

I.1, 1° Behoudens andersluidende bepaling, wordt voor de toepassing van dit Wetboek verstaan onder:

1° onderneming: elk van volgende organisaties:

- a) iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent;
- b) iedere rechtspersoon;
- c) iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid.

Niettegenstaande het voorgaande zijn geen ondernemingen, behoudens voor zover anders bepaald in de hierna volgende boeken of andere wettelijke bepalingen die in dergelijke toepassing voorzien:

a) iedere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringsoogmerk heeft en die ook in feite geen uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie;

b) iedere publiekrechtelijke rechtspersoon die geen goederen of diensten aanbiedt op een markt;

c) 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 Gemeenschap-pelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

I.1, 1° Sauf disposition contraire, pour l'application du présent Code, on entend par :

1° entreprise : chacune des organisations suivantes :

- a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant;*
- b) toute personne morale;*
- c) toute autre organisation sans personnalité juridique.*

Nonobstant ce qui précède, ne sont pas des entreprises, sauf s'il en est disposé autrement dans les livres ci-dessous ou d'autres dispositions légales prévoyant une telle application :

a) toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui ne procède effectivement pas à une distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la politique de l'organisation;

b) toute personne morale de droit public qui ne propose pas de biens ou services sur un marché;

c) l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale.

Commentaar bij art. I.1, 1° WER

Auteur: Reinhard STEENNOT

Bijwerking: 15 juli 2020

BELANGRIJKSTE RECHTSLEER

AUTENNE, A. en THIRION, N., “La nouvelle ‘définition générale’ de l’entreprise dans le Code de droit économique: deux pas en avant, trois pas en arrière”, *JT* 2019, 826-831.

BRULOOT, D. en STEENNOT, R., “Het nieuwe ondernemingsbegrip in het insolventierecht (en daarbuiten)” in *Actuele hervorming van de wetgeving: nieuw en beter?* (PUC Delva 2019), Mechelen, Kluwer, 2020 (in druk).

DE MAREZ, D. en STRAGIER, C., *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 402 p.

DERIJCKE, W., “Champ d’application du Livre XX du code de droit économique” in ALTER, C. (ed.), *Le nouveau droit de l’insolvabilité*, Brussel, Larcier, 2017, 9-30.

DE SMET, J., “Het faillissement van zaakvoerders en bestuurders na de inwerking-treding van Boek XX WER: moet er nog (drijf)zand zijn?”, *TIBR* 2019, 80-87.

MOINEAU, Ph. en ERNOTTE, F., “Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite”, *JLMB* 2019, 697-719.

PLETINCKX, Z., “Réforme du droit de l’insolvabilité; le nouveau livre XX du Code de droit économique”, *JT* 2018, 465-480.

ROELANTS, M., “De kwalificatie van de natuurlijke persoon – bestuurder als onderneming na de Wet Hervorming ondernemingsrecht”, *TRV* 2019, 104-107.

STEENNOT, R., WERBROUCK, J. en VAN DER BRUGGEN, R., “Het nieuwe ondernemingsbegrip in het economisch recht” in *Het Nieuwe ondernemingsrecht 2020* (PUC Delva 2018), Mechelen, Kluwer, 2020, 1-43.

STRAETMANS, G., “Het ondernemingsbegrip: aanknopingsfactor van economisch recht”, *NJW* 2020, (dl. 1) 234-247 en (dl. 2) 278-288.

STUYCK, J., “De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht”, *TBH* 2018, 316-326.

VANANROYE, J. en VERHEYDEN, R., “De insolventieprocedures in het nieuwe Boek XX WER” in *Insolventie- en beslagrecht*, Themis, die Keure, 2018, 13-43.

VAN HOE, A. en APPERMONT, N., “Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 494-503.

VAN MEENEN, M. en VAN DE PLAS, I., “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?”, *TBH* 2018, 207-223.

BELANGRIJKSTE RECHTSPRAAK

Antwerpen 28 november 2019, *TRV* 2020, 332, noot. J. ROELANTS.

Antwerpen 11 april 2019, *Limb.Rechtsl.* 2019, 238, noot G. RENIERS en I. LO GIUDUCI, *RABG* 2019, 826.

Antwerpen 14 maart 2019, *RABG* 2019, 832, noot S. CNUDDÉ.

Bergen 27 augustus 2019, *JLMB* 2019, 1459.

Bergen 5 februari 2019, *JLMB* 2019, 678, noot P. MOINEAU en F. ERNOTTE, *TBH* 2019, 558, noot A. VAN HOE en N. APPERMONT, *TIBR* 2019, RS-77, noot J. DE SMET.

Brussel 21 december 2018, *JLMB* 2019, 676, noot P. MOINEAU en F. ERNOTTE, *TBH* 2019, 575, noot A. VAN HOE en N. APPERMONT, *TRV* 2019, noot M. ROELANTS.

Luik 2 april 2019, *JLMB* 2019, 1285, *TBH* 2019, 275, noot A. VAN HOE en N. APPERMONT.

Arbh. Antwerpen 21 augustus 2019, *TIBR* 2020, 85.

Arbh. Brussel 6 augustus 2019, *JLMB* 2019, 1691.

Arbrb. Luik 16 augustus 2019, *JLMB* 2019, 1726.

Arrondrb. Antwerpen 12 maart 2019, *RABG* 2019, 860, noot B. BULLINCK.

Arrondrb. West-Vl. 19 april 2019, *TGR-TWVR* 2019, 32.

Rb. Luik 25 februari 2019, *T.App.* 2019, afl. 2, 47.

Kh. Antwerpen 5 februari 2019, *RABG* 2019, 866.

Kh. Brussel 16 oktober 2018, *RABG* 2019, 846.

Kh. Brussel 16 oktober 2018, *RABG* 2019, 848.

Kh. Gent 1 april 2019, *TIBR* 2020, 16.

Kh. Gent 3 januari 2019, *RABG* 2019, 863.

Kh. Gent 5 februari 2019, *TGR-TWVR* 2019, 31.

Kh. Gent 6 december 2018, *TBH* 2019, 335.

Kh. Gent 17 oktober 2018, *TGR-TWVR* 2018, 350.

Kh. Henegouwen 6 november 2018, *JLMB* 2019, 688, noot P. MOINEAU en F. ERNOTTE, *TRV* 2019, 111, noot M. ROELANTS.

Kh. Luik 30 juli 2019, *JLMB* 2020, 206, noot P. MOINEAU.

Kh. Luik 12 december 2018, *JLMB* 2019, 696.

