



B&A | ADVIES

ACQUISITIE VIA AANDELENOVERNAME:

Acquisitie via aandelenovername

Onderhavige bijdrage poogt een overzicht te bieden van enkele juridische en fiscale aspecten, waarmee men in de praktijk geconfronteerd kan worden bij de overname van een niet-beursgenoteerde vennootschap via overname van haar aandelen. Alhoewel de specifieke problematiek van de verwerving van het geheel of een deel van de activa niet wordt besproken, worden de verschilpunten met de overname via aandelenverkoop aangehaald waar relevant.

Inleiding

I.i Verschilpunten

A *Identiteit van de verkoper*

In tegenstelling tot de verkoop van aandelen, is het bij de verkoop van activa van de vennootschap, de rechtspersoon zelf die als contractpartij optreedt, in principe d.m.v. haar de raad van bestuur die overeenkomstig artikel 54 Ven. W. bevoegd is om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap, behoudens die waarvoor volgens de wet alleen de algemene vergadering bevoegd is'. Ongeacht de eventuele statutaire beperkingen aan de bevoegdheid van de raad van bestuur en de klassieke leer van de impliciete doelwijziging in het kader van de overdracht van het gehele actief van de vennootschap², dient niettemin te worden opgemerkt dat een N.V. of een B.V.B.A. niet gebonden is door de handelingen van haar raad van bestuur of zaakvoerder, zelfs indien deze haar maatschappelijk doel te buiten gaan, tenzij de derde wist dat de handeling haar maatschappelijk doel te buiten ging, of hiervan niet onwetend kon zijn (artt. 63 en 130 Venn.W.).

De vennootschapswet voorziet de bevoegdheid van de algemene vergadering in het kader van een overdracht van activa slechts in één hypothese, met name in het kader van de overdracht van een algemeenheid van goederen onder het regime van de inbreng van algemeenheid in het kader van de artikelen 174/53 ev. Venn.W. Zie in dit verband

Bepaalde klassieke rechtsleer houdt immers voor dat de overdracht van een handelsfonds het maatschappelijk doel van de cessionaris overschrijdt of een impliciete doelwijziging inhoudt : zie o.rn. RONSE, J., De vennootschapswetgeving, Story-scientia, 1970, GentLeuven, 192 ev.; contra: Kh. Brussel, iS mei 1990, R.D.C., 1991, 66.

B *Voorwerp van de overdracht*

Als de overname slaat op een overdracht van activa, kunnen de partijen deze beperken tot een welbepaald deel van de activa (al dan niet een bedrijfstak of algemeenheid) en, in voorkomend geval, haar passiva.³ Het nadeel van de overdracht van een handelsfonds of tak van werkzaamheid, als feitelijke universaliteit, ligt in de tegenstelbaarheidsvereisten; deze dienen (in concreto) te worden bepaald i.f.v. van de samenstelling daarvan. Om deze zware formaliteiten te vermijden, kunnen de partijen opteren om de overdracht (inclus. passiva) te onderwerpen aan het nieuwe regime van de inbreng van een algemeenheid of tak van werkzaamheid, zoals voorzien in de artt. 174/54 ev. Venn.W. die het principe van de overdracht van rechtswege huldigen (onder voorwaarde van publicatie zoals voorzien in art. 10, ~4 Venn. W.)⁵.

In het verleden werd herhaaldelijk beweerd dat de verkoop van (een meerderheid van) de aandelen juridisch gelijkstelt kan worden met een overdracht van het vennootschapsvermogen. Een dergelijke kwalificatie heeft gevolgen op o.m. fiscaal en verbintenisrechtelijk vlak.

Die vraag is opnieuw gewezen n.a.v. het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 5 juni 1980, waarin het Hof zich uitsprak over de draagwijdte van een contractuele garantie in een overnameovereenkomst die de koper de volledigheid en werkelijkheid, garandeerde van de balansen en rekeningen die bij de waardebepaling in aanmerking waren genomen. Het arrest stelde dat de verkopers daardoor geen verbintenis op zich namen die het gemene recht te buiten ging, doch slechts in uitdrukkelijke bewoordingen een van rechtswege op elke verkoper rustende verplichting van conforme levering.⁶

Het Hof van Cassatie is van oordeel dat een inbreng van een tak van werkzaamheid een overdracht van handelsfonds vormt; Cass. 4 maart 1982, R.C.J.B., 1984, 175; zie tevens Cass. 6 november 1970, R.C.J.B., 1972, 322). Andere auteurs daarentegen houden voor dat een inbreng van een tak van werkzaamheid slechts met een overdracht van een handelsfonds kan worden gelijkgesteld, indien deze de daartoe noodzakelijke activa bevat.

Sommige auteurs hebben hieruit afgeleid dat het Hof het maatschappelijk vermogen als verkochte zaak beschouwde, en de rekeningen als een beschrijving van de verkochte zaak⁷. Een meerderheid binnen de rechtsleer ontkent echter dat dit arrest de theorie van de overdracht van vennootschapsvermogen huldigt⁸, en verdedigt dan ook de klassieke opvatting dat de aanwezigheid van een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid zich tegen de overdracht van het vermogen verzet.

Hierna wordt dan ook aansluiting gezocht bij deze meerderheidsrechtsleer, die, behoudens de hypothese van veinzing, terecht weigert deze cessie met een overdracht van

vennootschapsactiva gelijk te stellen; bij de overname van een onderneming d.m.v. een overname van haar aandelen, wordt enkel een economische en geen juridische overdracht van haar vermogen bewerkstelligd. De keerzijde van de medaille is dat de wettelijke waarborgen voor de koper, zoals bv. de vrijwaringsplicht van de verkoper zich dan ook beperkt tot de overgedragen aandelen.^{1°}

C Arbeidsrechtelijke aspecten

Een aandelenoverdracht wijzigt in principe niets aan de relatie werkgever-werknemer, noch aan het sociale passief. Bij de overname van activa daarentegen is de overname van de werknemers in principe niet verplicht, maar dient men rekening te houden met een uitgebreide sociale bescherming, en meer bepaald met CAO nr. 32bis van 7 juni 1985, en art. 20 van de Wet van 5 december 1968.

D Fiscale aspecten

Zie o.m. : VAN CROMBRUGGE, S., "De rechtsverhouding tussen de koper en de verkoper van een controleparticipatie", T.B.H., 1983, 207-211.

1.2 Wettelijke en conventionele overdrachtsbeperkingen A
Principe van het consensualisme

Conform art. 1134 B.W. vindt de eigendomsoverdracht inter partes plaats door eenvoudige wilsovereenstemming. De tegenstelbaarheid van de overdracht aan derden, en in het bijzondere de vennootschap-wetgeving, is niettemin onderhevig aan bepaalde vormvereisten.

In principe is vereist voor de tegenstelbaarheid van de overdracht van aandelen op naam, de inschrijving daarvan in het aandeelhouderregister, en de handtekening van beide partijen (art. 43 Venn.W.). In voorkomend geval, kan de overdracht tevens tegenstelbaar worden gemaakt aan derden door naleving van de formaliteiten van art. 1690 B.W.

Tenslotte kan de raad van bestuur, op haar verantwoordelijkheid, een overdracht inschrijven in het aandeelhoudersregister, waarvan zij d.r.i.v. briefwisseling of andere documenten tussen aandeelhouders, en waaruit een dergelijk akkoord blijkt. De overdracht van aandelen van een BVBA is tevens tegenwerpelijk aan derden door de inschrijving in het register van vennoten (art. 125 Venn.W.).

