit”. Een meer uniforme terminologie was hier welkom geweest, al was het maar om mogelijke verwarring te voorkomen. Te meer nu het begrip “economische activiteit” kan worden geïnterpreteerd in die zin dat het verwijst naar het *voormalige* ondernemingsbegrip uit artikel I.1, 1° WER. Ten tweede, en belangrijker, wordt deze regel zo geïnterpreteerd dat de schuldenaar-natuurlijke persoon slechts failliet kan worden verklaard indien de stopzetting van diens activiteit minder dan 6 maanden geleden is.³⁸ Dit wordt doorgaans verantwoord door het gegeven dat de verdachte periode in principe niet kan worden vastgesteld op een eerder tijdstip dan 6 maanden voorafgaand aan het vonnis van faillietverklaring.³⁹ Uit de overwegingen van de rechtbank blijkt inderdaad duidelijk dat het gegeven dat de betrokken vennootschap meer dan 6 maanden vóór de faillissementsaangifte van de zaakvoerder failliet werd verklaard, de doorslaggevende reden vormt voor de afwijzing van het faillissement van de zaakvoerder zelf. Aldus vormt deze termijn van 6 maanden in de ogen van de rechtbank een “vervaltermijn” voor de betrokken vennootschapsbestuurders om zelf het faillissement aan te vragen.

4.4. Vonnis van de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank te Brussel van 25 juni 2019 en het arrest van het hof van beroep te Brussel van 28 oktober 2019

15. In een uitspraak van 25 juni 2019 weigerde de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank te Brussel om de zaakvoerder van een BVBA failliet te verklaren.⁴⁰ Deze BVBA was bij vonnis van de ondernemingsrechtbank te Gent een tweetal maanden eerder ook failliet verklaard. De rechtbank stelde daarbij vast dat de verzoeker zaakvoerder was van de

failliete vennootschap, maar dat deze zaakvoerder tevens de pensioenleeftijd had bereikt. Toch was de verzoeker nog steeds aangesloten bij een sociaal verzekeringsfonds in de hoedanigheid van zelfstandige. Daaruit leidde de rechtbank een vermoeden af dat het inderdaad ging om een zelfstandige in de zin van artikel I.1, 1° WER. De rechtbank verwees hierbij eveneens naar artikel 3, § 1, vierde lid van het KB nr. 38 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, dat bepaalt dat een mandataris van een rechtspersoon die zich met een exploitatie of verrichtingen van winstgevendende aard bezighoudt op weerlegbare wijze wordt vermoed een zelfstandige beroepsactiviteit uit te oefenen. Dit vermoeden kan echter volgens de rechtbank worden weerlegd wanneer het bewijs wordt geleverd dat het mandaat onbezoldigd wordt uitgeoefend of wanneer de betrokken activiteit geen regelmatige activiteit uitmaakt. Omdat uit de stukken bleek dat de verzoeker in kwestie sinds 2017 geen bezoldiging meer ontving, maar enkel een pensioen (sinds 2016) en het bestuursmandaat sindsdien onbezoldigd uitoefende, achtte de ondernemingsrechtbank dit vermoeden weerlegd in hoofde van de verzoeker. Op het ogenblik van de aangifte was de zaakvoerder aldus geen onderneming meer volgens de ondernemingsrechtbank, die aldus weigerde om de zaakvoerder in kwestie failliet te verklaren.

16. Dit vonnis werd hervormd door het hof van beroep te Brussel in een arrest van 28 oktober 2019.⁴¹ Volgens het hof dient het begrip “zelfstandig” uit artikel I.1, 1° WER te worden begrepen als de tegenpool van het begrip “in dienstverband”, zodat de vennootschapsbestuurder hier per definitie onder valt. Het begrip “beroepsactiviteit” relateert volgens het hof dan weer aan een duurzame activiteit die zelfstandig wordt uitgeoefend met het oogmerk winst te behalen. In navolging van bepaalde rechtsleer stuurt het hof daarmee aan op een zekere historische continuïteit in de interpretatie van het begrip beroepsactiviteit, in lijn met de interpretatie die aan dit begrip werd gegeven in voormalig artikel I W.Kh.

