

De adviserende rol van de notaris, de accountant en de belasting- consulent bij de oprichting van vennootschappen

Studiedag 18 februari 2004

Op 18 februari 2004 organiseerden het Instituut van de Accountants en de Belastingconsulenten en de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat een gezamenlijke studiedag rond de belangrijkste vennootschapsrechtelijke aandachtspunten naar aanleiding van de oprichting en de eerste levensjaren van een vennootschap. De inleidende uiteenzetting werd gegeven door Johan De Leenheer, Voorzitter van het IAB, die eveneens de aankondiging van de verschillende sprekers in de voormiddag voor zijn rekening nam. Karel Tobback, Voorzitter van de KFBN, stelde de sprekers voor in de namiddag en verzorgde tevens het slotwoord. U vindt hierna een korte samenvatting van de verschillende uiteenzettingen.

HANDELEN NAMENS EEN VENNOOTSCHAP IN OPRICHTING: ALGEMENE PRINCIPES EN BIJZONDERE FISCAAL- RECHTELIJKE AANDACHTS- PUNTEN

Als eerste spreker beet de heer Olivier CAPRASSE, advocaat en professor aan de Ulg, de spits af met

een toelichting van de juridische aspecten in het kader van het handelen namens een vennootschap in oprichting.

De problematiek van het preconstitutief handelen wordt geregeld door artikel 60 van het Wetboek van vennootschappen en is in wezen een regeling van aanvullend recht.

De uiteenzetting van de heer CAPRASSE spitste zich toe op twee deelaspecten van het preconstitutief handelen, nl. enerzijds de handelingen die de oprichters stellen namens de vennootschap in oprichting en anderzijds de bevrijding van de oprichters wanneer de vennootschap haar oprichtingsakte tijdig neerlegt ter griffie van de rechtbank van koophandel en de namens de vennootschap in oprichting aangegane verbintenissen tijdig overneemt.

Met betrekking tot de preconstitutive handelingen als dusdanig schrijft artikel 60 van het Wetboek van vennootschappen voor dat diegene die in naam en voor rekening van een vennootschap in oprichting een verbintenis aangaat, onmiddellijk door deze verbintenis verbonden is en derhalve onmiddellijk het voordeel geniet van de met deze verbintenis verband houdende rechten.

De vennootschap wordt geacht in

oprichting te zijn tot bij de neerlegging van de oprichtingsakte ter griffie van de rechtbank van koophandel.

De bevrijding van de oprichter houdt in dat deze ontheven wordt van de rechten en verplichtingen verbonden aan de in naam en voor rekening van de vennootschap in oprichting aangegane verbintenissen en dat de vennootschap, zodra ze is opgericht, wordt gesubrogeerd in de rechten en verplichtingen die uit deze verbintenissen voortvloeien.

Opdat de bevrijdingsregeling toepassing zou kunnen vinden, moeten tegelijkertijd twee voorwaarden zijn vervuld, nl.:

- de vennootschap moet binnen twee jaar na de verbintenis zijn opgericht en de rechtspersoonlijkheid hebben verkregen;
- de vennootschap moet binnen twee maanden na de verkrijging van de rechtspersoonlijkheid de tijdens haar oprichting aangegane verbintenissen overnemen.

Indien deze twee voorwaarden zijn vervuld, worden de oprichters van elke aansprakelijkheid bevrijd, en wordt de vennootschap van meet af aan beschouwd als contractsluitende partij.

Tot slot gaf de heer CAPRASSE een aantal praktische wenken aangaande de wijze waarop de vennootschap de verbintenissen moet overnemen.

De specifieke fiscaalrechtelijke behandeling van de aankoop van een onroerend goed door een vennootschap in oprichting werd op zeer verhelderende wijze toegelicht door mevrouw Hilde PELGROMS, Belastingconsulent en Adviseur Juridisch Departement KFBN.

Mevrouw PELGROMS besprak in haar uiteenzetting enige essentiële punten van deze problematiek.

Het eerste punt betrof de gevolgen van een laattijdige overneming van de verbintenis (bekrachtiging). Dienaangaande analyseerde de spreker een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van 30 november 2001.

Dat vonnis beslist “dat bij de aankoop van een onroerend goed voor rekening van een vennootschap in oprichting, de verbintenis bedoeld bij artikel 13bis van de Gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen (art. 60 W.Venn.) in deze zin moet worden uitgelegd dat degene die de verbintenis aangaat persoonlijk tot deze verbintenis gehouden is, maar niet als eigenaar van het goed moet worden beschouwd.

Bij laattijdige overneming van de verbintenissen door de vennootschap, geeft de afwezigheid van een eigendomsoverdracht tussen degene die zich heeft verbonden en de vennootschap die overneemt, geen aanleiding tot heffing van het recht bij overgang.

Mevrouw PELGROMS onderstreepte dat de administratie beroep heeft ingediend tegen deze beslissing en dat, naar haar mening, een dubbele heffing van de rechten zou kunnen

worden toegepast. Dit standpunt wordt niet door de gehele rechtsleer bijgevalen.

Het tweede punt betrof de gevolgen van een stilzwijgende bekrachtiging. De spreker wees op het probleem van het bewijs van de oprechtheid van de datum van de overeenkomsten of van de tegenbrieven. Dat bewijs kan door elk rechtsmiddel, met uitzondering van de eed, worden geleverd. Het betreft een interpretatie van artikel 18 van het Wetboek der registratierechten. Ter illustratie gaf de spreker enige voorbeelden.