Kh. Luik 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692, noot P. MOINEAU en F. ERNOTTE, *TBH* 2019, 595, noot A. VAN HOE en N. APPERMONT, *TRV* 2019, 108, noot M. ROELANTS.

Kh. Luik 18 juni 2018, *TBH* 2019, 581, noot A. VAN HOE en N. APPERMONT.

Kh. Luik 11 juni 2018, *JLMB* 2019, 684, noot P. MOINEAU en F. ERNOTTE.

Kh. Waals-Brabant 8 oktober 2018, *JLMB* 2019, 687, noot P. MOINEAU en F. ERNOTTE, *TRV* 2019, 115, noot M. ROELANTS.

COMMENTAAR

Schema

- I. Inleiding
- II. Analyse van het algemene ondernemingsbegrip
 - A. Natuurlijke personen die een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefenen
 - B. Rechtspersonen
 - C. Andere organisaties zonder rechtspersoonlijkheid

I. Inleiding

I De meeste regelen in het Wetboek van Economisch Recht gelden voor *ondernemingen*. Aldus is het ondernemingsbegrip het centrale aanknopingspunt voor bepalingen van economisch recht. Daarnaast worden ook buiten het WER een hele reeks regelen vastgeknoopt aan het algemene ondernemingsbegrip uit artikel I.1, 1° WER. Verwezen kan meer concreet bijvoorbeeld worden naar de bepalingen betreffende het ondernemingsbewijs in het (nieuw) Burgerlijk Wetboek (*1), alsook naar artikel 573 van het Gerechtelijk Wetboek dat de bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank vaststelt. Men mag het belang van het ondernemingsbegrip dan ook niet onderschatten.

Het is evenwel essentieel om hierbij onmiddellijk op te merken dat het Belgische recht niet één maar verschillende ondernemingsbegrippen kent, dit zelfs binnen hetzelfde Wetboek van Economisch Recht. (*2) De definitie uit artikel I.1, 1° WER (zgn.

(*1) Het gaat om artikel 1348*bis* BW. Met ingang van 1 november 2020 treedt het nieuwe bewijsrecht in voege: zie art. 8.11 NBW.

(*2) Ook buiten het WER vindt men andere omschrijvingen van het ondernemingsbegrip. Dit is bijvoorbeeld het geval in de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, waar het ondernemingsbegrip wordt gedefinieerd als: “elke organisatie, met uitsluiting van overheidsinstanties, die handelt in het kader van haar zelfstandige economische of beroepsmatige activiteit, ook wanneer deze door slechts één persoon wordt uitgeoefend”.

algemeen ondernemingsbegrip), die het voorwerp uitmaakt van deze commentaar, geldt binnen het WER slechts voor zover het ondernemingsbegrip voor de toepassing van het ene of het andere Boek niet anders wordt gedefinieerd. (*1) In de praktijk is zij vooral van belang voor de toepassing van Boek XX WER (insolventierecht).

2 Het ondernemingsbegrip is, als algemeen aanknopingspunt voor regelen van economisch recht, relatief nieuw in het Belgische economisch recht. Het werd voor het eerst gehanteerd in de Belgische Mededingingswetgeving van 1991, waarin men zich voor de invulling van het begrip inspireerde op het ondernemingsbegrip uit het Europese kartelrecht. (*2) Daarna werd het in 2010 ook geïntroduceerd in de Wet Marktpraktijken en Bescherming van de Consument (WMPC), waar het ondernemingsbegrip het verouderde begrip verkoper verving, dit met de bedoeling om er op een vergelijkbare wijze als in het kartelrecht te worden toegepast. Meer concreet werd de onderneming in het Belgische kartel-, marktpraktijken- en consumentenrecht gedefinieerd als *elke natuurlijke persoon en rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft (alsmede zijn verenigingen)*. Deze definitie werd in 2013 ook de algemene definitie van het ondernemingsbegrip voor de toepassing van regelen uit het Wetboek van Economisch Recht.

Dit algemene ondernemingsbegrip was echter geen al te lang leven beschoren. Na een nieuw ondernemingsbegrip te hebben ontworpen voor de toepassing van het insolventierecht (nieuw Boek XX WER), werd dit voor het insolventierecht ontworpen ondernemingsbegrip met de wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht opgewaardeerd tot de nieuwe algemene definitie van het begrip “onderneming” in artikel I.1, 1° WER. (*3) De bestaande, oorspronkelijk uit het kartel- en marktpraktijkenrecht overgenomen definitie werd echter niet geheel verlaten, de definitie werd behouden voor de toepassing van verschillende Boeken van het WER, waaronder de belangrijke boeken IV en VI WER (die respectievelijk de regelen inzake mededinging en marktpraktijken bevatten).

De nieuwe algemene definitie van het begrip “onderneming” maakte meteen ook komaf met het hopeloos verouderde koopmans- of handelaarsbegrip (en het daaraan

(*1) Meer concreet geldt de algemene definitie niet voor hoofdstuk 1 van titel 3 van Boek III (informatie, transparantie en niet-discriminatie) en de Boeken IV (mededinging), V (prijzen), VI (marktpraktijken en consumentenbescherming), XV (administratieve en strafrechtelijke handhaving), XVI (buitengerechtelijke beslechting consumentengeschillen) en XVII (vordering tot staken en collectieve vordering) WER (zie de definitie in de art. I.1, 4°/1, I.6, 3°, I.7, 2°, I.8, 39°, I.19, 6°, I.20, 7°, I.21, 8° WER). Zij geldt evenmin voor titel 2 van Boek III (inschrijving in de Kruispuntbank Ondernemingen) en hoofdstuk 2 van titel 3 van Boek III (verplichting tot het voeren van een boekhouding), waarvoor de definiëring geschiedt in functie van de entiteiten die respectievelijk verplicht zijn een inschrijving te nemen in de KBO en verplicht zijn een boekhouding te voeren. Zie voor een toepassing van dit principe: Antwerpen 14 maart 2019, *RABG* 2019, 832, noot S. CNUDDÉ. Zie verder ook: G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip: aanknopingsfactor van economisch recht”, *NJW* 2020, 236-237.

(*2) Zie bv.: J. STEENLANT, “De nieuwe wet tot bescherming van de economische mededinging”, *TPR* 1992, 343 e.v.