M.b.t. aandelen aan toonder, is de tegenstelbaarheid onderworpen aan de materiële overhandiging (traditio) van de aandelen (artt. 45 Venn. W. en 2279 B.W.)". De overeenkomst zal dan ook best de nummers van de overgedragen aandelen bevatten, zelfs indien de betrokken vennootschap slechts de (feitelijke) houder als aandeelhouder erkent.²

B Overdrachtsbeperkingen

In tegenstelling tot de situatie bij de B.V.B.A. (art. 126 Venn. W.) en de coöperatieve vennootschap (art. 142 Venn. W.), wordt algemeen aanvaard dat de vrije overdraagbaarheid een wezenlijk kenmerk vormt van het aandeel in een N.V.³

Niettemin wordt deze vrije overdraagbaarheid ook voor aandelen van een N.V. in bepaalde omstandigheden aan banden gelegd. Hierna wordt dan ook een overzicht geboden van de wettelijke bepalingen (voor zowel N.V. als B.V.B.A.) die in dit verband toepassing kunnen vinden.

B.1 Wettelijke beperkingen van de aandelen

i) Na de recente afschaffing van het (*oud*) artikel 46 Venn.W. dat Voorzag in het verbod tot overdracht van de aandelen Voordat de Vennootschap definitief opgericht was en de aandelen ten belope van o volstort waren, wordt de vrije van aandelen in een N.V. in principe enkel nog beperkt door de bepalingen van art. 1130 B.W. m.b.t. de Verkoop van een toekomstige zaak.

ii) De Venn.W. verbiedt de overdracht van winstbewijzen en alle titels die daarop rechtstreeks of onrechtstreeks recht geven, tot tien dagen na de neerlegging van de tweede Jaarrekening sinds hun uitgifte op straffe van nietigheid, behoudens indien de overdracht wordt vastgesteld bij authentieke of onderhouderakte die wordt berekend aan de Vennootschap binnen één maand te rekenen vanaf de overdracht (verbod op windhandel)

iii) Art. 52 bis Venn.W. onderwerpt de inkoop van eigen aandelen aan verscheidene Voorwaarden, en met name aan de grens van 10 % van het gestort kapitaal.⁵ Art. 52 quinquies, alinea 2 Venn.W. breidt dit regime uit tot de verwerving door een rechtstreekse dochtervennootschap

iv) De art. 52 quinquies en sexies Venn.W. voorzien in een verbod voor bepaalde kruis- of wederkerige participatie⁵

v) De art. 126 en 127 Venn. W. voorzien in een aanzienlijke beperking op de vrije ~ van aandelen van een B.V.B.A., teneinde haar besloten karakter te vrijwaren. -

vi) Art. 128 bis Venn.W. tenslotte legt de inkoop van eigen aandelen door de B.V.B.A aan banden.

B.2 statutaire of conventionele overdrachtsbeperkingen

De principiële geldigheid van statutaire of conventionele overdrachtsbeperkingen wordt, na de wetwijziging van 18 juli 1991 niet meer betwist.¹⁶ Een Voor de praktijk relevant onderscheid tussen dergelijke clausules, kan worden gemaakt in functie van hun doel en, daaruit volgend, de duur van de of

vervreemdbaarheid;

- 14 Voor vennootschappen die een publiek beroep op de Spoorwegen doen of hebben gedaan, moeten de Winstbewijzen of soortgelijke effecten waarop in geld is ingeschreven bi) de inschrijving worden volstort opdat zij onmiddellijk verhandelbaar zouden zijn.

i) Onvervreemdbaarheids en blokkeringsclausules

De geldigheid van dergelijke clausules is onderworpen aan een dubbele voorwaarde: (i) de niet-overdraagbaarheid moet beperkt zijn in de tijd, en (ii) de onvervreemdbaarheid moet op elk moment verantwoord kunnen worden vanuit het belang van de vennootschap. Aangezien art. 41 2 Venn. W. bijgevolg niet langer in een (arbitraire) maximum duur voorziet, en de onvervreemdbaarheid enkel moet kunnen worden verantwoord door het vennootschapsbelang, zijn veelvouden van de klassieke vijfjarige periode niet ongebruikelijk.

ii) Voorkoop- en goedkeuringclausules

De enige dwingende regel in dit verband vormt eveneens art. 41 par 2 Venn. W., volgens hetwelk de toepassing van goedkeurings- en/of voorkoopclausules niet mag leiden tot een onoverdraagbaarheid van meer dan zes maanden, te rekenen vanaf het verzoek om goedkeuring of van de uitnodiging om het recht van voorkoop uit te oefenen.

Het spreekt voor zich dat de redactie van dergelijke clausules van wezenlijk belang is voor de bepaling van de geïmplementeerde verrichtingen, en dat hun tegenwerpelijke aan derden (en in het bijzonder derden ter goeder trouw) tot op heden problemen stelt (zie tevens infra i.v.m. de derdenwerking van de overeenkomst).

II De onderhandelings- of precontractuele fase

Aan een acquisitieovereenkomst gaat meestal een intensieve onderhandelingsfase vooraf. Een volledig overzicht van dit "geruisloos en progressief contracteren" overstijgt echter de opzet van deze bijdrage.

Alvorens de onderhandelingen over een eventuele over- of deelname echter ten gronde te starten, sluiten partijen vaak een overeenkomst die hun respectievelijke posities vastlegt. Ze omschrijft de bedoeling van partijen en legt vrijwel steeds een geheimhoudingsplicht op. Soms voorziet de raamovereenkomst ook in een tijdsduur voor de onderhandelingen, in een verbod op parallel onderhandelen, wie er toegang heeft tot de vertrouwelijke informatie en waarvoor deze mag worden gebruikt, in een verbod op parallel onderhandelen, in sancties in geval van niet-naleving van de overeenkomst, en eventueel in een arbitrageclausule⁸. Vaak bepaalt ze ook dat precontractuele documenten de partijen niet zullen binden. In een verder stadium kunnen

de punten waarover reeds overeenstemming werd bereikt, opgenomen worden in een letter of intent.

Een dergelijk principe-akkoord is m.a.w. veelal een loutere formalisering van de verplichting om te goeder trouw te onderhandelen¹, en zet meestal het verloop van de onderhandelingen en de documenten die in het kader daarvan dienen te worden meegedeeld, uiteen. De niet-naleving zal dan ook aanleiding geven tot contractuele aansprakelijkheid.²⁰ Bovendien dient voorbehoud te worden gemaakt voor principe-akkoorden die in wezen een koop-verkoop inhouden (zie verder i.v.m. de letter of intent).

Als belangrijkste pre-contractuele documenten kunnen dan ook de geheimhoudingsovereenkomst, de (al dan niet juridisch bindende) intentieverklaring en het due diligence-rapport worden vermeld. Omwille van hun belang voor de praktijk, en daar de geheimhoudingsverplichtingen in de praktijk veelal worden opgenomen in een document met een ruime draagwijdte (veelal de letter of intent), worden enkel de twee laatstgenoemde documenten hierna bondig besproken.