Volgens het hof was het gegeven dat de appellant zich sinds 2017 geen vergoeding meer kon uitkeren voor het waarnemen van een bestuursmandaat ingegeven door de financiële moeilijkheden waarin de vennootschap verkeerde, en niet door de vrije keuze van de zaakvoerder om geen bezoldiging meer te ontvangen. De appellant oefende dit mandaat reeds uit sinds het jaar 2000 en had daarbij steeds de bedoeling gehad om zich te voorzien van een inkomen. Het loutere gegeven dat de appellant gepensioneerd was, staat er volgens het hof niet aan in de weg dat de appellant als onderneming kan worden beschouwd. Als gepensioneerd geniet hij immers het recht om onbeperkt bij te verdienen. Er werd volgens het hof niet aangetoond dat het genieten van een

³⁸ A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, 847; Kh. Gent (afd. Brugge) 5 december 2014, *TGR-TWVR* 2015, 217.

³⁹ Zie bv. Cass. 16 november 1990, *RW* 1990-91, 862.

⁴⁰ Orb. Brussel (Nl.) 25 juni 2019, AR O/19/00584, zie dit nummer, p. 798.

⁴¹ Brussel 28 oktober 2019, AR 2019/QR/42, zie dit nummer, p. 788.

pensioen enige verandering heeft aangebracht in de wijze waarop de appellant diens mandaat als zaakvoerder uitoefende. De kosteloosheid van het mandaat wordt daarom wel aangetoond in feite, maar niet *de iure* in de ogen van het hof.

17. Het arrest bevat daarmee een interessante scherpstelling van het vraagstuk betreffende de onbezoldigde vennootschapsbestuurders. In de rechtsleer wordt, o.i. terecht, doorgaans voorgehouden dat de vraag of een vennootschapsbestuurder al dan niet bezoldigd wordt, een element is dat mee in rekening kan worden genomen teneinde te bepalen of deze werkelijk een beroepsactiviteit uitoefent.⁴² Echter, het hof stelt in deze zaak vast dat het feitelijk onbezoldigde karakter van het mandaat niet per definitie impliceert dat de vennootschapsbestuurder geen “winstoogmerk” heeft. Het is veeleer de vraag of de mandataris de *intentie* heeft om een bezoldiging te ontvangen gecombineerd met de financiële mogelijkheden waarin de vennootschap zelf verkeert. Daar tegenover staat natuurlijk wel dat de vraag of een vennootschapsbestuurder een bezoldiging ontvangt (en de hoegrootheid van die bezoldiging) formeel niet afhangt van de eigen wil van de vennootschapsmandataris (alleen). De vaststelling van de bezoldiging van vennootschapsbestuurders is een beslissing van de algemene vergadering van de vennootschap en kan desgevallend in de statuten van de vennootschap worden geregeld. In kleine vennootschappen, waar er vaak een grote mate van identiteit bestaat tussen aandeelhouders en bestuur, kan de natuurlijke persoon die zelf aandeelhouder en bestuurder is in de feiten natuurlijk zelf deze beslissing nemen of mee beïnvloeden in de hoedanigheid van aandeelhouder, maar in grotere vennootschappen is deze controle of beïnvloeding soms heel wat minder evident.

4.5. Vonnis van de ondernemingsrechtbank Antwerpen (afd. Turnhout) van 11 februari 2020

18. Een laatste vonnis dat hier wordt besproken, werd gewezen door de ondernemingsrechtbank Antwerpen (afd. Turnhout).⁴³ Verzoekster was gewezen zaakvoerder van een BVBA die failliet was verklaard bij vonnis van 16 oktober 2018. Zij deed aangifte van staking van betaling in eigen hoofde op 2 oktober 2019. Bij vonnis van 15 oktober 2019 werd deze aangifte van staking van betaling afgewezen als ongegrond daar zij geen onderneming in de zin van artikel I.1, 1° WER zou zijn, waarop verzoekster derdenverzet instelde op 15 januari 2020.

De ondernemingsrechtbank wees dit derdenverzet af als zijnde ongegrond, op grond van een batterij aan overwegingen.