(*3) Er was wel een klein verschil tussen de definities, dat intussen via de definitie van het begrip “schuldenaar” wordt verwoord. Artikel I.22, 7°/1 definieert onderneming weliswaar als een onderneming in de zin van artikel I.1, lid 1, 1° WER, maar artikel I.22, 8° WER wijkt daarvan af door schuldenaar te omschrijven als “een onderneming met uitzondering van iedere publiekrechtelijke rechtspersoon”, terwijl publiekrechtelijke rechtspersonen die goederen of diensten op de markt aanbieden inbegrepen zijn in het nieuwe, verruimde ondernemingsbegrip.

verbonden leerstuk van de daden van koophandel), dit niet alleen binnen het Wetboek van Koophandel (dat quasi volledig werd opgeheven), maar ook elders. Immers, waar de wetgever nog het begrip koopman of handelaar gebruikt, moet men dit lezen als onderneming in de zin van artikel I.1, 1° WER. (*1)

3 Via de vervanging van het handelaarsbegrip wilde de wetgever het handels- en economisch recht moderniseren. Daar is hij zonder twijfel in geslaagd. Daarnaast wenste de wetgever ook te zorgen voor meer duidelijkheid en rechtszekerheid, dit door bij de omschrijving van het algemene ondernemingsbegrip geen gebruik meer te maken van een materieel criterium (economisch doel), doch van louter formele criteria. (*2) Op dit punt is de wetgever evenwel niet in zijn opzet geslaagd, omdat, zoals verder in deze commentaar zal blijken, nieuwe materiële criteria werden geïntroduceerd (o.a. het criterium van de beroepsactiviteit). (*3) Daarnaast wordt ook het gebrek aan uniformiteit, dat zijn oorsprong vindt in het gebruik van verschillende ondernemingsbegrippen, bekritiseerd. (*4)

II. Analyse van het algemene ondernemingsbegrip

4 Artikel I.1, 1° WER bevat de algemene definitie van het ondernemingsbegrip. De invulling geschiedt in eerste instantie via een opsomming van entiteiten die als onderneming kwalificeren (eerste lid). Het tweede lid sluit echter meteen een aantal categorieën die onder deze opsomming vallen, weer uit van het ondernemingsbegrip.

Leest men beide leden samen, dan gaat het kort verwoord om: (a) iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent; (b) iedere rechtspersoon, met uitzondering van *publiekrechtelijke* rechtspersonen die geen goederen of diensten aanbieden op een markt en (c) iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid, die ofwel een uitkeringsoogmerk heeft, ofwel in feite uitkeringen verricht aan haar leden of personen met beslissende invloed in de organisatie.

(*1) Art. 254 wet 15 april 2018 houdende de hervorming van het ondernemingsrecht. Zie bv. art. 14 Wet Financiële Zekerheden en art. 1 en 3 KB nr. 56 van 10 november 1967 tot bevordering van het gebruik van giraal geld, alsook art. 1675/2 Ger.W. (collectieve schuldenregeling). Zie voor enkele toepassingen in de rechtspraak: Arbh. Brussel 6 augustus 2019, *JLMB* 2019, 1691; Arbh. Antwerpen 21 augustus 2019, *TIBR* 2020, RS-85; Arbh. Brussel 6 augustus 2019, *JLMB* 2019, 1691.

(*2) MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54 2828/001, 5-6.

(*3) Zie ook: A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: Wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 496.

(*4) J. STUYCK, “De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht”, *TBH* 2018, 321.

A. NATUURLIJKE PERSONEN DIE EEN ZELFSTANDIGE BEROEPSACTIVITEIT UITOEFENEN

5 Opdat natuurlijke personen als een onderneming kunnen worden beschouwd, moet er voldaan zijn aan twee cumulatieve voorwaarden. Zij moeten een beroepsactiviteit verrichten en zij moeten dit doen op zelfstandige basis. (*1)

6 Het vereiste dat de activiteit op een *zelfstandige basis* wordt verricht, sluit uit dat een natuurlijk persoon die een beroepsactiviteit verricht in dienstverband (tegen betaling en onder gezag) als een onderneming kan worden beschouwd. (*2) Werknemers en ambtenaren zijn dus, net als in het verleden (*3), geen onderneming. (*4) Zelfstandig is bijgevolg de persoon die voor eigen rekening optreedt en zelf de financiële en andere commerciële risico's van de handeling of activiteit draagt. (*5)

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

7 Het vereiste dat natuurlijke personen een *beroepsactiviteit* moeten verrichten om als een onderneming te kwalificeren, veronderstelt vooreerst dat de betrokken activiteit op een duurzame wijze, i.e. met een zekere regelmaat wordt verricht. (*6) Het is daarbij van geen belang of deze beroepsactiviteit in hoofd- of in bijberoep wordt verricht. (*7) Occasionele handelingen maken geen beroepsactiviteit uit. Met andere woorden, wie occasioneel een goed aankoopt om het later te verkopen (bv. investering in onroerend goed) of occasioneel een prestatie tegen betaling verricht, is geen onderneming. De memorie van toelichting vermeldt in dit kader uitdrukkelijk

(*1) Zie bv.: Bergen 27 augustus 2019, *JLMB* 2019, 1459.

(*2) MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54 2828/001, 10; M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, "Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?" *TBH* 2018, 213. We kunnen ter zake ook verwijzen naar artikel 3, § 1, lid 1 van het koninklijk besluit van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen dat onder zelfstandige verstaat: ieder natuurlijk persoon, die in België een beroepsbezigheid uitoefent uit hoofde waarvan hij niet door een arbeidsovereenkomst of door een statuut verbonden is. Zie ook: Kh. Gent 1 april 2019, *TIBR* 2020, RS-16.

(*3) Brussel 3 september 2013, *Jb.Hand.* 2013, 573.

(*4) G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip: Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)", *NJW* 2020, 238.

(*5) G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip: Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)", *NJW* 2020, 238; Z. PLETINCKX, "Réforme du droit de l'insolvabilité le nouveau livre XX du Code de droit économique", *JT* 2018, 467.