11.1 De letter of intent

Het principe van het consensualisme impliceert in principe de totstandkoming van een koop-verkoop, zodra er akkoord bestaat over de zaak en over de prijs; onderhandelingen zijn dan ook vrijblijvend tot er een werkelijk aanbod en aanvaarding heeft plaatsgevonden.²¹

De ambiguïteit van de letter of intent schuilt in de (per definitie) strijdige belangen van de partijen, en in het feit dat, bij gebrek aan nauwkeurige juridische definitie, de juridische kracht van deze principieel eenzijdige wilsuiting²² enkel en alleen kan worden afgeleid uit de inhoud van het betrokken document²³, en dit ongeacht de door partijen gehanteerde juridische kwalificatie²⁴.

Weliswaar dient hieraan te worden toegevoegd dat de rechtspraak veelal, naast overeenstemming over het voorwerp en de prijs, ook een akkoord vereist over de andere substantiële elementen van de overeenkomst.²⁵

Wanneer vaststaat welke, in de gegeven omstandigheden, de essentiële bestanddelen zijn, en dat over die bestanddelen overeenstemming bestaat, rijst de vraag of een geldig contract gesloten is wanneer het akkoord over secundaire punten ontbreekt. De meningen in dit verband zijn verdeeld.²⁶

Indien nochtans blijkt dat het de bedoeling van partijen was dat de overeenkomst slechts tot stand zou komen op het ogenblik dat een akkoord over die bijkomstige elementen bereikt was, gaat het in werkelijkheid om essentiële elementen.²⁷ Is zulks niet het geval, en wilden de partijen dus alleszins contracteren ondanks de afwezigheid van overeenstemming m.b.t. deze bijkomstige

punten, moet artikel 1135 B.W. strikt worden toegepast; overeenkomsten verbinden niet alleen tot hetgeen daarin bepaald is, maar tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend.²⁸

De meest gereede partij kan dan de uitvoering in natura (eventueel op straffe van een dwangsom), of een -naargelang het geval- bijkomende of vervangende schadevergoeding voor de geleden schade, eventueel vervangen door of vermeerderd met de in de letter of intent contractueel bepaalde schadevergoeding, vorderen. T.a.v. de niet-contractuele clausules (waarbij voldoende voorbehoud werd gestipuleerd) kan eventueel de quasi-delictuele aansprakelijkheid van de artikel 1382 ev. B.W. spelen.

In functie van zijn hoedanigheid als koper of verkoper en de concrete wensen, zal men er dan ook over waken dat in de letter- of intent al dan niet uitdrukkelijk wordt gestipuleerd dat, behoudens wat betreft de verbintenissen inzake confidentialiteit en exclusiviteit van onderhandelingen, de letter of intent slechts de principes van de eventueel tussen partijen te sluiten overeenkomst uiteenzet, en dat uit hoofde van deze letter of intent geen contractuele of andere verbintenissen van welke aard ook ontstaan tussen partijen. Het spreekt dan ook voor zich dat de klassieke *corn mon law* "subject to contract" clausule, hogervermeld principe van het consensualisme niet opzij zet.²⁹

In dit verband kan tenslotte worden opgemerkt dat, bij een onrechtmatige verbreking van de onderhandelingen, de aanwezigheid van een letter of intent de bewijsvoering voor een vordering op basis van culpa in contrahendo (art. 1382 B.W.) kan vergemakkelijken.

11.2 Culpa in contrahendo

Los van de hogerruimegezette principiële vrijblijvendheid van onderhandelingen³⁰, dienen partijen rekening te houden met de leer van de culpa in contrahendo, die kan worden samengevat als de plicht om te goeder trouw te onderhandelen³¹ en geen valse verwachtingen te wekken bij de tegenpartij.³²

Het voorgaande belet in principe niet dat partijen ook met andere gegadigden onderhandelingen kunnen voeren.³³

Aangezien het een quasi-delictuele fout betreft, kan de benadeelde partij enkel het herstel in de oorspronkelijke toestand eisen (verloren tijd, kosten; *darnnurn emergens*) en niet de gedeerde winst (*lucrum cessans*) indien uiteindelijk geen overeenkomst wordt gesloten tussen de partijen.³⁵

11.3 Due diligence

Het belangrijkste probleem waarmee een koper geconfronteerd wordt bij de overname van een onderneming zijn de verborgen passiva en schulden van deze onderneming. Ten einde onaangename verrassingen te vermijden zal de koper dan ook pogen om voor de ondertekening van een overeenkomst, zoveel mogelijk informatie van de over te nemen onderneming te verkrijgen.

Voor eerst zal dit gebeuren door een financiële audit. Het is namelijk op basis van deze cijfers dat de waarde van de onderneming en de verkoopprijs bepaald zal worden.

De juridische aspecten mogen hierbij echter niet uit het oog verloren worden. Derhalve zal de voorzichtige koper eveneens een juridische audit uitvoeren.

Dergelijke juridische audit zal uiteraard verschillen van sector tot sector, maar volgende opsomming kan als leidraad dienen:

A Algemene informatie
A. i. Op te vragen documenten

- Oprichtingsakte en de laatste gecoördineerde statuten;
- Publicaties in de Bijlage tot het Belgisch Staatsblad;
- Certificaat van inschrijving in het handelsregister en eventuele wijzigingen;
- Aandeelhoudersregister;
- Boek met de notulen van de raden van bestuur en de algemene vergaderingen;
- Hypotheken, inschrijving op het handelsfonds.

42. Vennootschapsgegevens

- Maatschappelijke zetel, handelsregisternummer en B.T.W.-nummer;
- Samenstelling van de raad van bestuur (naam en adres, duur van het mandaat, actief of niet-actief, bezoldigd of onbezoldigd);
- Naam en adres van de bedrijfsrevisor, duur van zijn mandaat, de jaarlijkse vergoeding;
- Indien geen bedrijfsrevisor aangeduid werd, bewijs dat alle wettelijke bepalingen dienaangaande geëerbiedigd werden (artikel 64. 2. Venn. W.);

A.3. Kapitaalstructuur van de vennootschap

- Bedrag van het geplaatste kapitaal, het aantal aandelen, en de vermelding of ze al dan niet volstort werden;

- Bedrag van het toegestaan kapitaal;
- Werden er obligaties, convertibele obligaties, winstbewijzen, oprichtersaandelen, uitgegeven?
- Bestaan er verbintenissen van de vennootschap om uitstaande aandelen in te kopen?

A.4. Eigendom van de aandelen die overgedragen worden en van de aandelen van eventuele dochterbedrijven, alsmede de zekerheden waarmee ze eventueel bezwaard zijn.

A.5. Vertegenwoordiging en banken

Naam en adres van alle personen die een volmacht hebben van de onderneming, met verduidelijking van het voorwerp van deze volmacht, alsmede naam en adres van alle banken en financiële instellingen waarde onderneming een rekening of safe heeft.