Vooreerst stelde de ondernemingsrechtbank vast dat de statuten van de desbetreffende BVBA bepaalden dat de man-

daat van zaakvoerder onbezoldigd was, behoudens andersluidende beslissing van de algemene vergadering van de vennootschap. Kennelijk was dit mandaat ook in de feiten onbezoldigd gebleven. Ook was zij sinds 2018 met pensioen. De hoedanigheid van onderneming vloeit volgens de rechtbank niet als een automatisme voort uit de vaststelling van het zaakvoerder zijn. De rechtbank was daarnaast van oordeel dat de schulden die de zaakvoerster aanbracht geen ondernemingsgerelateerde schulden zouden zijn.

De rechtbank weigerde bovendien om de vraag of de zaakvoerster een “zelfstandige beroepsactiviteit” uitoefende te beantwoorden aan de hand van het reeds genoemde KB nr. 38, aangezien het WER zijn eigen definities bepaalt en nergens verwijst naar dit KB. Aldus redeneert de rechtbank dat indien de wetgever zou hebben bedoeld dat iedere bestuurder, onderworpen aan het bedoelde KB, een persoon zou zijn die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent, het zou hebben volstaan dat de wetgever zou hebben verwezen naar dit KB.

Volgens de rechtbank duidt het begrip beroepsactiviteit op het nastreven van winst door middel van een persoonlijk economisch doel, wat inhoudt dat er sprake dient te zijn van een activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een markt. De zaakvoerster was volgens het hof echter kennelijk alleen actief binnen de betrokken vennootschap. De zaakvoerder handelt in naam en voor rekening van de vennootschap en oefent daarmee volgens de rechtbank aldus geen “eigen activiteit” uit. Als zodanig bood zij naar oordeel van de rechtbank geen diensten aan de vennootschap, maar werd zij aangesteld door de algemene vergadering met daaruit voortvloeiende wettelijke en statutaire verplichtingen. Vervolgens argumenteerde de ondernemingsrechtbank dat de zaakvoerster haar mandaat enkel uitoefende binnen de vennootschap. Indien de vennootschap zou ophouden te bestaan, kwam ook haar mandaat als zaakvoerder te vervallen. Aangezien de activiteit van zaakvoerder niet bestaat zonder de vennootschap, oefende zij deze activiteit aldus niet zelfstandig uit, naar oordeel van de rechtbank.

Vervolgens merkte de ondernemingsrechtbank op dat het gegeven dat natuurlijke personen die bestuursmandaten uitoefenen luidens artikel III.46, § 2, 6° WER ontsnappen aan de inschrijvingsplicht in de KBO erop wijst dat zij in de ogen van de wetgever niet automatisch als onderneming kwalificeren. Ook was de zaakvoerster uit deze hoedanigheid niet btw-plichtig en voerde zij geen boekhouding. Nochtans achtte de rechtbank de inschrijving in de KBO en het voeren van een boekhouding van groot belang voor de uitvoering van de insolventiewetgeving. Wettelijke vrijstellingen van deze verplichtingen voor bedrijfsleiders tonen volgens de rechtbank aldus aan dat zij door de wetgever niet automatisch als onderneming dienen te worden beschouwd.

⁴². Zie *supra*, vn. 26.

⁴³. Orb. Antwerpen (afd. Turnhout) 11 februari 2020, N/20/00015 (O/19/00432), zie dit nummer, p. 833.