In een derde punt analyseerde mevrouw PELGROMS het verkoopcompromis aangegaan in naam van een bestaande vennootschap of van een vennootschap in oprichting, en dit aan de hand van een beslissing van de rechtbank van koophandel te Charleroi van 14 juni 2000. Volgens de rechtbank volgt uit artikel 13bis SWHV (art. 60 W.Venn.) dat verbintenissen aangegaan in naam van een vennootschap in oprichting, vóór deze de rechtspersoonlijk heeft verkregen, en die binnen de twee maanden na de oprichting door de vennootschap worden overgenomen, geacht worden van het begin af door de vennootschap te zijn aangegaan.

Wanneer uit de omstandigheden rondom de ondertekening van het verkoopcompromis kan worden afgeleid dat aan de door deze bepaling vereiste voorwaarden is voldaan, moet de vennootschap geacht worden partij te zijn geweest bij het compromis, en dienvolgens, het onroerend goed rechtstreeks te hebben verworven. Bijgevolg splitst de administratie de verrichting ten onrechte in enerzijds, een eerste verkoop met voorbehoud om een command aan te wijzen en, anderzijds, een vanuit fiscaal oogpunt onregelmatige (wegens de niet-naleving van de voorwaarden gesteld bij artikel 159,

1° van het Wetboek der registratierechten) commandverklaring die aanleiding geeft tot een nieuwe heffing van het evenredig recht.

Mevrouw PELGROMS besloot haar uiteenzetting met de volgende vraag : Wat gebeurt er bij een aankoop voor rekening van een nog op te richten vennootschap (zonder vermelding van de vennootschapsvorm, van de naam, de maatschappelijke zetel, enz.)?

De aankoop van een onroerend goed door iemand die verklaart te handelen in naam van een handelsvennootschap in oprichting, vóór deze vennootschap de rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, maakt het recht opeisbaar, voor zover de aankoop niet geschiedt onder de ontbindende voorwaarde dat de vennootschap wordt opgericht. De administratie eist niet dat de verschillende gegevens betreffende de op te richten vennootschap worden vermeld en tot dusver is er geen officieel standpunt terzake van de administratie bekend. Het betreft een feitenkwestie.

HET FINANCIËEL PLAN, DE INBRENG EN DE QUASI-INBRENG

De problematiek inzake het opstellen van een financieel plan, alsook van de inbreng en de quasi-inbreng werd uitvoerig uiteengezet door de heer Gerard DELVAUX, Accountant en Bedrijfsrevisor.

Deze spreker wees er vooreerst op dat notarissen en accountants de adviseurs bij uitstek zijn van ondernemingen en alsdusdanig de “bewaarders van de wettelijkheid”.

De accountant moet overigens in zijn eerste contact met de klant adviseren een beroep te doen op een notaris.



V.l.n.r. : Olivier CAPRASSE, Bernard TILLEMAN en Eric SPRUYT.

De accountant moet zich de vraag stellen naar de drijfveren in hoofde van de ondernemer – natuurlijke persoon voor de oprichting van een vennootschap, en moet de beweegredenen van fiscale en vermogensrechtelijke aard onderzoeken die in het concrete geval in het voordeel spreken van deze oplossing.

Bij dit alles mag de accountant zijn kritische geest niet verliezen. Beheerst zijn cliënt onvoldoende de risico's die verbonden zijn aan de oprichting van een vennootschap, dan zal hij de oprichting hiervan moeten ontraden. Wordt daarentegen beslist tot oprichting van een vennootschap, dan zal hij met zijn cliënt in eerste instantie op zoek moeten gaan naar de geschikte rechtsvorm die de vennootschap moet aannemen.

In het kader van de oprichting van een vennootschap wijst de heer DELVAUX op het belang van de opstelling van het financieel plan, dat de eerste begroting van de vennootschap vormt. Het Wetboek van vennootschappen - meer bepaald de artikelen 215, 391 en 440 - stipuleert dat de oprichters vóór de oprichting van de vennootschap aan de notaris een financieel plan moeten overhandigen. Dit docu-

ment wordt niet openbaar gemaakt, maar door de notaris bewaard. In dit verband moet in het bijzonder worden gewezen op de mogelijke aansprakelijkheid van de oprichters. Deze kan in het gedrang worden gebracht indien de vennootschap binnen de drie jaar na haar oprichting failliet wordt verklaard en haar maatschappelijk kapitaal ontoereikend is.

De extern accountant moet de ondernemer erop attent maken dat hij slechts een advies kan geven, en zich niet mag inlaten met het bestuur van de vennootschap. Hij moet zich in deze beperken tot het geven van bijstand, maar mag niet deelnemen aan het bestuur. Het financieel plan is de eerste begroting van de onderneming. Het is een beheersinstrument dat steunt op een bepaald aantal onderstellingen die naderhand door de feiten kunnen worden weerlegd.

De heer DELVAUX is dan ook van mening dat, wanneer de omstandigheden de ondernemers ertoe dwingen hun oorspronkelijk standpunt te herzien, er een buitengewone algemene vergadering moet

worden bijeengeroepen om het financieel plan aan deze omstandigheden aan te passen.

Voorts herinnerde de spreker eraan dat, volgens de wetgever, de Raad van het IAB de regels bepaalt volgens dewelke de stagiair-accountants worden belast met de opstelling, ten kosteloozen titel en onder toezicht van hun stagemester, van een financieel plan voor de ondernemers in het kader van hun eerste vestiging. Dienaangaande voegde hij eraan toe dat het IAB erop toeziet dat de stagiairs het financieel plan opstellen onder de strikte leiding van een stagemester. De Raad kan eveneens de regels vaststellen volgens dewelke de externe leden van het IAB een gratis eerste lijns advies verstrekken aan ondernemingen die erom verzoeken in de loop van hun eerste activiteitenjaar. De heer DELVAUX meent dat deze eerste kosteloze raadpleging moet beperkt worden.