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

(*7) A. AUTENNE en N. THIRION, "La nouvelle définition de l'entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois en arrière", *JT* 2018, 827, die daarbij verwijzen naar het onderscheid tussen een bijberoep en een bijkomstige activiteit. Zie ook: Kh. Luik 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692; Kh. Luik 30 juli 2019, *JLMB* 2020, 206, noot P. MOINEAU.

dat een activiteit die kadert in het normale beheer van het persoonlijk vermogen niet leidt tot de kwalificatie van een natuurlijk persoon als een onderneming. (*1) De loutere inschrijving op, verwerving of aanhouden van aandelen, effecten of deelbewijzen in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid moet volgens de memorie worden vermoed te kaderen in het beheer van het persoonlijk vermogen en maakt van een natuurlijk persoon dus geen onderneming. (*2)

Het vereiste van de beroepsactiviteit is niet nieuw. Het sluit vooreerst aan bij de voorheen gehanteerde algemene definitie van het begrip onderneming in het WER (die ook nu nog geldt voor verschillende boeken) die via het vereiste van het *op duurzame wijze* nastreven van een economisch doel ook regelmaat vereiste. Het nieuwe algemene ondernemingsbegrip is evenwel ruimer omdat de activiteit niet langer economisch van aard hoeft te zijn. Elke beroepsactiviteit leidt tot de kwalificatie van onderneming, mits ze op zelfstandige basis wordt verricht. Ook het handelaarsbegrip vereiste overigens *in de regel* dat een daad van koophandel beroepsmatig (hoofdzakelijk of aanvullend) werd gesteld opdat een persoon als handelaar kon worden beschouwd. (*3) Maar, het nieuwe ondernemingsbegrip is (veel) ruimer dan het opgeheven handelaarsbegrip, enerzijds door de afwezigheid van het vereiste van winstoogmerk (*infra* nr. 8), anderzijds door het feit dat de daden van koophandel in het Wetboek van Koophandel op een limitatieve wijze werden opgesomd (en met andere woorden niet elke zelfstandig uitgeoefende beroepsactiviteit leidde tot de kwalificatie als handelaar). (*4)

De vraag blijft natuurlijk tot wanneer een persoon occasioneel handelt en vanaf wanneer dat handelen beroepsmatig wordt. De grens is niet altijd eenvoudig te trekken (hetgeen rechtsonzekerheid creëert, minstens de vroegere onzekerheid omtrent de invulling van het vereiste van een economische activiteit niet wegwerkt). (*5) Meteen merkt men ook op dat de wetgever faalt in zijn poging om het voorheen gehanteerde materieel criterium te vervangen door *zuiver* formele criteria. Immers, het vereiste van een beroepsactiviteit is net als het vereiste van een economische activiteit een materieel criterium. (*6)

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

(*2) MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54 2828/001, 11.

(*3) J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, “Boek I WER en Wet Natuurlijke Rechter. Van Handelsrecht naar Ondernemingsrecht” in B. KEIRSBILCK en E. TERRY (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 25.

(*4) Zo was een landbouwer, natuurlijk persoon die zich beperkte tot de verkoop van landbouwproducten voortgebracht op het eigen bedrijf, geen handelaar (ingevolge de limitatieve opsomming van de daden van koophandel), maar is hij wel een onderneming. Hetzelfde geldt voor de ambachtslieden die hoofdzakelijk materiële prestaties verrichten (bv. kapper, tuinier), die niet gepaard gaan met de levering van koopwaar, de apotheker die enkel medicijnen verkoopt (zie opgeheven art. 2bis W.Kh.) en de onafhankelijke en zelfstandige onthaalouder (zie opgeheven art. 2ter W.Kh.). Allen waren zij geen handelaar, maar kwalificeren ze nu wel als onderneming.

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

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

8 In het handelsrecht werd klassiek ook aanvaard dat er slechts sprake is van een beroepsactiviteit indien het de bedoeling is van de betrokken persoon om met die activiteit een inkomen te verwerven, dit om in zijn levensonderhoud te voorzien. Hoewel dit niet uitdrukkelijk is bepaald, kan men ervan uitgaan dat dit vereiste ook in het nieuwe ondernemingsbegrip ligt vervat. Een argument voor deze opvatting, die overigens van groot belang is voor de vraag of onbezoldigde bestuurders als onderneming beschouwd kunnen worden (*infra* nr. 11), vindt men in de voorbereidende werken, in een passage betreffende de deeleconomie. Na te hebben vastgesteld dat een duurzame activiteit in de deeleconomie tot de kwalificatie als onderneming leidt, bepaalt de memorie van toelichting immers: “In de mate een activiteit in de deeleconomie bestaat uit een netwerk dat vraag en aanbod bij elkaar brengt om onderbenutte goederen en diensten te ontsluiten *en dat hieruit geen inkomen wordt nagestreefd*, zal er geen sprake zijn van een beroepsactiviteit, en dus ook niet van een onderneming”. (*1) Regelmaat en de betrachting om een inkomen te realiseren zijn naar onze overtuiging dan ook twee cumulatieve criteria om van een beroepsactiviteit te kunnen spreken.

Beoefenaren van vrije beroepen, zoals advocaten, gerechtsdeurwaarders, geneesheren, ... moet men zonder enige twijfel als onderneming kwalificeren. (*2) De bedoeling om in zijn levensonderhoud te voorzien moet men immers onderscheiden van het winst oogmerk, zoals het in het klassieke handelsrecht werd vereist en op basis waarvan de beoefenaren van vrije beroepen traditioneel werden uitgesloten van de toepassing van het handelsrecht. De kwalificatie van een beoefenaar van een vrij beroep als onderneming geldt zodra op zelfstandige basis een beroepsactiviteit wordt verricht, ook al voldoet men daarbij niet aan alle voorwaarden om als een beoefenaar van een vrij beroep in de zin van artikel I.1, 14° WER te kwalificeren. (*3)

9 Twee vragen hebben de rechtsleer (en de tweede vraag ook de rechtspraak) tot op vandaag sterk beziggehouden. Ten eerste, wanneer wordt een persoon die producten aanbiedt in de deeleconomie een onderneming en ten tweede, kunnen bestuurders van verenigingen en vennootschappen als een afzonderlijke onderneming worden beschouwd? Wat de tweede vraag betreft, situeert de rechtspraak zich vooral in het kader van de toepassing van het insolventierecht. Indien bestuurders als een onderneming kwalificeren, kunnen zij immers een gerechtelijke reorganisatie aanvragen en failliet verklaard worden en hebben zij geen toegang tot de procedure van de collectieve schuldenregeling (art. 1675/2 Ger.W.). (*4)

(*1) MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54, 2828/001, 10.

(*2) G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip: Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)”, *NJW* 2020, 242-243. Zie bv. Kh. Gent 6 december 2018, *TBH* 2019, 335.

(*3) Art. I.1, 14° WER definieert de beoefenaar van een vrij beroep als: “elke onderneming wiens activiteit er hoofdzakelijk in bestaat om, op onafhankelijke wijze en onder eigen verantwoordelijkheid, intellectuele prestaties te verrichten waarvoor een voorafgaande opleiding en een permanente vorming is vereist en die onderworpen is aan een plichtenleer waarvan de naleving door of krachtens een door de wet aangeduide tuchtrechtelijke instelling kan worden afgedwongen”.