B. Lijst van activa (roerende en onroerende goederen) van de vennootschap en de zekerheden waarmee ze eventueel bezwaard zijn

C. Intellectuele eigendom

C.i. Lijst van de industriële eigendomsrechten en kopie van de registraties en aanvragen tot registratie

C.2. Beperkingen aan het eigendoms- en gebruiksrecht van de intellectuele eigendom

C.3. Geschillen inzake industriële eigendomsrechten

C.4. Licentieovereenkomsten -

£1. *Overeenkomsten*

D.i. Lijst enen kopie van alle geschreven (en eventuele mondelinge overeenkomsten) waartoe de vennootschap gebonden is, (andere dan verzekeringsovereenkomsten (zie 5), overeenkomsten met de vakbonden (zie 6)

waaronder maar niet beperkt tot:

- overeenkomsten met leveranciers;
- overeenkomsten met klanten;
- leasing- en huurovereenkomsten in verband met materiaal;
- leningen;
- overeenkomsten met onafhankelijke consultants;
- agentuur- en distributieovereenkomsten;

Eventueel zou men kunnen voorzien dat alleen die overeenkomsten dienen medegedeeld te worden waardoor de vennootschap verbonden is voor meer dan x miljoen BF.

D.2. Geldigheid en afdwingbaarheid van voornoemde overeenkomsten

D.3. Huurovereenkomsten zowel als huurder als verhuurder

D.4. Overeenkomsten met familieleden, personeel,

E. Lijst van de verzekeringspolissen en eventueel kopie

Een lijst, beschrijving en kopie van alle verzekeringspolissen met uitdrukkelijke vermelding van de premies die dienen betaald te worden, de looptijd van de polissen, de datum van hernieuwing.

F Werknemers

F.i. Kopie van de arbeidsovereenkomsten

F.2. Voordelen, pensioenen en verzekeringen

F.3. Sociale zekerheid

G. Administratieve of andere specifieke toelatingen

1-1. Geschillen waarin de vennootschap betrokken is

1. In vloed van de aandelenoverdracht op bestaande overeenkomsten

j Bevoegdheid om de aandelenovereenkomst te ondertekenen

K Jaarrekeningen en financiële informatie

K.i. Kopie van jaarrekeningen van de laatste drie jaren, goedgekeurd door de algemene vergadering en met het verslag van de bed rijfsrevisor.

K.2. Belastingen

Werden alle belastingaangiftes gedaan?

Wanneer was de laatste controle en wat was het resultaat?

Hangende betwistingen en geschillen?

Details in verband met aftrekbare bedrijfsverliezen en investeringsaftrekken.

Voorgaande opsomming is niet exhaustief en dient voor elk geval aangepast te worden. Op basis van de gegevens van dergelijke juridische audit kan enerzijds de waarde van de onderneming beter geëvalueerd worden en anderzijds kan in de overnameovereenkomst rekening gehouden worden met specifieke problemen die door dergelijke due diligence aan het licht kwamen.

11.4 Bijzondere meldingsplichten

In dit verband kunnen allereerst de conventionele of statutaire voorkoop- of goedkeuringsclausules (zie hoger, punt 2.2.) en de zogenaamde "change of control" clausules worden vermeld.

In het bijzonder deze laatste verdienen een bijzondere aandacht in het kader van de audit (zie hoger, punt 3.5.), aangezien zij meestal één of andere vorm van bevoordeling van de medecontractant inhouden. Veel voorkomende toepassingsgevallen zijn de toekenning van een putoptie of volgrecht (aandeelhoudersovereenkomsten), of zelfs het recht tot ontbinding op verzoek van de medecontractant (kredietovereenkomsten, ...). Zij veronderstellen m.a.w. de goedkeuring van de overdracht door de medecontractant. Hun geldigheid kan tenslotte worden onderworpen aan de bepalingen van artikel 17 bis van de wet van 2 maart 1989 m.b.t. het openbare overnamebod en de transparantie van het aandeelhouderschap van beursgenoteerde bedrijven. ~⁶

Verder voorzien diverse wetgevingen in een bijzondere meldingsplicht. Hierna volgt een bondig overzicht.

A. De wet van 30 december 1970 betreffende de economische expansie

Artikel 36 van de wet van 30 december 1970 betreffende de economische expansie verplicht om elke handeling die erop gericht is om minimum een derde over te dragen

van het kapitaal van één vennootschap, die een eigen vermogen heeft van meer dan 100 miljoen BEF en wiens activiteiten in België gesitueerd zijn, voorafgaandelijk aan te melden aan de Minister van Economische zaken, de Minister van Financiën en aan de staatssecretaris van het betrokken gewest. Het betreft een loutere informatieverplichting; men dient geen toelating van de betrokken administraties te verkrijgen³⁷, noch kunnen de betrokken ministeries de transactie vertragen of verhinderen. De wet voorziet bovendien niet in een sanctie.

B. Het KB van 27 november 1973

Artikel 25 van het KB van 27 november 1973 voorziet in de verplichting de ondernemingsraad op de hoogte te brengen indien de overdracht gevolgen zal hebben voor de onderneming. Het betreft eveneens een verplichting zonder (wettelijk voorziene) sanctie~⁸.

C. De wet van 5 augustus 1991

Artikel 12 van de wet van 5 augustus 1991 bepaalt dat elke vorm van concentratie tussen ondernemingen moet worden aangemeld aan de Dienst voor de Mededinging binnen een termijn van één week te rekenen vanaf de sluiting van de overeenkomst of de verwerving van een controleparticipatie.

Deze meldingsplicht bestaat echter slechts wanneer het

gezamenlijke omzetcijfer van de betrokken ondernemingen het bedrag van 3 miljard BEF overschrijdt, en hun gezamenlijk marktaandeel meer dan 25 % van de betrokken markt bedraagt (art. 11)⁴⁰.

Binnen een termijn van één maand na ontvangst van de (volledige) aanmelding, kan de Raad voor de mededinging hetzij de verrichting goedkeuren, hetzij besluiten dat de verrichting buiten het toepassingsgebied van de wet valt. Indien echter de Raad van oordeel is dat er ernstige twijfel bestaat over de toelaatbaarheid van de verrichting, komt men in de tweede fase van de procedure.

Deze tweede fase houdt een tweede hoorzitting in voor de Raad, die zich over de verrichting dient uit te spreken binnen een termijn van 75 dagen te rekenen vanaf hogervermelde beslissing. Indien de Raad uiteindelijk van oordeel is de verrichting ontoelaatbaar is, kan zij in principe elke maatregel bevelen om deze ongedaan te maken (ongedaan maken van herstructureringen, gezamenlijke controle, ...)

Bij gebrek aan beslissing binnen voormelde termijn, wordt de verrichting geacht te zijn goedgekeurd. Tegen de beslissing van de Raad staat, tenslotte, beroep open bij het (exclusief bevoegde) Hof van Beroep te Brussel.

D. E.E.G. verordening van 27 december 1989 m.b.t. de controle van concentratie verrichtingen

Op basis van deze verordening dienen aandelenoverdrachten binnen eenzelfde termijn te worden aan de Dienst voor de Mededinging van de Europese Commissie mits:

- (i) het gezamenlijk geconsolideerde (wereldwijd) omzetcijfer van de betrokken ondernemingen het bedrag van 5 miljard ECU overschrijdt;
- (ii) het omzetcijfer van ten minste twee van de betrokken ondernemingen het bedrag van 250 miljoen ECU overschrijdt;
- (iii) minstens één van de betrokken ondernemingen minder dan 2/3 van zijn omzet in eenzelfde lidstaat realiseert.⁴¹

⁴⁰ In voorkomend geval dient met die berekening van het (te verwerven) marktaandeel, rekening worden gehouden in het kader van de audit.

De procedure is volledig analoog met deze voor de Belgische dienst voor de mededinging, met dien verstande dat de termijnen respectievelijk één en vier maand bedragen.

