

BRUSSEL 28 OKTOBER 2019

INSOLVENTIE

Faillissement – Voorwaarden – Onderneming

De functie van vennootschapsbestuurder kan niet in het kader van een arbeidsovereenkomst worden uitgeoefend. Hieruit volgt dat een bestuurder of zaakvoerder wat de uitoefening betreft van zijn functie als bestuurder of zaakvoerder, deze zelfstandig uitoefent als bedoeld in artikel I.1, 1°, (a) WER. De bedoeling om een beroepsinkomen te verkrijgen uit de activiteit als zaakvoerder is onderdeel van de kwalificatie als onderneming. De vaststelling dat er geen vergoeding meer kon worden uitgekeerd uit de vennootschap omdat deze in moeilijkheden verkeerde, doet geen afbreuk aan deze bedoeling.

INSOLVABILITÉ

Faillite – Conditions – Entreprise

La fonction de chef d'entreprise ne peut être exercée dans le cadre d'un contrat de travail. Il s'ensuit qu'un directeur ou un gestionnaire, pour ce qui est de l'exercice de sa fonction de directeur ou de gérant, exerce cette fonction de manière indépendante, comme le prévoit l'article I.1, 1°, (a), CDE. L'intention d'obtenir un revenu professionnel de l'activité de dirigeant fait partie de la qualification en tant qu'entreprise. La constatation que l'indemnisation ne pouvait plus être versée par l'entreprise parce qu'elle était en difficulté n'enlève rien à cette intention.¹

D.L.

Zet.: B. Lybeer (voorzitter), C. Van Santvliet (raadsheer) en H. Vanparys (rechter)

Pl.: Mr. D. De Nil loco V. De Donder

Zaak: 2019/QR/42

(…)

6. Volgens artikel I.22, 8° WER is de schuldenaar een onderneming met uitzondering van iedere publiekrechtelijke rechtspersoon. Volgens artikel I.22, 7°/1 WER is een onderneming een onderneming in de zin van artikel I.1, eerste lid, 1° WER. Volgens dit artikel is een onderneming, onder meer, iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent (art. I.1., eerste lid, 1°, (a) WER).

In het bestreden vonnis wordt appellant niet als onderneming beschouwd in de zin van artikel I.1., eerste lid, 1°, (a) WER. Hoewel appellant sinds 2016 is gepensioneerd, is hij nog steeds onderworpen aan het sociale statuut der zelfstandigen (aangesloten bij Acerta als hoofdaangeslotene) en wordt hij geacht een zelfstandige beroepsactiviteit uit te oefenen. Sinds 2017 ontvangt appellant geen bezoldiging meer als zaakvoerder. Hij oefent zijn bestuursmandaat onbezoldigd uit en ontvangt enkel nog een pensioen. Het vermoeden waarin artikel 3, § 1, vierde lid van het KB nr. 38 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen voorziet, is bijgevolg weerlegd. Hieruit volgt dat appellant op het moment van de staking van betaling niet meer als een onderneming in de zin van artikel I.1, eerste lid, 1°, (a) WER kan worden aangemerkt.

7. Terecht is appellant het oneens met deze interpretatie.

Volgens de *memorie van toelichting* moet het begrip “zelfstandig” worden beschouwd als de tegenpool van het begrip

“in dienstverband” (*Parl. St. Kamer 2017-18, nr. 54-2828/001, 10*). Dit impliceert dat natuurlijke personen die onder gezag werken, geen onderneming zijn, en bijgevolg werknemers en ambtenaren uitgesloten zijn van het begrip onderneming (A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, afl. 4, 494 (498)).

De functie zelf van vennootschapsbestuurder kan niet in het kader van een arbeidsovereenkomst worden uitgeoefend (K. GEENS en M. WYCKAERT, *De vennootschap, A. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 452). Hieruit volgt dat een bestuurder of zaakvoerder wat de uitoefening betreft van zijn functie als bestuurder of zaakvoerder, deze zelfstandig uitoefent als bedoeld in artikel I.1, eerste lid, 1°, (a) WER.

Dit geldt ook voor appellant.

Daarnaast moet er een beroepsactiviteit worden uitgeoefend.

Het begrip beroepsactiviteit relateert aan een duurzame activiteit die zelfstandig wordt ontwikkeld met het oogmerk winst te behalen (A. VAN HOE en N. APPERMONT, *o.c.*, 500; L. GOOSSENS, “De duurzaamheid in het nieuwe ondernemingsbegrip: terug van weggeweest” (noot onder Kh. Antwerpen (afd. Hasselt) 22 november 2018), *DAOR* 2019, afl. 129, 83 (87)).

Sinds 2000 is appellant zaakvoerder van de BVBA D.P.2. Zijn beroepsactiviteit bestond sindsdien uit het besturen van deze BVBA. Aan het criterium van duurzaamheid is vol-

¹. Zie dit nummer, N. APPERMONT, “De vennootschapsbestuurders als ondernemingsrechtelijke twistappel. Rechtspraak en beleidsmatige overwegingen”.

daan. Bovendien was deze activiteit voor appellant zijn bron van inkomsten. Appellant heeft steeds de bedoeling gehad om met zijn activiteit als zaakvoerder zich te verzekeren van een beroepsinkomen. De vaststelling dat appellant zich sinds 2017 geen vergoeding meer kon uitkeren uit de vennootschap omdat deze in moeilijkheden verkeerde, doet geen afbreuk aan deze bedoeling.

Ook het genieten van een pensioen staat er niet aan in de weg dat appellant nog als ondernemer kan worden beschouwd. Appellant geniet een pensioen met de mogelijkheid om onbeperkt bij te verdienen. Er worden geen elementen aangereikt op basis waarvan het hof kan vaststellen dat het genieten van het pensioen enige verandering heeft gebracht in de wijze waarop appellant uitvoering gaf aan zijn mandaat als zaakvoerder van de BVBA D.P.2., of dat hij met andere woorden zijn beroepsactiviteit als zelfstandige zou hebben gestaakt.

Het hof stelt ook vast dat het vermoeden van onderwerping in het sociaalzekerheidsrecht als bestuurder enkel kan worden weerlegd wanneer de kosteloosheid van het mandaat in feite en in rechte wordt aangetoond. In het bestreden vonnis wordt enkel vastgesteld dat appellant geen vergoeding meer ontvangt als bestuurder in feite, maar wordt de kosteloosheid van het mandaat *de iure* niet vastgesteld.

Het hof oordeelt dat appellant beantwoordt aan de definitie van onderneming in de zin van artikel I.1., eerste lid, 1°, (a) WER.

8. De voorgelegde stukken en gegevens tonen aan dat ook aan de twee andere wettelijke faillissementsvereisten (staking van betalen en geschokt krediet) is voldaan.

9. Het hoger beroep van appellant is bijgevolg gegrond.

(...)