(*4) Zie bv. Arbh. Antwerpen 21 augustus 2019, *TIBR* 2020, RS-85; Arbrb. Luik 16 augustus 2019, *JLMB* 2019, 1726.

Bestuurders kunnen er baat bij hebben failliet te worden verklaard. (*1) Bestuurders die failliet verklaard worden, genieten de voordelen van de *fresh start*-gedachte. Alle goederen die door de bestuurder na de datum van faillietverklaring worden verworven op grond van een oorzaak die dateert van na de faillietverklaring, vallen buiten de faillissementsboedel (art. XX.110, § 3, lid 2 WER). Restschulden die overblijven na de vereffening van het vermogen van de gefailleerde bestuurder worden in principe kwijtescholden (art. XX.173, § 1 WER). (*2) Deze zaken hebben belangrijke gevolgen voor de gebruikelijke financieringsstructuur waarbij bestuurders zich met hun persoonlijke vermogen borg stellen voor kredieten die hun vennootschap heeft aangegaan. (*3) Waar de kredietgever vroeger in het vermogen van de bestuurder-borgsteller een veilige terugvalbasis had, verdwijnt deze mogelijkheid in belangrijke mate wanneer deze bestuurder het voordeel van de kwijtschelding kan genieten. (*4)

10 Wat de eerste vraag betreft, i.e. de vraag of natuurlijke personen, die diensten verstrekken binnen de deeleconomie gehouden zijn een inschrijving te nemen in de KBO, geldt een kwantitatief criterium (art. III.49 WER). Bedraagt het brutobedrag van de via een erkend platform verworven inkomsten in het belastbare tijdperk of in het vorige belastbare tijdperk niet meer dan 3255 EUR (*5), dan hoeft men geen inschrijving te nemen. Het fiscale criterium is aldus van belang voor de toepassing van de inschrijvingsplicht uit Boek III WER. Echter, wat de algemene kwalificatie van natuurlijke personen als onderneming in de zin van artikel I.1, 1° WER betreft, kan het fiscale kwantitatieve criterium geen uitsluitel bieden. Bij de invulling van het algemene ondernemingsbegrip blijft het (materiële) criterium van zelfstandige beroepsactiviteit centraal staan. (*6)

11 Wat de tweede vraag betreft, i.e. of natuurlijke personen die bestuurder zijn van vennootschappen of verenigingen een onderneming (kunnen) zijn, woedt een levendig debat. Hoewel de meerderheid van de auteurs argumenteren dat de bestuurder als onderneming *kan* kwalificeren (en de meerderheid van de *gepubliceerde* vonnissen en arresten daarbij intussen aansluit), bestaat daarover geen unanimititeit.

(*1) A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: Wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 495.

(*2) De kwijtschelding betreft zowel de professionele als de persoonlijke schulden van de gefailleerde, met uitzondering van de onderhoudsschulden en de schulden voortvloeiend uit de verplichting tot herstel van de schade verbonden aan het overlijden of aan de aantasting van de lichamelijke integriteit van een persoon waaraan de gefailleerde schuld heeft; P. MOINEAU en F. ERNOTTE, “Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite”, *JLMB* 2019, 701.

(*3) J. DE SMET, “Het faillissement van zaakvoerders en bestuurders na de inwerkingtreding van Boek XX WER: moet er nog (drijf)zand zijn?”, *TIBR* 2019, 85; P. MOINEAU en F. ERNOTTE, “Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite”, *JLMB* 2019, 698.

(*4) D. BRULOOT en R. STEENNOT, “Het nieuwe ondernemingsbegrip in het insolventierecht (en daarbuiten)” in *Actuele hervorming van de wetgeving: nieuw en beter?* (PUC Delva 2019), Mechelen, Kluwer, 2020 (in druk).

(*5) Geïndexeerd overeenkomstig artikel 178, § 1 en § 3, lid 1, 2° van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992. Voor diensten in de deeleconomie heeft de federale overheid bepaald dat inkomsten uit diensten aangeboden aan natuurlijke personen via een erkend elektronisch platform voor het aanslagjaar 2019 pas vanaf 6130 EUR als beroepsinkomsten worden beschouwd.

(*6) G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip: Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)”, *N/W* 2020, 239.

De rechtspraak waarin wordt geweigerd om een bestuurder als een onderneming te beschouwen, hanteert in wezen drie verschillende argumenten: i) een bestuurder verricht geen eigen economische activiteit, te onderscheiden van deze van de rechtspersoon waarvoor hij optreedt (*1); ii) de bestuurder kan niet worden aangemerkt als een afzonderlijke organisatie (zoals de aanhef van artikel I.1, 1°, lid 1 vereist), los van deze van de vennootschap binnen welke hij zijn mandaat uitoefent (*2); iii) bestuurders zijn vrijgesteld van de verplichting om zich in te schrijven in de KBO, alsook van de verplichting om een boekhouding te voeren. (*3)

Deze argumenten kunnen niet overtuigen. (*4) Ten eerste, noch een letterlijke interpretatie, noch een teleologische interpretatie laten toe een eigen *economische* activiteit vanwege de bestuurders te vereisen. (*5) Een eigen zelfstandige beroepsactiviteit volstaat. (*6) Het was de uitdrukkelijke wens van de wetgever om het criterium van de economische activiteit te verlaten. (*7) Ten tweede, het is weinig waarschijnlijk dat de wetgever met de aanhef van artikel I.1, 1°, lid 1 WER een aparte vereiste van een afzonderlijke organisatie heeft willen invoeren. Bovendien sluit een dergelijke vereiste niet uit dat bestuurders alsnog als onderneming kwalificeren, met name wanneer de bestuurder zijn diensten op regelmatige en gestructureerde (*i.e.* geordende) wijze aan de rechtspersoon of verschillende rechtspersonen verleent. Het argument dat hij daarbij optreedt als vertegenwoordiger van de rechtspersoon snijdt geen hout. Het gaat immers niet over de vraag of de bestuurder een beroepsactiviteit uitoefent in zijn verhouding tot de derden die met de vennootschap contracteren. Het gaat er daarentegen over dat hij een zelfstandig beroep verricht dat erin bestaat zijn diensten aan de rechtspersoon aan te bieden. (*8) Daarbij is het geenszins vereist dat dit in verschillende vennootschappen gebeurt. (*9) Tot slot, nergens in de wet blijkt dat, opdat men gekwalificeerd zou kunnen worden als onderneming, het vereist is dat men een inschrijving in de KBO dient te nemen of boekhoudplichtig moet zijn. Bovendien, indien bestuurders niet als een onderneming beschouwd zouden kunnen worden, dan ware het niet noodzakelijk

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

(*2) Bergen 5 februari 2019, *JLMB* 2019, 678, *TIBR* 2019, 77; Kh. Luik 12 december 2018, *JLMB* 2019, 696; J. DE SMET, “Het faillissement van zaakvoerders en bestuurders na de inwerkingtreding van Boek XX WER: moet er nog (drijf)zand zijn?”, *TIBR* 2019, 86-87.