Het financieel plan is een prognose van de door de op te richten vennootschap te realiseren activiteiten, en van de financiële middelen waarover ze daartoe moet beschik-

ken. Bijgevolg moet de beroepsbeoefenaar de verwachtingen van de oprichters over een periode van twee of drie jaar na de oprichting schematisch voorstellen.

Afhankelijk van de geplande activiteit moeten bepaalde gegevens duidelijk worden gesteld en becijferd. De beroepsbeoefenaar moet een haalbaarheidsstudie uitvoeren en de producten, de kosten, de diverse goederen en diensten analyseren om zich een idee te vormen van de uitgaven die nodig zijn voor de toekomstige activiteit van de vennootschap. Hij moet de omvang van de personeelskosten inschatten, de financiële middelen die ter beschikking van de onderneming staan (eigen vermogen, te bekomen krediet, enz.) onderzoeken en nagaan of er inbrengen in natura of investeringen nodig zijn om de

onderneming te laten functioneren.

De opmaak van een financieel plan moet bijgevolg steunen op de opstelling van een resultatenbegroting en van een investeringsbegroting. De beroepsbeoefenaar moet er ook op toezien dat hij de toepassing van de BTW niet uit het oog verliest.

Wanneer vervolgens de resultatenprognose is opgemaakt, zal het gemakkelijker zijn een balans over de eerste drie toekomstige boekjaren op te stellen. Op dat ogenblik moet een prognose worden gemaakt van de cashflowtabel.

De spreker onderstreepte ook dat de beroepsbeoefenaar de nodige tijd moet besteden aan de opmaak van het financieel plan. Er is krachtige boekhoud- en budgetteringsoftware beschikbaar om hem

daarbij bij te staan en, als de ondernemer goed heeft nagedacht over de opstelling van zijn financieel plan, zal hem dat niet zo veel kosten.

Bij het onderzoek van de werkbaarheid van de onderneming moet de accountant in zijn verslag vermelden dat hij zijn advies uitbrengt op basis van de gegevens die hem door de oprichters ter beschikking zijn gesteld.

In het tweede deel van zijn uiteenzetting behandelde de heer DELVAUX de inbreng in natura.

De inbreng in natura kreeg in het Wetboek van vennootschappen een nieuwe definitie. De inbreng in natura is noch een inbreng in geld - dat spreekt voor zich - noch de verplichting om iets te doen.

De heer DELVAUX benadrukte dat het toekomst aan de

V.l.n.r. : Jan VAN BAEL, Pierre NICAISE, Patrick DE WOLF, Gérard DELVAUX., Karel TOBBACK, Philippe ERNST en Johan DE LEENHEER.



bedrijfsrevisor, en niet aan de accountant, om het bijzonder verslag op te maken naar aanleiding van een inbreng in natura of een quasi-inbreng.

De spreker verzoekt de notarissen er dan ook om zich te vergewissen van de hoedanigheid van de beroepsbeoefenaar die de controleverslagen opstelt in het kader van de door het Wetboek van vennootschappen bepaalde bijzondere opdrachten. In de praktijk komt het immers voor dat interne accountants - in strijd met de wet - dergelijke verslagen opstellen, met alle gevolgen van dien die een dergelijke boekhoudkundige overtreding met zich meebrengt.

In het kader van een inbreng in natura, behoort het tot de opdracht van de bedrijfsrevisor om de verschillende inbrengen in natura kwalitatief en kwantitatief te controleren. Ze moeten tegen hun economische waarde worden gewaardeerd, en deze waarde mag noch overschat, noch onderschat worden.

De heer DELVAUX vermeldde hierop nochtans één uitzondering, nl. bij splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen moet de boekwaarde, en niet de economische waarde worden onderzocht.

De bedrijfsrevisor controleert derhalve de waarderingsmethode van elke inbreng in natura.

Tenslotte merkte de heer DELVAUX op dat, overeenkomstig een nieuwe door de Raad van het IBR uitgevaardigde norm, de bedrijfsrevisor voortaan uitdrukkelijk dient te vermelden dat hij zich niet uitspreekt over het gewettigd karakter van de verrichting. Daartoe moet het "no fairness opinion"-beginsel uitdrukkelijk in het revisoraal verslag, of in de conclusie ervan, worden vermeld.

VENNOOTSCHAP EN HUWELIJKSVERMOGENSRECHT

De heer Johan DU MONGH, advocaat en plaatsvervangend docent aan de KULeuven, heeft in zijn uiteenzetting enkele raakvlakken tussen het familiaal vermogensrecht en het vennootschapsrecht aangehaald. Meer in het bijzonder werden zowel de gevolgen, als het statuut van de aandelen van echtgenoten die toetreden tot een vennootschap op praktische wijze toegelicht.

Vooreerst werd de vraag behandeld in welke mate een gehuwd persoon die een vennootschap (mede) opricht als eigenaar kan beschouwd worden van de aandelen. Is, in deze hypothese, de partner van de betrokkene medeëigenaar of zijn de aandelen exclusief eigendom van de betrokkene? Het antwoord op deze vraag dient beantwoord te worden in functie van het huwelijksvermogensstelsel van het echtpaar. Overeenkomstig het wettelijk stelsel valt al hetgeen één van de echtgenoten verwerft in de gemeenschap. De aandelen die verworven worden met dit gemeenschappelijk vermogen vallen dan ook in het gemeenschappelijk vermogen. Indien er eigen middelen gebruikt werden of indien er een duidelijke wederbelegging werd gedaan, zijn de aandelen echter exclusief eigendom van de inbrenger. Indien het echtpaar gehuwd is onder het stelsel van scheiding van goederen, zijn de aandelen exclusief eigendom van de inbrenger van het goed.