19. Met deze overwegingen herneemt dit vonnis enkele van de klassieke argumenten tégen de kwalificatie van vennootschapsbestuurders-natuurlijke personen als onderneming. De bestuurder zou geen “eigen” economisch doel hebben dat los staat van de activiteiten van de vennootschap en aldus geen diensten aanbieden op een markt. Ook de vrijstelling van KBO- en boekhoudverplichtingen wordt door de rechtbank als argument aangebracht. Hoger (*supra*, randnr. 8) werd echter reeds aangegeven dat het louter gegeven dat een dienstverlener slechts optreedt voor één principaal ook in andere gevallen niet als argument wordt/kan worden gebruikt om tot de conclusie te komen dat deze dienstverlener geen onderneming zou zijn. Daarnaast kan het uitoefenen van een bestuursmandaat o.i. wel degelijk een “eigen economisch doel” impliceren in hoofde van de bestuurder die deze activiteit uitoefent. Het is niet omdat deze dienstverlening geen objectieve daad van koophandel was onder het oude regime uit het W.Kh., dat het niet zou kunnen kwalificeren als beroepsactiviteit.⁴⁴ Men kan zich wel degelijk op beroepsmatige wijze bezig houden met het besturen van vennootschappen. Ook vanuit fiscaal perspectief worden bezoldigingen die men als bedrijfsleider verkrijgt omwille van de uitoefening van een organieke functie bij een vennootschap zonder probleem belast als beroepsinkomsten.⁴⁵ Dit hoeft niet te impliceren dat daarom iedere bestuurder die een bezoldiging ontvangt per definitie een beroepsactiviteit uitoefent in de zin van het WER, maar wel dat het uitoefenen van een bestuursmandaat wel degelijk beroepsmatig kan gebeuren.

Ook het argument dat voortvloeit uit de vrijstelling van KBO- en boekhoudplichten kan worden weerlegd: indien een kwalificatie als onderneming voor vennootschapsbestuurders niet mogelijk was, hoefde de wetgever geen expliciete uitzondering te voorzien. Zowel de begrippen “inschrijvingsplichtige onderneming” (art. I.4, 5° *jo.* art. III.49, § 1 WER) als “boekhoudplichtige onderneming” (art. I.5, 1° *jo.* art. III.82, § 1 WER) hangen voor de bepaling van hun toepassingsgebied af van het ondernemingsbegrip uit artikel I.1, 1° WER. De uitzondering hier bevestigt dus net de regel.

20. Ook het argument dat het mandaat van bestuurder staat of valt met het bestaan van de vennootschap overtuigt niet. Opnieuw kan de analogie met de handelsagent die voor één

principaal optreedt worden gemaakt. Ook daar kan niet redelijkerwijze worden aangenomen dat een handelsagent geen zelfstandige activiteit zou uitoefenen omdat deze staat of valt met het voorhanden zijn van een principaal. Indien de principaal van de handelsagent zou komen te overlijden waardoor de door de principaal uitgeoefende activiteiten na diens dood niet meer kunnen worden voortgezet leidt dit bijvoorbeeld ook tot een wegvallen van de contractuele tegenpartij en dus tot een beëindiging van de handelsagentuurovereenkomst.⁴⁶ Ook in het geval waar bijvoorbeeld de handelsagentuurovereenkomst teniet gaat door wegvallen van de oorzaak (caduciteit), leidt dit tot een ontbinding van de overeenkomst zonder dat enige vergoeding verschuldigd is.⁴⁷ Het is moeilijk om in te zien hoe het gegeven dat de handelsagent deze hoedanigheid zou verliezen door de ontbinding van diens enige handelsagentuurovereenkomst geen zelfstandige zou zijn, omwille van het gegeven dat diens hoedanigheid afhangt van het voorhanden zijn van een enkele principaal waarmee die handelsagent contractueel verbonden is.

Wellicht had de ondernemingsrechtbank tot hetzelfde oordeel kunnen komen op grond van artikel XX.99 WER: aangezien de vennootschap waarvan de betrokkene zaakvoerder was reeds failliet werd verklaard op 16 oktober 2018 en zij zelf pas aangifte van staking van betaling deed op 2 oktober 2019, waren er reeds meer dan 6 maanden verstreken tussen de aangifte van staking van betaling en de feitelijke stopzetting van haar beroepsactiviteit. De rechtbank had aldus op deze grondslag kunnen vaststellen dat betrokkene geen onderneming (meer) was.

Deze redenering zou evenwel wellicht niet zijn opgegaan in een zustervonnis met betrekking tot een andere zaakvoerder van dezelfde failliete BVBA.⁴⁸ In dit geval was betrokkene immers niet zaakvoerder geweest van dezelfde failliete BVBA, maar was de betrokkene ook nog zaakvoerder geweest van een andere vennootschap, dewelke pas failliet was verklaard op 10 september 2019. Aldus waren er nog geen 6 maanden verstreken tussen het faillissement van deze tweede vennootschap waarin betrokkene zaakvoerder was en de eigen aangifte van faillissement door de zaakvoerder. Het voorgaande natuurlijk onder voorbehoud van andere redenen om aan te nemen dat de zaakvoerder in kwestie geen onderneming was.