E. De wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurs genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnamebiedingen

Conform artikel 1 van de wet van 2 maart 1989, moet elke natuurlijke of rechtspersoon die effecten van een beursgenoteerde vennootschap verwerft, die hem 5 % of meer van de stemrechten van die vennootschap verlenen, deze kenbaar maken aan de vennootschap en aan de Commissie voor Bank- en Financieuzen, ten laatste op de 2 werkdag volgend op de verwerving.

Eenzelfde verplichting bestaat in geval van bijkomende verwerving waardoor een veelvoud van deze drempel van ~ % wordt overschreden, of een vervreemding als gevolg waarvan men zich beneden deze drempel van 5 % of een veelvoud daarvan bevindt.

De drempel kan statutair worden verlaagd tot minimaal 3%, met dien verstande dat voor het overige de verplichting slechts bestaat bij de overschrijding van (of daling beneden) een veelvoud van 5 %.

Conform artikel 6 kan de betrokken aandeelhouder slechts deelnemen aan de stemming in de algemene vergadering van de vennootschap ten belope van het aantal stem rechten die hij ten laatste 45 dagen voorafgaand aan die vergadering heeft bekend gemaakt. De bewust onvolledige of onjuiste bekendmaking wordt bovendien strafrechtelijk gesanctioneerd door artikel ii van de wet.

F. De openbare overname aanbiedingen

De verwerving van aandelen d.m.v. een openbaar overnamebod wordt in hoofdzaak geregeld door de wet van 2 maart 1989 en het KB van 8 november 1989 op de openbare overnamebiedingen en de wijziging in de controle van de vennootschappen.

Het openbaar karakter van het overnamebod dient te worden beoordeeld in het licht van de criteria vervat in het KB van 9 januari 1991 over het openbaar karakter van verrichtingen om spaargelden aan te trekken en de gelijkstelling van bepaalde verrichtingen met een openbaar bod.

G. Publieke vennootschappen

Artikel i, ~ 2, alinea 2 van het KB van 8 november 1989 definieert de vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan als de vennootschappen waarvan de stemrechtverlenende (al dan niet kapitaalvertegenwoordigende) effecten zijn toegelaten tot de officiële notering of verhandeld worden in de bijkomende veilingen van een openbare Belgische fondsen of wisselbeurs, en de vennootschappen waarvan de effecten verspreid zijn in het publiek.

Naar luidt van artikel 38 moet elke natuurlijke- of rechtspersoon die, via één of meer verrichtingen, (gezamenlijke) controle wenst

te verwerven over een vennootschap die een openbaar beroep doet of heeft gedaan op het spaarwezen, de C.B.F. hiervan ten minste vijf dagen vooraf in kennis stellen. Indien de controle werd verworven d.m.z. controlepremie of overprijs, verplicht artikel 41 de verkrijger van de aandelen om het publiek de resterende aandelen over te dragen d.m.v. een openbaar bod of een koershandhaving (bescherming van de kleine aandeelhouders).

H. Sectoriëk verplichtingen

- de kredietinstellingen: zie art. 24 van de wet van 22 maart 1993 m.b.t. het statuut van de kredietinstellingen;
- de verzekeringsondernemingen: zie art. 23 bis, van de wet van 7 juli 1975 m.b.t. de controle op de verzekeringsondernemingen;
- de beleggingsondernemingen: zie art. 67 van de wet van 6 april 1995 m.b.t. de secundaire markten, het statuut en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de tussenpersonen en de beleggingsadviseurs.

III De overname

III.i Contractuele aspecten; geldigheids- en vormvereisten

De koop-verkoop van aandelen is, naast de veelal uitgebreide contractuele waarborgen, uiteraard tevens onderworpen aan de algemene substantiële en formele geldigheidsvereisten (artt. 1108 en 1582 B.W.). Hierna wordt bondig onderzocht welke rol zij spelen voor de overnamepraktijk, en in welke mate zij een bevredigende bescherming kunnen bieden voor de contractpartijen. In tweede instantie wordt nagegaan of en in welke mate contractuele waarborgen een aanvullende bescherming kunnen bieden.

111.2 De toestemming: de theorie van de wilsgebreken

Het bestaan van een wilsgebrek betekent dat de wilsuiting gevormd werd onder invloed van een verkeerde voorstelling van zaken of van een van buiten komende oorzaak⁴². Art. 1109 B.W. noemt drie wilsgebreken; dwaling geweld en bedrog. Art. 1108 B.W. voegt daaraan benadeling als wilsgebrek toe. Deze gebreken worden hierna besproken.

A Dwaling

Dwaling is een foute of onjuiste voorstelling van de werkelijkheid⁴³, die volgens artikel 1110 B.W. slechts een grond tot nietigheid van de overeenkomst vormt als zij de zelfstandigheid van de zaak betreft⁴⁴, of wanneer er een vergissing bestaat omtrent het voorwerp van de overeenkomst (bv. de juridische kwalificatie van de overeenkomst).⁴⁵

Onder zelfstandigheid van de zaak worden m.a.w. enerzijds de essentialia van de zaak zelf, in casu de aandelen verstaan, en

anderzijds elke hoedanigheid die de betrokken partijen op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst als essentieel beschouwde en waarvan zij het sluiten van de overeenkomst afhankelijk wilden maken (cfr. supra m.b.t. de letter of intent).

Verder is vereist dat de dwaling verschoonbaar is in hoofde van de dwalende partij. Dit houdt in dat een bonus pater familias in dezelfde omstandigheden eveneens zou hebben gedwaald; op elke contractpartij rust immers de plicht om zich voldoende in te lichten⁴⁷.

Uitzonderlijk kan de waarde van de aandelen m.a.w. toch relevant zijn voor het aanvaarden van dwaling; zo werd een overeenkomst nietig verklaard waarbij de koper de aandelen kocht voor zover het vaste waarden betrof met een onmiddellijke opbrengst, terwijl de verkochte effecten aandelen waren in een pas opgerichte vennootschap die nog geen enkele balans had gepubliceerd, en dus enkel als een speculatieve belegging kon worden beschouwd.

Een andere aandelenverkoop werd nietig verklaard omdat de kopers dwaalden omtrent het verlies en de omzet van de vennootschap. Dat de kopers bij het sluiten van de overeenkomst hoofdzakelijk de opbrengstwaarde voor ogen hadden, zorgde ervoor dat zij dwaalden omtrent een essentiële hoedanigheid van de zaak, wat aanleiding gaf tot nietigheid van de overeenkomst⁵¹. Dwaling omtrent de rendabiliteit van de aandelen is uiteraard bijzonder zeldzaam, en zal zich veeleer situeren in de sfeer van het bedrog (cfr. infra). Andere voorbeelden betreffen de dwaling omtrent de nationaliteit van de vennootschap (niet~aanvaard)⁵², en de dwaling omtrent de klasse of soort (die uitdrukkelijk opgenomen was in de overeenkomst) waartoe de aandelen behoorden (aanvaard)

Een nietigverklaring op grond van dwaling zal dan ook bijzonder zeldzaam zijn, tenzij de koper in concreto kan bewijzen dat een bepaalde kwaliteit van de verkochte zaak essentieel was voor zijn toestemming.