Een tweede vraag betrof de problematiek van het stemrecht. Is slechts één echtgenoot gerechtigd om het stemrecht uit te oefenen dat verbonden is aan aandelen die tot de huwelijksgemeenschap behoren, of komt dit recht eveneens toe aan zijn of haar partner? Indien het aandelen op naam betreft, kan in principe enkel diegene op wiens

naam de aandelen staan het stemrecht verbonden aan deze aandelen uitoefenen. Indien de aandelen niet op naam zijn, kunnen, op basis van het principe van het concurrentieel bestuur van het gemeenschappelijk vermogen, beide echtgenoten het stemrecht verbonden aan deze aandelen uitoefenen.

Vervolgens heeft de heer DU MONGH de vraag onderzocht welke van de echtgenoten recht hebben op de meerwaarde van de aandelen. In principe moet terzake worden aangenomen dat, indien de aandelen gemeenschappelijk zijn, ook de meerwaarden gemeenschappelijk zijn.

Ook de situatie waarbij de gezinswoning ingebracht wordt in een vennootschap werd nader toegelicht. Zijn de beschermingsregels van het primair en secundair stelsel nog van toepassing indien de woning eigendom is van een vennootschap? Recente Cassatierechtspraak heeft aanvaard dat de in de vennootschap ingebrachte gezinswoning volledig aan voormelde beschermingsregels onttrokken wordt. Indien men de bescherming van het primair stelsel ook ná de inbreng in een vennootschap wil behouden, zal dit dienen te geschieden door zich bij de overdracht een zakelijk recht (vb. vruchtgebruik of recht van bewoning) voor te behouden.

De echtgenoot die gerechtigd is om het stemrecht op de aandelen uit te oefenen, is tevens bevoegd om zelf het inkomen verbonden aan deze aandelen te bepalen via de beslissing om de winst van de vennootschap al dan niet uit te keren. Indien de echtgenoten gehuwd zijn onder het wettelijk stelsel vallen eventuele dividenden, verbonden aan deze aandelen, echter in het gemeenschappelijk vermogen. De beslissing om de winst niet uit te keren heeft bijgevolg tot gevolg dat de gemeenschap minder inkomsten

	%	Type	Persoon	Ligging
Roerende goederen	0.5 %	zonder voorwerp	zonder voorwerp	zonder voorwerp
Onroerende goederen	0.5 % 0.5 % 12.5 %/10 % 25 EUR	onroerend niet-onroerend onroerend onroerend	rechtspersoon zonder voorwerp natuurlijke persoon natuurlijke persoon	zonder voorwerp zonder voorwerp België buitenland

verkrijgt, terwijl de waarde van de (eigen) aandelen toeneemt. In dit kader is er een doorbraak gekomen in de rechtspraak, waarbij het op consequente wijze beslissen om de winst niet uit te keren, gekwalificeerd kan worden als misbruik van stemrecht. In dit geval zou de vrede-rechter hiermee rekening kunnen houden bij het bepalen van het onderhoudsgeld.

De heer DU MONGH beëindigde zijn uiteenzetting met een belangrijke opmerking. De bankpraktijk brengt vaak de vereiste met zich mee dat de echtgenoot van de gehuwde persoon die een borgstelling aangaat, deze mede moet ondertekenen. Dit verzoek van de bank kadert in de mogelijkheid van de partner om de zekerheid nietig te laten verklaren. De medeondertekening door de partner impliceert immers een verzaking door deze laatste van zijn recht om de borgstelling nietig te laten verklaren. Men dient echter in dit kader zeer aandachtig na te gaan dat de medeondertekening niet gekwalificeerd kan worden als een medeborgstelling.

REGISTRATIEMRECHTEN EN OPRICHTING VAN EEN VENNOOTSCHAP

De heer Eric SPRUYT, Notaris, Professor aan de Fiscale Hogeschool en Docent aan de VPOO/Vlekho analyseerde in een uitstekend gestructureerde uiteenzetting op uiterst nauwkeurige wijze de kwestie van de relatie tussen de registratierechten en de inbrengen,

die ten eerste van belang is bij de oprichting van een vennootschap.

Zijn eerste aanknopingspunt met de materie waren de bepalingen tot regeling van de registratieverplichting (art. 19, 1°, 2°, 5° en 26 van het W.Reg.). Aan de hand van een praktisch schema sneed hij de kwestie aan van de rechten die op de inbrengen kunnen worden geheven, geïllustreerd met relevante kanttekeningen over de verschillende schoolvoorbeelden, en meer bepaald over het verlaagde tarief van 5 % (art. 115 en 115bis, 119 (maatstaf van heffing) en 120 (gemengde inbrengen) van het W.Reg.). In dat kader vestigde hij de aandacht op de mogelijke inbreng van een onroerend goed met behoud van het vruchtgebruik, waarna dat vruchtgebruik aan de vennootschap wordt verkocht. In dergelijk geval is overeenkomstig artikel 159, 3° W.Reg. enkel een recht van 25 EUR toepasselijk.