⁴⁴ A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 501. Zie tevens: N. OUCHINSKY, “L’insolvabilité des dirigeants d’entreprise”, *Rev.b.compt.* 2019, 113-116; G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip. Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)”, *NJW* 2020, 242.

⁴⁵ Art. 32, eerste lid, 1° WIB 1992; J.-J. COUTURIER, B. PEETERS en E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2018, 206-207.

⁴⁶ E. DURSIN, “Beëindiging van de handelsagentuurovereenkomst” in P. NAEYAERT en E. TERRY (eds.), *Beëindiging van overeenkomsten met handels-tussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2009, 159. P. DE SMEDT, F. PAUWELS en Y. VAN COUTER, “Art. X.16 – X.17” in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, II, *Andere benoemde overeenkomsten. Agentuur*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, losbl., 150-151.

⁴⁷ E. DURSIN, “Beëindiging van de handelsagentuurovereenkomst” in P. NAEYAERT en E. TERRY (eds.), *Beëindiging van overeenkomsten met handels-tussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2009, 159.

⁴⁸ Orb. Antwerpen (afd. Turnhout) 11 februari 2020, N/20/00014 (O/19/00431), zie dit nummer, p. 833.

5. BESLUIT

21. De mogelijke kwalificatie als vennootschapsbestuurders als “onderneming” in de zin van artikel I.1, 1° WER blijft in de rechtspraak en rechtsleer verdeeldheid zaaien. Inmiddels heeft zich in dit verband wel een meerderheidsvisie afgetekend die argumenteert dat vennootschapsbestuurders wel degelijk kunnen worden gekwalificeerd als onderneming in de zin van artikel I.1, 1° WER, indien wordt vastgesteld dat zij inderdaad een “zelfstandige beroepsactiviteit” uitoefenen. Het voorhanden zijn van een dergelijke beroepsactiviteit dient in de feiten te worden vastgesteld, daar het in wezen gaat om een materieel criterium. De problematiek kan ook gedifferentieerd worden benaderd aan de hand van de feiten van het geval. Wanneer het gaat om onbezoldigde bestuurders of bestuurders van non-profit-entiteiten die doorgaans geen vennootschap zullen zijn, is enige terughoudendheid op zijn plaats, zonder dat echter per definitie kan worden uitgesloten dat de betrokken bestuurders van de rechtspersonen in kwestie een onderneming zijn. Vanuit een beleidsmatig oogpunt konden hierbij echter enkele vraagtekens worden geformuleerd. Hoewel het o.i. duidelijk is, op basis van de voorliggende wettelijke definitie van het ondernemingsbegrip, dat vennootschapsbestuurders in de regel zullen kwalificeren als ondernemingen, betekent dit nog niet dat dit per definitie een zinvolle regel is.

22. In ieder geval komt het ons *de lege ferenda* voor dat een betere regel zou beginnen bij de kwestie of een bestuurder-natuurlijke persoon van een rechtspersoon überhaupt kan worden aangemerkt als een onderneming, teneinde een (minstens hypothetisch) verschil in behandeling tussen bestuurders van rechtspersonen die wél als onderneming moeten worden beschouwd en bestuurders van rechtspersonen die niet als onderneming worden beschouwd te vermijden. Zoals hoger opgemerkt kan het huidige onderscheid immers perverse effecten met zich meebrengen voor mandatarissen van rechtspersonen met een (zuiver) belangeloos doel of eventueel een onbezoldigd bestuurder, die doorgaans niet als onderneming zullen kunnen worden gekwalificeerd, afhankelijk van de feitelijke omstandigheden. Zij zullen per hypothese kunnen worden geconfronteerd met bestuurdersaansprakelijkheden, zonder zich te kunnen beroepen op het gunstige tweedekansenbeleid van het (vernieuwd) insolventierecht, in tegenstelling tot wat geval is voor bestuurders van rechtspersonen die wél als onderneming worden gekwalificeerd. Een kwalificatie als onderneming voor alle bestuurders van rechtspersonen uitsluiten is mogelijks evenmin een wenselijke oplossing, aangezien hoger (randnr. 7) werd vastgesteld dat bestuur-