B Bedrog

Bedrog is elke kunstgreep die van die aard is dat de andere partij, zonder die kunstgreep, klaarblijkelijk het contract niet zou hebben aangegaan (hoofdbedrog) of slechts tegen andere voorwaarden zou hebben gecontracteerd (incidenteel bedrog).⁵⁴ De door de tegenpartij opzettelijk in het leven geroepen dwaling moet niet de zelfstandigheid van de zaak betreffen; zij kan ook betrekking hebben op de beweegredenen, de waarde of op onderdelen die niet tot de zelfstandigheid van de zaak kunnen worden gerekend⁵⁵. Indien het bedrog doorslaggevend was voor de sluiting van het contract (hoofdbedrog), kan dit nietig worden verklaard. Indien de partij daarentegen enkel tegen minder belastende voorwaarden zou hebben gecontracteerd, zal enkel schadevergoeding kunnen worden bekomen.

Anderzijds kan ook de enkele leugen of het loutere stilzwijgen, dat ingevolge de omringende omstandigheden als bedrieglijk voorkomt, volstaan om het gebrek in de toestemming als bedrog te karakteriseren⁶. Dit houdt uiteraard geen algemene

verplichting tot kennisgeving of informatie in m.b.t. elk element dat een belang voor de tegenpartij kan vertegenwoordigen⁵⁷ er moet een opzettelijke verzwijging zijn van relevante gegevens, waar er een plicht tot spreken bestond. Deze plicht kan voortvloeien uit de wet, uit de beroepspllicht van de verkoper, of uit de bijzondere omstandigheden waarin onderhandeld wordt, of de eisen van de goede trouw⁸.

De gevallen waarin de rechtspraak overeenkomsten tot verkoop van aandelen nietig verklaard hebben op grond van bedrog, zijn overigens legio.⁵⁹ Zo werd als bedrog aangemerkt, het stilzwijgen van de zaakvoerder over wisselverplichtingen die dubbel zo groot waren als het eigen vermogen van de vennootschap, maar (volstrekt legaal) niet terug te vinden waren in de balans die tot grondslag diende voor de prijsonderhandelingen. De verzwijging van de verkoper die aldus wist dat de koper geen correct beeld van de vennootschap kon krijgen, maakte een tekortkoming uit aan een dwingende plicht tot spreken⁶⁰.

Tenslotte kan nog worden vermeld dat niets zich ertegen verzet dat de verkoper zich op bedrog beroept omdat de koper kunstgrepen heeft aangewend die hem ertoe hebben bewogen een prijsvermindering toe te staan, dewelke hij zonder niet zou hebben toegestaan; een dergelijke situatie lijkt bv. bijzonder waarschijnlijk in het kader van een management buy out.

Het spreekt echter voor zich dat de nietigverklaring wegens bedrog uitgesloten is indien de betrokken partij op enigerlei wijze (bv. van een derde) kennis had van het element dat het bedrog vormt, en niettemin tot de sluiting van de overeenkomst is overgegaan

Samenvattend kan men dan ook stellen dat bedrog moeilijker te bewijzen is als dwaling (cfr. opzettelijk karakter), maar dat het, eens bewezen, makkelijker tot nietigverklaring of schadevergoeding leidt, omdat de bij de in beoordeling te nemen elementen hier ruimer zijn dan bij andere actiemogelijkheden van de koper (het bedrog kan immers dewaarde, de methode tot waardebeoordeling, enz. betreffen).

C Benadeling en geweld

Benadeling kan slechts als wilsgebrek een grond tot benadeling uitmaken in de door de wet limitatief opgesomde contracten. De verkoop van aandelen maakt daar geen deel van uit; zelfs de verkoop van de aandelen van een patrimoniumvennootschap kan niet aangetast zijn door benadeling voor meer dan zeven twaalfden (cfr. art. 1674 B.W. m.b.t. onroerende goederen) omdat het voorwerp van de overeenkomst het aandelenpakket is, en niet het vennootschapsvermogen.

Daarnaast hebben rechtspraak en doctrine de leer van de gekwalificeerde benadeling ontwikkeld, dewelke slechts kan worden ingeroepen in geval van ernstige benadeling verkregen door het misbruik van concrete omstandigheden waarin de benadeelde partij zich bevond⁶². Aangezien de waarde van de onderneming geen objectief gegeven vormt, en de prijs van de

aandelen niet noodzakelijk bepaald wordt door hun werkelijke waarde (bv. aanwezigheid van een controlepremie, ...) lijkt ook de leer van de gekwalificeerde benadeling weinig mogelijkheden te bieden voor de gedupeerde koper^{6~}.

111.3 De prijs

De wilsovereenstemming tussen partijen vereist een akkoord over de prijs, die m.a.w.

bepaald of aan de hand van objectieve elementen bepaalbaar moeten zijn (art. 1591 B.W.).⁶⁴ Onder die voorwaarden kunnen de partijen de prijsbepaling tevens overlaten aan een derde.^{6~}

A Art. 52 ter Venn. W.

A.i Algemeen

Bij wet van ~ december 1984 werd het huidige art. 52 ter Venn. W. ingevoerd, volgens hetwelk het een naamloze vennootschap verboden is middelen voor te schieten, leningen toe te staan of zekerheden te stellen met het oog op de verkrijging van haar aandelen of haar winstbewijzen door derden.⁶⁶

Onder de ruime term "zekerheden" dienen zowel persoonlijke de zakelijke zekerheden te worden begrepen. Onduidelijk is evenwel of bepaalde nieuwsoortige, zgn. uit de praktijk ontstane zekerheden eveneens onder het verbod van art. 52 ter Venn. W. vallen (verbintenissen om niette handelen, patronaatsverzekeringen, ...) ⁶⁷

De in art. 52 ter Venn. W. opgesomde handelingen zijn slechts verboden, indien zij door de vennootschap gesteld worden "met het oog op de verkrijging van haar aandelen of winstbewijzen". De rechtsleer is dan ook verdeeld over de vraag of deze verwijzing naar de finaliteit van de betrokken rechtshandelingen, een impliciete erkenning daarvan inhoudt in de mate dat deze zich (chronologisch) na de overname zouden voordien. M.a.w. art. 52 ter Venn. W. zou enkel de handelingen van de vennootschap viseren, wanneer zij wist, of gelet op de omstandigheden, behoorde te weten waarvoor de door haar toegestane middelen of zekerheden moeten dienen, zodat dergelijke handelingen na de overdracht principieel toelaatbaar zouden zijn.⁶⁸

O.i. slaat het in art. 52 ter Venn. W. neergelegde verbod slechts op leningen en zekerheden die werden toegestaan na de verwerving van de aandelen, indien vaststaat dat deze financiële hulp van meet af aan als een element van de transactie werd beschouwd ⁶⁹

(i) Uitkering van reserves

De verbodsbepaling is niet van toepassing op dividenden, de inkoop van eigen aandelen (art. 52 bis Venn. W.) of de aflossing van kapitaal (art. 72 ter Venn. W.).

In al deze gevallen worden aan de aandeelhouders immers geen sommen geleend of voorgeschoten, maar wel in eigendom overgedragen.⁷⁷ De uitkering van reserves mag zelfs gefinancierd worden met een lening, waarvoor de vennootschap op klassieke wijze zekerheden stelt.⁷⁸

In dit verband kan ook melding worden gemaakt van de zgn. "MBOuitzondering"⁷⁹, in het kader waarvan de overnemer, die zelf niet door een arbeidsovereenkomst met de vennootschap is verbonden, werknemers van de vennootschap overhaalt om een participatie in de vennootschap of in een nieuwe holding (als verwerver) ten belope van max. 50 % te nemen. Mogelijk kan een op til zijnde wetswijziging m.b.t. de forfaitaire waardering van aandelenopties hierbij een rol spelen.