(zie tabel hierboven)

Vervolgens vestigde de heer SPRUYT de aandacht op de kwestie van de inbrengen die onderworpen zijn aan het verkooprecht. In deze materie moeten de geografische ligging van het onroerend goed en de hoedanigheid van de inbrenger in aanmerking worden genomen. Immers, enkel in België gelegen onroerende goederen die door een natuurlijke persoon worden ingebracht, vallen onder de bepalingen van artikel 159, 7° W.Reg., ook wanneer ze bij buitenlandse vennootschappen worden ingebracht. In dat kader kan, in afwijking van de bepalingen van artikel 53 W.Reg., de toepassing van het stelsel van de handelaars in onroerende goederen (art. 62 W.Reg.) en de teruggaven op basis van artikel 212 W.Reg., worden overwogen.

De heer SPRUYT besloot zijn uiteenzetting met de problematiek van de



vrijstellingsregelingen. Zo werden drie stelsels uit de doeken gedaan : de fusies, splitsingen en inbrengen van een algemeenheid van goederen (art. 117 § 1 W.Reg.), de inbrengen van een bedrijfstak (art. 117 § 2 W.Reg.), en de zogenaamde fusie "à l'anglaise" (art. 117 § 3 W.Reg.).

SPECIFIEKE BEKWAAMHEIDSVEREISTEN EN ADMINISTRATIEVE FORMALITEITEN

De heer Philippe ERNST, Advocaat en Professor aan de UA, behandelde in zijn uiteenzetting een aantal recente wetwijzigingen die relevant zijn voor de oprichters van vennootschappen. Hij besprak in het bijzonder de programmawet van 10 februari 1998 tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap. Deze wet heeft de vestigingwetgeving ingrijpend gewijzigd.

De spreker begon zijn analyse met het schetsen van de historiek en de doelstellingen van de nieuwe regeling. De nieuwe wet strekt er in hoofdzaak toe het beroep van zelfstandig ondernemer te stimuleren en de sector competitiever te maken. De wetgever wilde via deze nieuwe regeling eveneens het voortijdig faillissement van zelfstandige ondernemingen voorkomen.

Vervolgens besprak de heer ERNST het toepassingsgebied van de wet. Bij het definiëren van het begrip "KMO" worden geen zuiver kwantitatieve criteria gehanteerd. De criteria zijn thans de volgende, nl.:

- (1) het gemiddeld aantal werknemers mag op jaarbasis niet meer dan 50 bedragen en;
- (2) het bezit van aandelen of deelbewijzen in hoofde van de externe aandeelhouders of deelbewijshouders mag niet meer bedragen dan 25 % en;

- (3) jaaromzet van max. 7 000 000 EUR of een jaarlijks balanstotaal van max. 5 000 000 EUR.

De spreker vergeleek deze criteria met deze die worden vooropgesteld door de boekhoudwetgeving en door de oude wetgeving. Het tweede criterium is nieuw en strekt ertoe de invloed van de externe kapitaalverschaffers te beperken ten voordele van de zelfstandige onderneming.

Tenslotte besteedde de heer ERNST uitvoerige aandacht aan de kern van wetgeving, m.n. de nieuwe vestigingsregels voor de KMO's.

De wet bepaalt dat de aankomende zelfstandige ondernemer aan drie cumulatieve voorwaarden moet voldoen :

- (1) basiskennis van het bedrijfsbeheer;
- (2) beroepsbekwaamheid;
- (3) vestigingsgetuigschrift.

Wat de basiskennis van het bedrijfsbeheer betreft, dient de zelfstandige, fysieke persoon of rechtspersoon, het bewijs te leveren dat hij het bij KB vastgestelde programma (recht, boekhouding, handel en informatica) machtig is. Het bewijs daarvan kan ondermeer geleverd worden door diploma's en getuigschriften of door praktijkervaring. Op te merken valt hierbij dat de accountant en de belastingconsulent zijn vrijgesteld van deze verplichting, omdat de kennis van het bedrijfsbeheer voor de beoefenaars van deze beroepen reeds is gereguleerd door een bijzondere regeling.

Het vestigingsgetuigschrift bevestigt dat de zelfstandige voldoet aan de wettelijke vereisten inzake kennis van het bedrijfsbeheer en beroepsbekwaamheid. Het werd voorheen uitgereikt door de provinciale Kamers van Ambachten en Neringen. Om de bestaande

divergenties in de erkenningspolitiek tussen de verschillende Kamers weg te werken werd een uniforme regeling uitgewerkt. Bij de oprichting van de Kruispuntbank van Ondernemingen (KBO) werd deze taak toevertrouwd aan de ondernemingsloketten. Sedert 1 juli 2003 zullen zij bij de inschrijving in het handelsregister nagaan of de onderneming voldoet aan de wettelijke voorwaarden die de uitoefening van het beroep regelen. De inschrijving in de KBO geldt in principe als bewijs dat de betrokkene voldoet aan de gestelde vereisten inzake ondernemingsvaardigheden.

De spreker besloot zijn uiteenzetting met de vermelding dat inbreuken op de wetgeving betuigd worden met strafrechtelijke en administratieve geldboetes, alsook met een korte bespreking van de procedure voor de opsporing en vervolging van de wetsovertreders.

STERKMAKING EN VOLMACHT BIJ OPRICHTING VAN VENNOOTSCHAPPEN

Het woord ging vervolgens naar de heer Bernard TILLEMEN, professor aan de KULeuven en de KULAK, die inging op de problematiek inzake sterkmaking en volmacht bij de oprichting van vennootschappen.