ders die bijvoorbeeld persoonlijke zekerheden hebben verstrekt aan de schuldeisers van de vennootschap wel degelijk mee het “bedrijfsrisico” van de rechtspersoon dragen. Een mogelijke oplossing zou daarom kunnen zijn om natuurlijke personen die mandataris zijn binnen een rechtspersoon (m.i.v. vaste vertegenwoordigers), ongeacht of zij al dan niet bezoldigd zijn of om welk type rechtspersoon het gaat, uit te sluiten van de hoedanigheid van onderneming, maar wel te voorzien in een geraffineerde kwijtscheldingsregel die bepaalde zekerheden of verbintenissen die door een dergelijke persoon zouden zijn verstrekt en waarbij zij mee participeren in het risico dat door de rechtspersoon wordt gelopen, afdekt.⁴⁹

23. Tot slot kan in dit verband gewezen worden op het gegeven dat er tevens een “ondernemingsbegrip” vervat ligt in richtlijn nr. 2019/1023 (EU) van 20 juni 2019.⁵⁰ In artikel 2, 1., 9. van deze richtlijn wordt het begrip “ondernemer” als volgt gedefinieerd: “*Een natuurlijke persoon die een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent*”. In considerans 73 van de richtlijn wordt ingegaan op de problematiek van de bestuurders en bedrijfsleiders: “*De positie van bedrijfsleiders of -directeurs wordt door het begrip ‘ondernemer’ in de zin van deze richtlijn onverlet gelaten en moet in overeenstemming met het nationaal recht worden behandeld. De lidstaten moeten de mogelijkheid hebben te beslissen hoe toegang tot kwijtschelding van schuld wordt verkregen, met inbegrip van de mogelijkheid te verlangen dat de schuldenaar om kwijtschelding verzoekt*.” Op het eerste gezicht lijkt het door de richtlijn gehanteerde ondernemersbegrip dezelfde lading te dekken als het ondernemingsbegrip uit artikel I.1, 1° WER, gelet op de eerder brede interpretatie die aan het begrip “beroepsactiviteit” dient te worden gegeven. Markant is wel dat de definitie nergens refereert aan een “zelfstandige” activiteit. Echter, in considerans 72 wordt wel gesproken over een “zelfstandige beroepsactiviteit”, als ook van een “zelfstandige ondernemersactiviteit” in considerans 5. Dit wijst er op dat er inderdaad een zelfstandigheids criterium in de definitie ingebakken lijkt te zitten. Daarnaast sluit de richtlijn geenszins uit dat ook bedrijfsleiders, waaronder wij ook vennootschapsbestuurders begrijpen, inderdaad onder het toepassingsgebied van dit ondernemersbegrip kunnen vallen indien het nationaal recht daarin voorziet. Een herziening van het ondernemingsbegrip voor doeleinden van herstructureringsstelsels zoals de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord of de Belgische kwijtscheldingsregels lijkt zich o.i. aldus niet op te dringen, aangezien een eventuele richtlijncon-

⁴⁹. Deze oplossing ligt in dezelfde lijn als de oplossing voorgesteld door VANANROYE; zie: J. VANANROYE, “De onderneming in formele en in functionele zin” in J. VANANROYE en D. VAN GERVEN (eds.), *Leerstukken Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 18.

⁵⁰. Richtlijn (EU) nr. 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad 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) nr. 2017/1132 (richtlijn betreffende herstructurering en insolventie).

forme interpretatie tot de mogelijkheden behoort voor wat betreft de interpretatie van het toepassingsgebied voor Belgische regels die zelf onder de toepassing van deze richtlijn

zouden vallen. Dit is immers ook reeds het geval voor de verschillende iteraties van het functionele ondernemingsbegrip.