(ii) Kapitaalvermindering

De praktische bruikbaarheid van dit alternatief wordt verminderd door de zware vereisten van art. 72 bis Venn. W.; elke schuldeiser beschikt immers over de mogelijkheid om zekerheden te eisen voor de betaling van zijn, op datum van de publicatie van de beslissing daartoe door de algemene vergadering nog niet vervallen schulden, gedurende een periode van twee maanden vanaf die datum. -

(iii) Kruisparticipatie

De vennootschap waarvan de aandelen worden overgedragen, zou, voorafgaand aan de overname, een participatie kunnen nemen in de verwervende vennootschap ten belope van max. 10 % van haar kapitaal (en mits de verwervende vennootschap deze in portefeuille houdt of voorafgaandelijk verkrijgt) .~0

In dit verband kan nog worden vermeld dat art. 52 ter Venn. W. slechts de steunverlening door de vennootschap met het oog op de verkrijging door derden van

haar aandelen of winstbewijzen. Het verbod zou derhalve niet van toepassing zijn op de verwerving van opties, warrants, gewone en converteerbare obligaties of obligaties met warrant.⁷⁰ Een behandeling van de overige uitzonderingen, valt buiten het kader van deze bijdrage (zie evenwel verder i.v.m. de MBO).⁷¹

42 *sanctionering*

Na de wet van 18 juli 1991 bestaat geen twijfel meer over de mogelijkheid voor de rechter om de verboden rechtshandelingen nietig te verklaren. De nietigheid treft in eerste instantie de

rechtstreeks verboden handelingen, zoals de leningen, voorschotten of zekerheden, maar kan ook worden uitgebreid tot de rechtshandelingen die zouden de verboden handelingen niet tot stand hadden kunnen komen (zoals bv. de aandelenoverdracht)
72

Verder hoeft het weinig betoog dat de bestuurders van de steunverlenende vennootschap in geval van inbreuk, op grond van art. 62, lid 2 Venn. W. hun aansprakelijkheid in het gedrang brengen. ~ ~

Tenslotte kan de schending van art. 52 ter Venn. W. sinds de wet van 18 juli 1991 strafrechtelijk gesanctioneerd worden op basis van art. 206 Venn. W..

A.3 Alternatieve structuren

De rechtsleer is eensgezind van oordeel dat art. 52 Venn. W. een limitatieve opsomming vormt van de verboden handelingen.^{7~} De strafrechtelijke sanctionering van haar overtreding bevestigt deze stelling.^{7~}

Dit houdt in dat de volgende handelingen principieel niet onder haar toepassingsgebied ressorteren. ~⁶

(iv) de inschakeling van een dochtervennootschap

Een dochtervennootschap kan steun verlenen met eigen middelen of via bankkredieten, waarvoor de moeder-target al dan niet zekerheid heeft gesteld.

In principe is de operatie, waarbij de steunverlening uitgaat van een dochtervennootschap van de targetvennootschap, niet strijdig met art. 52 ter Venn. W. Alleen de targetvennootschap zelf mag de in art. 52 ter Venn. W. omschreven handelingen niet stellen.^{8,}

Bijzondere aandacht in dit verband is uiteraard vereist voor de klassieke theorieën inzake naamlening of simulatie.³²

(v) de fusie door opslorping door de overnemer

Een dergelijke overname van de activa van de targetvennootschap, volgend op de overname van haar aandelen, biedt het voordeel dat de activa van de gefusioneerde vennootschap als onderpand kunnen dienen voor de schuldeiser van de overnemer, die de aandelenoverdracht heeft gefinancierd.

Dergelijke fusie wordt door een deel van de rechtsleer als zonder meer strijdig niet art. 52 ter Venn. W.

beschouwd⁸⁻, terwijl anderen slechts een inbreuk vrezen indien de fusie onmiddellijk na de overname wordt doorgevoerd en deze de bedoeling heeft de financiering van de overname te dragen.⁸⁻

Afgezien van hogervermeld bezwaar m.b.t. chronologie van de handelingen, kunnen hiertegen in hoofdorde twee argumenten worden ingebracht:

- (i) de fusie vormt een rechtsopvolging onder algemene titel (art. 174/1, ~i Venn. W.), die niet zonder meer kan worden gelijkgesteld met het voorschieten van middelen of het toestaan van leningen;
- (ii) de ratio legis van art. 52 ter Venn. W. is de instandhouding van het kapitaal van de vennootschap. De fusie doet dan ook geen afbreuk aan deze ratio legis, aangezien de vennootschap "verdwijnt" n.a.v. de fusie (er is m.a.w. geen behoefte aan een bescherming m.b.t. de instandhouding van het kapitaal).
- (vi) Vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt valt het verschaffen van middelen door de vennootschap, zonder verplichting tot terugbetaling, of onder de vorm van een (hogere) prijs voor activa (1) eveneens niet onder het toepassingsgebied van art. 52 ter Venn. W.

Een bijzondere vermelding in dit verband, verdienen het leonijs beding en de portageovereenkomsten. Het leeuwenbeding is een beding waarbij aan een van de vennoten de gehele winst wordt toegekend of waarbij de gelden of goederen, door één of meer vennoten in de vennootschap ingebracht, worden vrijgesteld van elke bijdrage in het verlies.

Portageovereenkomsten zijn overeenkomsten waarbij aan een vennootschap een verkoopoptie wordt gegeven voor de aandelen die ze onderschreven heeft. De verkoopoptie geeft de aandeelhouder de mogelijkheid om na een zekere periode of in bepaalde gevallen haar aandelen te verkopen tegen minimaal dezelfde prijs als deze waaraan ze de aandelen onderschreven heeft. Artikel 1855 B.W. sanctioneert dergelijke bedingen in principe met een (absolute of relatieve) nietigheid.⁸⁻

Dit principe werd bevestigd door het Hof van Beroep te Brussel in het geruchtmakende "Carlam" arrest, waarin zij stelde dat de garantie aan een toekomstige inschrijver op een kapitaalverhoging (in casu de N.I.M.) dat hij zijn aandelen kon verkopen tegen inschrijvingsprijs, vermeerderd met een vaste rente, strijdig is met art. 1855 B.W.

De recentere rechtsleer heeft de beperking van het toepassingsgebied van artikel 1855 B.W. op verschillende wijzen benaderd (o.m. beperking tot nieuwe aandelen, benadering vanuit het oogpunt van het risico, en vanuit de leer van de gekwalificeerde benadeling). Deze laatste betreft uiteraard de meest verregaande beperking, die hier evenwel niet verder wordt behandeld.

Een eerste benadering maakt een onderscheid tussen bedingen (zoals (ver)koopopties) die tussen aandeelhouders bij de oprichting van de vennootschap of naar aanleiding van een kapitaalverhoging tot stand komen, waardoor zgn. aan één of meerderen onder hen de mogelijkheid wordt gegeven om, zonder bijdrage in de gebeurlijke verliezen, hun, al dan niet gedestabiliseerde inbreng te recupereren.