Vooreerst gaf professor TILLEMEN nadere toelichting bij de figuur van de volmacht. Verschillende deelaspecten werden uitgediept, waaronder de aard van het mandaat, de vorm van de volmacht en de sanctie bij een eventuele bevoegdheidsoverschrijding van de lasthebber. In het algemeen kan een volmacht algemeen of bijzonder, uitdrukkelijk of niet uitdrukkelijk van aard zijn. Een volmacht tot oprichting van een vennootschap moet echter bijzonder en uitdrukkelijk zijn. Bovendien moeten in personenvennootschappen de namen van de



V.l.n.r. : Eric SPRUYT, Bernard TILLEMAN, Hilde PELGROMS, Olivier CAPRASSE, Johan DU MONGH en Johan DE LEENHEER.

lastgevers altijd ab initio gekend zijn om de vennootschap op te richten.

Een volmacht tot oprichting van een vennootschap moet op straffe van nietigheid steeds schriftelijk gegeven worden. Een dergelijke volmacht kan, voor een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid, hetzij bij authentieke, hetzij bij onderhandse akte worden verleend. Bovendien moet de volmacht tot oprichting van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid een aantal specifieke vermeldingen bevatten die niet voor iedere rechtsvorm identiek zijn. De openbaarmaking is echter niet vereist. Aangezien de volmacht tot oprichting van een vennootschap op zichzelf geen voorgeschreven akte is, is de taalwetgeving terzake in principe niet relevant. Toch is het aangeraden om deze na te leven.

In het vennootschapsrecht worden zij die een verbintenis voor derden hebben aangegaan, geacht persoonlijk verbonden te zijn indien de overlegde lastgeving niet als geldig wordt erkend. De onbevoegde vertegenwoordiger is in dit geval bijgevolg persoonlijk verbonden als aandeelhouder en oprichter.

Vervolgens heeft professor TILLEMAN de figuur van de sterkmaking uitgebreid besproken. Sterkmaking bij de oprichting van een vennootschap impliceert een overeenkomst op grond waarvan een persoon zich ertoe verbindt om een derde te overtuigen om in te schrijven op de aandelen van een op te richten vennootschap. Sterkmaking is een juridische en persoonlijke verbintenis om iets te doen. De sterkmaker is

gehouden tot een resultaatsverbintenis.

In principe is de sterkmaker niet persoonlijk gebonden. Bij de sterkmaking voor de inschrijving op aandelen van een NV geldt echter een bijzondere (afwijkende) wettelijke regel. De belover die zich sterk maakt voor de inschrijving op aandelen, verwerft automatisch de hoedanigheid van oprichter indien de verbintenis tot inschrijving waarvoor hij zich heeft sterk gemaakt niet (tijdig) werd bekrachtigd. De oprichting van een BVBA bij wijze van sterkmaking wordt traditioneel niet mogelijk geacht, gelet op het intuitu personae karakter van deze vennootschap. Theoretisch is sterkmaking daarentegen wel mogelijk voor ven-

nootschappen zonder rechtspersoonlijkheid. Weliswaar lijkt enkel een sterkmaking zinvol wanneer die een verplichting voor de sterkmaker bevat om de beloofde verbintenis van de derde tot inschrijving op de aandelen persoonlijk in natura uit te voeren, zo de derde de beloofde verbintenis niet wenst aan te gaan. In andere gevallen kan het ontbreken van de bekrachtiging immers tot de nietigheid van de vennootschap leiden.

Vóór de invoering van de wettelijke regeling inzake de vennootschap en de vereniging in oprichting, werd de figuur van sterkmaking soms gebruikt om te contracteren namens een rechtspersoon in oprichting.

De persoon die zich voor een derde sterk maakt dat hij op aandelen van een NV zal inschrijven, moet erop toezien dat de verbintenis tijdig wordt bekrachtigd, nl. twee maanden nadat ze is ontstaan indien de identiteit van de derde onmiddellijk wordt bekendgemaakt, vijftien dagen wanneer zijn naam niet werd vrijgegeven. Een bekrachtiging van de inschrijving buiten de wettelijke termijn is niet werkzaam. De bekrachtigde handeling wordt rechtstreeks en met retroactieve kracht toegerekend aan de derde.

OPENBAARMAKING VAN DE OPRICHTINGSAKTE. HET ARTIKEL 69 VAN HET WETBOEK VAN VENNOOTSCHAPPEN

De heer Jan VAN BAEL, notaris en Docent aan de UA en de K.U.Brussel, vatte zijn uiteenzetting aan met de mededeling dat artikel 69 van het Wetboek van vennootschappen – hoewel dit haaks staat op de bedoeling van de wetgever – een aantal inhoudelijke vernieuwingen bevat in vergelijking met de bepalingen

van de opgeheven Vennootschappenwet. De nieuwe regeling, met al zijn onduidelijkheden en ongerijmdheden, werd door de spreker kritisch onthaald.

Volgens de oorspronkelijke versie van artikel 69 diende elke vennootschap een uittreksel uit de oprichtingsakte, samen met het origineel of een expeditie van de akte zelf, ter griffie neer te leggen. Deze regeling was van toepassing op alle vennootschapstypes, inclusief de V.O.F. en Comm.V. Hierdoor zou afbreuk worden gedaan aan de eigenheid van de Comm.V die de discretie over de identiteit van de stille vennoot waarborgt. In een Reparatiewet werd deze onvolkomenheid rechtgezet door te voorzien in de afschaffing van de verplichte neerlegging van de integrale oprichtingsakte. Het probleem werd hiermee echter nog niet volledig verholpen, omdat artikel 75 van het Wetboek van vennootschappen stipuleert dat de akte wel moet worden neergelegd ingeval van uittreding of toetreding van stille vennoten. Bovendien moet na elke statutenwijziging een gecoördineerde versie van de statuten worden neergelegd. Volgens de spreker is een nieuwe reparatiewet op dit vlak dan ook wenselijk.