(*3) Kh. Henegouwen 6 november 2018, *JLMB* 2019, 688, noot P. MOINEAU en F. ERNOTTE; *TRV* 2019, 111, noot M. ROELANTS.

(*4) Een meer uitgebreide argumentatie vindt men in: D. BRULOOT en R. STEENNOT, “Het nieuwe ondernemingsbegrip in het insolventierecht (en daarbuiten)” in *Actuele hervorming van de wetgeving: nieuw en beter?* (PUC Delva 2019), Mechelen, Kluwer, 2020 (in druk); A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: Wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 501-502.

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

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

(*7) MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54, 2828/001, 3 en 10.

(*8) Antwerpen 28 november 2019, *TRV-RPS* 2020, 332, noot M. ROELANTS.

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

geweest hen uit te sluiten van de verplichting om een inschrijving in de KBO te nemen en een afzonderlijke boekhouding te voeren. (*1)

Indien men aanvaardt dat bovenstaande argumenten niet volstaan om aan bestuurders de kwalificatie van onderneming te ontzeggen, dan is het noodzakelijk te bepalen welke criteria men dan wel kan gebruiken om te bepalen wanneer een bestuurder als een onderneming kwalificeert. De loutere vaststelling dat een natuurlijk persoon optreedt als bestuurder van een rechtspersoon volstaat daarbij uiteraard niet om de bestuurder als een onderneming aan te merken. Ook het feit dat betrokkene zich als zelfstandige heeft ingeschreven, i.e. zich heeft onderworpen aan het sociaal statuut der zelfstandigen is in dezen niet noodzakelijk doorslaggevend. Het vormt enkel een vermoeden. (*2) Het is immers niet uitgesloten dat de inschrijving als zelfstandige niet gerechtvaardigd is.

Doorslaggevend om te kunnen spreken van een beroepsactiviteit is dat de betrokken activiteit met regelmaat wordt verricht en dit geschiedt met de bedoeling om in een inkomen te voorzien. (*3)

Het eerste vereiste houdt in dat een bestuurder slechts als een onderneming kwalificeert indien hij met de *nodige regelmaat* optreedt. (*4) Louter occasioneel handelen volstaat met andere woorden niet. Wat betreft het bestuur van rechtspersonen kan men zich hierbij niet beperken tot een analyse van het aantal deelnames aan formele bijeenkomsten van het bestuursorgaan. Op bestuurders rusten immers ook doorlopende verplichtingen, die niet beperkt zijn tot de momenten waarop het bestuursorgaan formeel beraadslaagt. (*5) Aldus moet worden aangenomen dat de vereiste inzake regelmaat bij bestuurders van rechtspersonen in principe steeds vervuld zal zijn. (*6) Men kan dan enkel nog aan de kwalificatie als onderneming ontsnappen door het bewijs te leveren

(*1) Zie ook: Kh. Luik 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692; Kh. Luik 30 juli 2019, *JLMB* 2020, 206, noot P. MOINEAU; P. MOINEAU en F. ERNOTTE, “Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite”, *JLMB* 2019, 715.

(*2) Dit is in lijn met de regelgeving houdende het sociaal statuut der zelfstandigen, die bepaalt dat personen die aangesteld zijn tot mandataris in een vereniging of vennootschap naar rechte of in feite die zich met een exploitatie of met verrichtingen van winstgevend aard bezighoudt (of die, zonder aangesteld te zijn, een mandaat uitoefenen in een dergelijke vereniging of vennootschap), op *weerlegbare* wijze geacht worden een zelfstandige beroepsbezigheid uit te oefenen. Enkel wanneer kan aangetoond worden dat het mandaat kosteloos wordt verricht, ontsnapt men aan het sociaal statuut der zelfstandigen.

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

(*3) Antwerpen 11 april 2019, *Limb.Rechtsl.* 2019, 238, noot G. RENIERS en I. LO GIUDUCI; Arbh. 21 augustus 2019, *TIBR* 2020, RS-85; Bergen 27 augustus 2019, *JLMB* 2019, 1459; Brussel 21 december 2018, *JLMB* 2019, 676, noot P. MOINEAU en F. ERNOTTE, *TBH* 2019, 575, noot A. VAN HOE en N. APPERMONT, *TRV* 2019, noot M. ROELANTS; Luik 2 april 2019, *JLMB* 2019, 1285; Kh. Luik 11 juni 2018, *JLMB* 2019, 684; Kh. Luik 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692. Zie ook: Brussel 21 december 2018, *TRV* 2019, 102, noot M. ROELANTS. In die zin ook: A. VAN HOE en N. APPERMONT, “Iedereen onderneming: Wat met vennootschapsbestuurders?”, *TBH* 2019, 500.

(*4) Antwerpen 11 april 2019, *Limb.Rechtsl.* 2019, 238, noot G. RENIERS en I. LO GIUDUCI, *RABG* 2019, 826; Luik 2 april 2019, *JLMB* 2019, 1285, *TBH* 2019, 275, noot A. VAN HOE en N. APPERMONT; Kh. Luik 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692.

(*5) Dit is in het bijzonder het geval voor de verplichting tot opvolging van de financiële toestand van de rechtspersoon die voortvloeit uit artikel 2:52 WVV.

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

dat de activiteit niet gericht is op het behalen van een inkomen. (*1) Onbezoldigde bestuurders en bestuurders die slechts een onkostenvergoeding ontvangen, zullen bijgevolg niet als onderneming kwalificeren. Dit is zonder twijfel de belangrijkste beperking op de kwalificatie van bestuurders als ondernemingen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan bestuurders van vrijetijdsverenigingen.

B. RECHTSPERSONEN

12 Wat rechtspersonen betreft, is de analyse heel wat eenvoudiger, omdat de wetgever hier wel in zijn opzet slaagt om louter een formeel criterium te gebruiken. Elke rechtspersoon is een onderneming en dit ongeacht de (statutaire of feitelijke) activiteit die wordt verricht. (*2) Het nieuwe algemene ondernemingsbegrip is derhalve ruimer dan het handelaarsbegrip, omdat het statutair doel niet hoeft te bestaan uit het stellen van daden van koophandel en deze handelingen overigens ook niet met winstoogmerk moeten worden gesteld. Het is ook ruimer dan het oude algemene ondernemingsbegrip omdat niet langer vereist is dat door de rechtspersoon een *economische* activiteit wordt verricht. Zo zullen ook VZW's en stichtingen die geen economische activiteit verrichten als een onderneming in de zin van artikel I.1, 1° WER kwalificeren. (*3) De keuze voor deze verruiming wordt onder meer verantwoord door het feit dat de rechtspersoonlijkheid vergaande gevolgen heeft voor derden (bv. afgescheiden vermogen). (*4)

13 Publiekrechtelijke rechtspersonen worden evenwel uitgesloten van het algemene ondernemingsbegrip, doch enkel indien ze geen goederen of diensten op de markt aanbieden. Met andere woorden, wanneer publiekrechtelijke rechtspersonen (potentieel) in concurrentie treden met privaatrechtelijke actoren, kwalificeren zij als onderneming. (*5) Wat de toepassing van het insolventierecht betreft, is de uitsluiting van de publiekrechtelijke rechtspersonen evenwel ruimer (via de definitie van het begrip schuldenaar in artikel I.22, 8° WER). Publiekrechtelijke rechtspersonen worden steeds uitgesloten van het insolventierecht, ook indien zij goederen of diensten aanbieden op de markt. (*6) Wat onder publiekrechtelijke rechtspersoon verstaan dient te worden, geeft de wet niet aan. Verwezen wordt naar

(*1) Antwerpen 11 april 2019, *Limb.Rechtsl.* 2019, 238, noot G. RENIERS en I. LO GIUDUCI, *RABG* 2019, 826; Luik 2 april 2019, *JLMB* 2019, 1285, *TBH* 2019, 275, noot A. VAN HOE en N. APPERMONT; Kh. Luik 11 juni 2018, *JLMB* 2019, 684; Kh. Luik 6 december 2018, *JLMB* 2019, 692. Zie ook: Brussel 21 december 2018, *TRV* 2019, 102, noot M. ROELANTS.

(*2) W. DERIJCKE, "Champ d'application du Livre XX du code de droit économique" in C. ALTER (ed.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Brussel, Larcier, 2017, 25.

(*3) A. AUTENNE en N. THIRION, "La nouvelle définition de l'entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois en arrière", *JT* 2018, 828; J. STUYCK, "De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht", *TBH* 2018, 320.

(*4) MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54 2828/001, 11-12.

(*5) MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54 2828/001, 12.

(*6) De uitsluiting ligt in de lijn van hetgeen is bepaald in de wetgeving op de autonome overheidsbedrijven, die enerzijds de handelingen van autonome overheidsbedrijven aanmerkt als daden van koophandel, anderzijds bepaalt dat de regelen uit Boek III van het Wetboek van Koophandel niet van toepassing zijn.

artikel 1412bis Ger.W. dat handelt over de onbeslagbaarheid van goederen die toehoren aan publiekrechtelijke rechtspersonen. (*1)

14 In de publieke sector zijn voorts de Federale Staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, van het ondernemingsbegrip uitgesloten. Zij worden eveneens beheerst door het publiek recht. (*2) Ze zijn in alle omstandigheden van het ondernemingsbegrip uitgesloten, ook al bieden ze goederen of diensten aan op de markt. De uitzondering van deze entiteiten uit de publieke sector steunt op de idee dat deze rechtspersonen rechtstreekse, democratisch verkozen bestuursorganen hebben. In bepaalde rechtsleer wordt deze uitsluiting echter bekritiseerd. (*3) Wanneer statelijke organisaties een economische activiteit verrichten, bijvoorbeeld wanneer gemeentes zwembaden of culturele centra uitbaten of nog wanneer OCMW's rust- en verzorgingsinstellingen exploiteren, zouden zij voor die activiteiten wel als onderneming moeten kwalificeren.

C. ANDERE ORGANISATIES ZONDER RECHTSPERSOONLIJKHEID

15 Tot slot omvat de algemene definitie van het ondernemingsbegrip ook andere organisaties zonder rechtspersoonlijkheid. De integratie van organisaties zonder rechtspersoonlijkheid in het ondernemingsbegrip moet evenwel samen worden gelezen met de uitdrukkelijke uitsluiting van de organisaties zonder rechtspersoonlijkheid die *geen uitkeringsoogmerk* hebben en die ook *in feite geen uitkeringen verrichten* aan hun leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie. Houdt men rekening met deze uitsluiting, dan stelt men vast dat de opname van de organisaties zonder rechtspersoonlijkheid in het algemene ondernemingsbegrip een minder ruime draagwijdte heeft dan men op het eerste gezicht zou denken. (*4)

16 In de memorie van toelichting geeft de wetgever aan dat met deze categorie in eerste instantie wordt gedacht aan de *maatschap*. Het is het *for-profit* karakter van deze vennootschappen, i.e. het feit dat ze worden opgericht om de vennoten een

(*1) M. VAN MEENEN en I. VAN DE PLAS, "Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?", *TBH* 2018, 219, stippen aan dat het begrip publiekrechtelijke rechtspersoon in deze bepaling evenmin helder is gedefinieerd.

(*2) G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip: Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)", *NJW* 2020, 244; M. VAN MEENEN en I. VAN DE PLAS, "Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?", *TBH* 2018, 220.

(*3) J. STUYCK, "De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht", *TBH* 2018, 321.