De verplichting tot publicatie van vennootschapsaktes in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad werd ingrijpend gewijzigd. Wat de maatschappelijke benaming betreft, werd het onderscheid tussen de firma-naam en een fantasiebenaming opgeheven. Dit terwijl de V.O.F. nog steeds vennootschap “onder firma” blijft heten. De spreker was van oordeel dat het beter zou zijn om voor dit type de term “(eenvoudige) *personenvennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid*” te gebruiken. Voortaan moeten ook alle types hun zetel nauwkeurig omschrijven en er opgave van doen. Verder ging de spreker ook in op de gevolgen van

deze nieuwe verplichtingen, zoals o.a. de wettelijk verplichte vermeldingen i.v.m. de duur van de vennootschap, de opgave van de identiteit van de vennoten, het maatschappelijk kapitaal en het boekjaar. Wat het bestuur betreft, werd beklemtoond dat in de praktijk het onderscheid tussen prokura en niet-prokuravenootschappen zal vervagen. Het onderscheid blijft echter in de wet bestaan. Met betrekking tot de omschrijving van het doel bepaalt de vennootschapswetgeving thans dat voor alle vennootschapstypes het doel nauwkeurig moet worden omschreven, ook voor de V.O.F. en de Comm.V. Het is volgens de heer VAN BAEL eveneens aanbevolen om in het doel de aard van de activiteiten (burgerlijk of commercieel) uitdrukkelijk te bepalen. Dit met het oog op de correcte toepassing van de wettelijk verplichte administratieve formaliteiten bij de inschrijving in de KBO. De spreker is ook voorstander van de omschrijving van het doel op basis van de NACEBEL-codes en een algemene omschrijving om problemen inzake doeloverschrijding te voorkomen.

HET UITWERKEN VAN DE STATUTEN. BESPREKING VAN ENKELE BIJZONDERE CLAUSULES.

Vruchtgebruik op aandelen

De heer Luc WEYTS, notaris en buitengewoon hoogleraar aan de KU Leuven, ging dieper in op de problematiek inzake het vruchtgebruik op aandelen.

Het vruchtgebruik op aandelen is een curiosum in het recht. Het betreft immers een zakelijk recht met als voorwerp een persoonlijk recht. Dit heeft tot gevolg dat zowel bepalingen uit het burgerlijk recht, als uit het Wetboek van vennootschappen toepassing zullen vinden op het vruchtgebruik op aandelen.

Van het Burgerlijk Wetboek worden de algemene regels betreffende het vruchtgebruik toegepast, niet-tegenstaande deze regels het vruchtgebruik op aandelen niet uitdrukkelijk voorzien.

De gevolgen van de toekenning van een recht van vruchtgebruik op aandelen werden vervolgens nader geanalyseerd. Algemeen kan worden gesteld dat de blote eigenaar de vennoot is. De vruchtgebruiker heeft echter naast het recht op de opbrengst van de aandelen, bepaalde zeggenschap binnen de vennootschap.

De belangen van de vennoten en de vruchtgebruiker kunnen soms divergeren. Het kan immers voorkomen dat de vruchtgebruiker een zo hoog mogelijke opbrengst (dividenden) nastreeft, terwijl de andere

vennoten het eerder raadzaam achten om de winst te reserveren.

De vruchtgebruiker is titularis van de genotsrechten. Hij kan aanspraak maken op de dividenden. De spreker raadt aan om de inning van de dividenden in de praktijk te vergemakkelijken door de aandelen, die normaliter fysiek worden bewaard bij de blote eigenaar, te deponeren bij een neutrale derde, zoals een accountant.

Of de vruchtgebruiker ook aanspraak kan maken op de gereserveerde winsten is omstreden. De wettelijke en statutaire reserves worden geacht deel uit te maken van het kapitaal en komen toe aan de blote eigenaar. De vrije reserves zouden volgens de spreker dan weer moeten worden toegekend aan de vruchtgebruiker. Eventuele

betwistingen tussen vruchtgebruiker en blote eigenaar kunnen worden voorkomen door het inlassen van een statutaire clause.

Bij kapitaalverhoging door incorporatie van reserves zullen de nieuwe aandelen onderworpen blijven aan dezelfde regeling als de oude aandelen. De blote eigenaar wordt eigenaar en de vruchtgebruiker breidt zijn recht uit tot deze nieuwe aandelen. Ook hier kan volgens de spreker elke

discussie bij voorbaat worden opgelost door een overeenkomst tussen de partijen of via een statutaire clause.

Bij kapitaalverhoging door een nieuwe inbreng (in geld) zal de blote eigenaar het voorkeurrecht uitoefenen, behoudens andersluidende statutaire bepaling. De nieuwe aandelen kunnen tot beloop van de waarde van het voorkeurrecht onder dezelfde regeling vallen als de oude aandelen. De bijkomende inschrijving (in geld) zal echter aan één van beide partijen toekomen, naargelang de storting van de fondsen is gedaan door de vruchtgebruiker of de blote eigenaar.

Wat de uitoefening van de lidmaatschapsrechten betreft, bestaan er verschillende strekkingen in de rechtsleer. De spreker verwees daarbij naar het artikel van D. DE MAREZ dat in februari 2004 in het Rechtskundig Weekblad verscheen. Ook hier kan een statutaire clause heel wat problemen voorkomen.

De uitoefening van het stemrecht op de gewone algemene vergadering komt, volgens de spreker, toe aan de vruchtgebruiker. Bij statutenwijzigingen kan daarentegen enkel de blote eigenaar een stem uitbrengen. Volgens het Hof van Cassatie is een statutaire clause waarbij als algemene regel het stemrecht wordt uitgeoefend door de vruchtgebruiker ongeldig.