(*4) M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, "Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?" *TBH* 2018, 216.

rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen, dat verantwoordt dat zij steeds aan de regelen van het economisch recht worden onderworpen. (*1) Verder wordt ook melding gemaakt van *buitenlandse entiteiten* die drager zijn van eigen rechten en verplichtingen en als dusdanig deelnemen aan het rechtsverkeer, zoals een trust en een handelszaak met een afgescheiden vermogen, maar zonder rechtspersoonlijkheid. Hebben deze entiteiten hun centrum van voornaamste belangen in België, dan is het verantwoord om ze aan het Belgisch economisch recht te onderwerpen. (*2)

17 *Feitelijke verenigingen* vallen, in tegenstelling tot de maatschap, in principe niet onder het algemene ondernemingsbegrip. De voorwaarde is daarbij wel dat zij geen uitkeringsoogmerk hebben en ook *de facto* geen uitkeringen doen. Een feitelijke vereniging mag dus wel winst nastreven om haar belangeloos doel te verwezenlijken en om zonder subsidies en zonder nieuwe financiële injecties van leden te overleven, maar ze mag deze winst niet uitkeren. Het is het *non-profit* karakter van dergelijke feitelijke verenigingen dat volgens de wetgever hun onderscheiden behandeling (in vergelijking met de maatschap) verantwoordt. (*3)

De voorwaarde om te ontsnappen aan een kwalificatie als onderneming bestaat er dus voor de feitelijke vereniging in dat er geen uitkeringen worden beoogd, noch worden verricht. Het lijkt hierbij om cumulatieve voorwaarden te gaan. (*4) Het is dus irrelevant of het gaat om eigenlijke uitkeringen, i.e. het equivalent van dividenden (*5), dan wel om vermomde uitkeringen. Van dit laatste concept is sinds de inwerkingtreding van het WVV een formele definitie voorhanden, namelijk: “*elke verrichting waardoor de activa van een vereniging dalen of haar passiva stijgen en waarvoor zij hetzij geen tegenprestatie ontvangt, hetzij een tegenprestatie die kennelijk te laag is in verhouding tot de waarde van haar prestatie*”. (*6) Aan wie het voordeel wordt toegekend, is niet relevant. (*7) In de parlementaire stukken bij de invoering van het nieuwe ondernemingsbegrip geeft men de volgende voorbeelden: een huurovereenkomst gesloten tussen de vereniging (als huurder) en een lid of een bestuurder van de vereniging (als

(*1) M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?” *TBH* 2018, 216.

(*2) MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54 2828/001, 12-13. Zie ook: M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?” *TBH* 2018, 216, die aangeven dat deze situatie zich niet vaak zal voordoen.

(*3) MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54 2828/001, 13. Merk evenwel op dat deze redenering – zonder duidelijke verantwoording – niet wordt gevolgd wat betreft de VZW die eveneens een belangeloos doel dient na te streven, maar toch aan de bepalingen van het insolventierecht is onderworpen.

(*4) Zie hierover ook: A. AUTENNE en N. THIRION, “La nouvelle définition de l’entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois en arrière”, *JT* 2018, 830.

(*5) J. STUYCK, “De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht”, *TBH* 2018, 320.

(*6) Art. 1:4 WVV.

(*7) In het WER wordt verwezen naar voordelen toegekend aan de leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de onderneming; in het WVV worden daar de oprichters of enig andere persoon aan toegevoegd.

verhuurder) tegen een buitensporige huursom (*i.e.* huurprijs die aanzienlijk hoger ligt dan hetgeen voor een dergelijk onroerend goed op de markt gebruikelijk is) en de toekenning van buitensporig hoge vergoedingen voor bestuurders. (*1)

Dergelijke vermomde uitkeringen moeten worden onderscheiden van de toekenning van voordelen aan de leden van een vereniging in het kader van de verwezenlijking van haar belangeloos doel. (*2) Het verbod om uitkeringen te doen, belet niet dat de vereniging voor haar leden diensten om niet levert die binnen haar voorwerp (*i.e.* de vooropgestelde activiteiten) en in het kader van haar doel vallen. (*3) De memorie van toelichting bevat ook op dit punt enkele voorbeelden en verwijst *onder meer* naar de sportvereniging die haar leden toelaat sportfaciliteiten gratis of tegen een gunstprijs te gebruiken, naar de patronale vereniging die haar leden juridisch of ander advies verstrekt, naar de uitdeling van maaltijden aan geringe kostprijs aan daklozen en naar de organisatie van vakanties voor kinderen van het personeel. (*4) Ook tijdens de bespreking in de commissie werden nog een aantal voorbeelden aangereikt om dit verder te verduidelijken (*5), waaronder de ondernemingsvereniging die lobbyt ten voordele van haar leden of die ten voordele van haar leden een mediacampagne financiert. Dit laatste voorbeeld is bijzonder omdat de ondernemingsverenigingen wel als een onderneming golden onder het vroegere ondernemingsbegrip, dat overigens tot op vandaag nog geldt voor de toepassing van het mededingings- en het marktpraktijkenrecht (dit door de toevoeging ‘alsmede haar verenigingen’).

Het moge duidelijk zijn dat, de vele voorbeelden tijdens de voorbereidende werken ten spijt, het in de praktijk niet steeds evident zal zijn om te bepalen wanneer er sprake is van een louter voordeel op grond van het lidmaatschap van een vereniging en wanneer er sprake is van een vermomde uitkering. Ook op dit punt is er dus geen sprake van een definiëring van het ondernemingsbegrip op grond van louter formele criteria. (*6)

Daarbij komt nog de vraag of het aan de feitelijke vereniging is om aan te tonen dat zij geen uitkeringsoogmerk heeft en in feite geen uitkeringen verricht, dan wel of dit bewijs geleverd moet worden door degene die beweert dat de feitelijke vereniging een onderneming is. De structuur van de wet laat vermoeden dat het aan de feitelijke vereniging is om het bewijs te leveren dat zij, ondanks het feit dat zij een organisatie is, niet als een onderneming kan worden beschouwd. (*7) Maar dit wordt tegengesproken in de voorbereidende werken bij de totstandkoming van Boek XX WER (*8), waarin wordt

(*1) MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54 2828/001, 14.

(*2) Art. 1:2, in fine WVV.

(*3) Art. 1:4 WVV.

(*4) MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54 2828/001, 14.

(*5) Verslag, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54 2828/004, 33-35.

(*6) In die zin ook: A. AUTENNE en N. THIRION, “La nouvelle définition de l’entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois en arrière”, *JT* 2018, 830; M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?” *TBH* 2018, 218-219.

(*7) M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?” *TBH* 2018, 216.

(*8) MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54 2407/001, 25.

gesteld dat degene die zich erop wil beroepen dat een feitelijke vereniging een onderneming is het bewijs moet leveren van uitkeringsoogmerk of feitelijke uitkeringen. Dit werd verder ook bevestigd door de minister van Justitie tijdens de besprekingen van het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht. (*1) Weliswaar vermijdt dit dat de feitelijke vereniging het negatieve bewijs moet leveren van de afwezigheid van uitkeringsoogmerk en feitelijke uitkeringen, doch het plaatst derden in een moeilijke positie.

(*1) Verslag, *Parl.St.* Kamer, Doc. 54 2828/004, 33.