Het recht op informatie kan door beide partijen worden uitgeoefend. Het jaarverslag wordt dan ook best overgemaakt aan de vruchtgebruiker én de blote eigenaar. Beiden mogen ook aanwezig zijn op de algemene vergadering. Het samenroepen van een algemene vergadering is tenslotte slechts mogelijk voor degene die titularis is van het stemrecht.



Het directiecomité

De heer Pierre NICAISE, Notaris, Lector aan de UCL en Directeur van het Centre d'études Jean Renauld, en de heer Patrick DE WOLF, Advocaat en lector aan de UCL hielden samen een uiteenzetting over het directiecomité en bespraken dienaangaande een aantal bestaande statutaire clausules.

De wettelijke grondslag van het directiecomité kan worden teruggevonden in artikel 33 van de programmawet van 2 augustus 2002, die in boek VIII, titel IV, hoofdstuk I van het Wetboek van vennootschappen een afdeling Ibis invoegt.

De oprichting van een directiecomité in een naamloze vennootschap is facultatief, maar moet door de statuten worden toegestaan. Dat is ook normaal aangezien dit comité de bevoegdheid krijgt de vennootschap te besturen en te vertegenwoordigen.

De leden van het directiecomité (minimum 2 personen, al dan niet bestuurders) worden, bij ontstentenis van een statutaire bepaling, benoemd en ontslagen door de raad van bestuur.

De sprekers behandelden eveneens de problematiek van de cumul tussen het mandaat van bestuurder en dat van lid van het directiecomité.

De bevoegdheden van het directiecomité maken het voorwerp uit van een bijzondere bevoegdheidsoverdracht. Deze overdracht van bevoegdheden kan ruim zijn, maar mag geenszins betrekking hebben op het algemeen beleid van de vennootschap, noch op de handelingen die op grond van het Wetboek van vennootschappen aan de raad van bestuur zijn voorbehouden. Het directiecomité is eveneens een orgaan van vertegenwoordiging van de vennootschap.

De wet bepaalt ook dat de raad van bestuur belast is met het toezicht op het directiecomité.

Vervolgens behandelde de spreker de regeling die van toepassing is op belangenconflicten. Deze regeling is ingeschreven in artikel 524 van het Wetboek van vennootschappen. Tenslotte gingen de sprekers over tot de analyse van drie soorten statutaire bepalingen: één algemene statutaire bepaling en twee bijzondere statutaire bepalingen tot oprichting van een directiecomité.

Vertegenwoordiging en bestuur

De heer Bernard TILLEMAN, Professor aan de KULeuven en de KULAK, ging uitgebreid in op de mogelijkheid tot het inlassen van statutaire clausules met betrekking tot de voordracht en de verkiezing van bestuurders.

Vooreerst heeft professor TILLEMAN de nodige aandacht besteed aan de zogenaamde "clausule van bindende voordracht". Een dergelijke clausule bestaat erin dat het aantal mandaten statutair wordt vastgelegd en dat de algemene vergadering, voor ieder vacant ambt, enkel bestuurders/zaakvoerders kan benoemen onder de kandidaten voorgedragen door (een) welbepaalde (groep) vennoten. Hiertoe worden verschillende categorieën van aandelen gecreëerd. Zo kan men bijvoorbeeld bepalen dat aandelen A behoren tot één groep aandeelhouders en dat de aandelen B behoren tot een andere groep aandeelhouders.

Statutaire clausules van bindende voordracht mogen geen afbreuk doen aan het keuzerecht van de algemene vergadering. Bijgevolg moeten zij op die wijze worden gelibelleerd dat de algemene vergadering een zekere effectieve keuze behoudt. Bijgevolg raadt professor TILLEMAN aan om per mandaat een dubbeltal kandidaten te voorzien.

Dit keuzerecht dient bovendien werkelijk te zijn: zo is er geen sprake van een werkelijke keuze voor de algemene vergadering wanneer een groep aandeelhouders twee kandidaten voordraagt waarvan één manifest onaanvaardbaar is.

Wat de afschaffing van de clausules van bindende voordracht betreft, bestaat er in de BVBA, de NV en de Comm. VA een specifieke procedure van statutenwijziging met betrekking tot de wijziging van rechten verbonden aan categorieën van effecten. Een dergelijke statutenwijziging veronderstelt (ondermeer) een drie vierde meerderheid binnen elke categorie met het oog op het afschaffen van een clausule van bindende voordracht. Voor de andere vennootschapsvormen dient de afschaffing van de clausule van bindende voordracht gemotiveerd te worden op basis van het vennootschapsbelang. In dit verband raadt professor TILLEMAN aan om de specifieke procedure van statutenwijziging met betrekking tot de wijziging van rechten verbonden aan categorieën van aandelen (in de BVBA, NV en Comm. VA) ook op deze vennootschapstypes van toepassing te verklaren krachtens een statutaire clausule.

Tenslotte heeft professor TILLEMAN de aandacht gevestigd op de problematiek van het coöptatierecht. In het kader van de clausule van bindende voordracht is het aangeraden om tevens het coöptatierecht aan te passen.

Vervolgens heeft deze spreker gewezen op de mogelijkheid tot het inlassen in de statuten van een "clausule inzake stemming". Professor TILLEMAN heeft in dit kader de techniek van het cumulatief stemrecht aangehaald, volgens dewelke de statuten stipuleren dat al de vacante bestuursmandaten tegelijkertijd - in één stemronde - moeten worden ingevuld.