Diezelfde bedingen zouden evenwel, zelfs tussen aandeelhouders, geoorloofd zijn, wanneer zij reeds uitgegeven aandelen tot voorwerp hebben, omdat die contractuele afspraken aan de werking van de vennootschap vreemd zouden blijven. Daarbij wordt gewezen op de beursaankoop van aandelen en de verkoop van aandelen op termijn (de zgn. report) waarbij de verkoper aandelen vervreemdt tegen een prijs die niet noodzakelijk met effectief door de vennootschap geleden verliezen rekening houdt⁸⁸.

Een argument hiervoor kan worden gevonden in de tekst van art. 1855 B.W., die zich beperkt tot *"het beding waarbij de gelden of goederen ... worden ingebracht"*. De overname van (reeds uitgegeven) aandelen zou immers geen nieuwe inbreng noch een wijziging van de vroeger gedane inbrengen impliceren⁸⁹.

Die stelling werd door de Rechtbank van Koophandel te Namen in een uitvoerig vonnis van 12 september 1994 voor het eerst in het Belgisch recht bijgevalen⁹¹, en lijkt de worden bevestigd door het Hof van Beroep te Luik in haar arrest van 15 september 1995⁹². De rechtbank van Koophandel te Namen kwam daarin tot het besluit dat art. 1855 B.W. niet extensief mag worden geïnterpreteerd, en dat de wetsbepaling verbiedt dat een venoot zich bij het sluiten van het vennootschapscontract bij voorbaat tegen elke bijdrage in het verlies dekt, maar geenszins de wederkerige verbintenissen vernietigbaar maakt waardoor de vennoten hun uitstap regelen⁹³. Zoals gezegd werd

88 Zie in dit verband de verwijzing onder de vorige voetnoot.

89 DIEUX, X., "Questions relatives à l'intermédiation financière en droit positif", in *Intermédiaires commerciaux*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1990, 320, nr. 12.; FAJTMANN, M., I.c., R.P.S., 1993, 84-91; FORIERS, P.A., o.c., 155-156; VAN OMMESLAGHE, P. en DIEUX, X., I.c., R.C.J.B., 1992, 609-610; DIEUX, X., "L'acquisition de l'entreprise par ces cadres -actualisation des contraintes applicables - ce type d'opérations, au regard du droit des sociétés commerciales", in *Les sociétés holding*, seminarie Van Ham

& Van Ham, 20; Scheidsr. Uitspraak 24 februari 1992, T.R.V., 1993, 259.

90 VAN OMMESLAGHE, 1'. en DIEUX, X., I.c., R.C.J.B., 1992, 609 - 610; LEBBE, b. en PARTSCH, Ph., "L'article 1855, alinéa 2 du Code civil et les opérations sur titres", R.P.S., 1997, 95.

Kh. Namen, 12 september 1994, aangehaald in CORN ELIS, L., "Puts en calls op aandelen uit de leeuwekooi", N.F.M., 1995/3, 2.

92 Luik, 15 september 1995, T.R.V., 1995, 684; DIEUX, X., "Le rachat ...", I.c., 21.

"que s/te texte de cet art/de impose de le teriir pour une disposition excluant que de/til qui conc/ut tin contrat de société s 'linmunise prévent/vement de toute contr/but/on aux pertes, Il ne peut être considéré comrne une disposition générale qui frapperait- de nul//té les engagements réciroques par /esque/s les associés règlent les inoda//tés de retrait de l'un d'entreeux"~

deze interpretatie gevolgd door het Hof van Beroep te Luik⁹⁴, daarin gevolgd door een belangrijke strekking binnen de rechtsleer.⁹⁵

Dit zou erop neerkomen dat de genoemde auteurs (en rechtspraak) een eenzijdige (ver)koopbelofte slechts veroordelen, indien zij een onlosmakelijke band vertoont met (een wijziging van de) statuten. Dit is meestal het geval wanneer zij wordt afgesloten ter gelegenheid van een nieuwe inbreng in de vennootschap. Een eenzijdige belofte die echter - losstaat van dergelijke inbreng, of die uitsluitend verband houdt met de organisatie van de aandelenoverdracht, zou niet onder het verbod vallen, ook al heeft de erin opgenomen prijsbepaling tot gevolg dat de begunstigde van de belofte(s) elk risico op verliesdeelname vermijdt. M.a.w., bedingen tot "terugkoop" van een pakket aandelen, afgesloten n.a.v. de latere verkoop van deze reeds uitgegeven aandelen, zouden bijgevolg principieel buiten het toepassingsgebied van deze verbodsbepaling vallen.~⁶

Een tweede benadering, die tevens een kritiek vormt op bovenstaande benadering, gaat eerder uit van het voorwerp van de bewuste overeenkomst (en benadrukken het aspect van de risico-verdeling). In die optiek zou het argument dat, eens de inbreng is geschied en tot het vermogen van de vennootschap behoort, overeenkomsten tussen aandeelhouders die tot gevolg hebben dat één onder hen geen enkel verlies kan lijden op zijn participatie, op deze inbreng geen enkele invloed hebben, niet overtuigen omwille van het feit dat de vervangbaarheid van de aandeelhouder in

Luik, 15 septembre 1995, R.P.S., 1995, 416: "(.) *St ce n'est time fraude aux cl/ents des t/ers, La clause sera lic/te St sa cause, aus sens de t'fntention véritable des part/es, n 'est pas de porter atteinte au pacte social (...). L 'objet du contrat dans le cadre d'une cessiom à prix lixe n 'est pas de fixer tin mode d'attr/bution des bénéfices mais d'assurer, générakment sous la forme d'urie promesse d'achat, te traasfert des actions ~ tin cessionna/re (...)* S/la vo/onté des part/es a été essent/ellement de réaliser time opération juridique sur les droits sodiaux (par exemple une vente), la convention sera va/able. En revanche, /orsque, bien que conc/ue sous /'apparence cJ'une prornesse de vente, e//e devait, dans la commune intent/on des parties-, permettre de soustraire time partie ~ la contribut/on aux pertes, Ja null/té est encourue en raison de soa objet (..) Les dispos/tionspr/ses concomitamment à Ja créat/om de la société et n 'ayarlt pour but que d'/nciter une personne à entrer dans celle-ci en lui garantissant qu 'elle n 'aurait aucume perte ~4 supporter, porteraient atteinte au pacte social et const/tuerait inciiscutab/emement une fraude."

FORIERS, P.A., "Portage et clause léonine (observations sur le champ d'application de l'article 1855 du Code Civil)", in *Hommage ~ Jacques Heenen*, Brussel, Bruylant, 1994, 149; COIPEL, M., "Réflexions sur le partage d'actions en regard de l'article 1855 du Code Civil - le porteur et le lion", R.C.J.B., 1989, 533; FAJTMANN, M., "La promesse unilatérale d'achat d'actions d'une société anonyme belge au regard des articles 1855 du Code Civil et 13 ter de la bi sur les sociétés", R.P.S., 1993, 69ev; VAN OMMESLAGHE, P. en DIEUX, X., "Examen de jurisprudence. les sociétés commerciales (1979-1980)", R.C.J.B., 1992, 607, nr. 14.

- 96 DIEUX, X., "L'acquisition de l'entreprise par des cadres - actualisation des contraintes applicables ~ ce type d'opérations au regard du droit des sociétés commerciales", in *Le Rachat des actions de l'entreprise par ces cadres*, Séminaire Van Ham & Van Ham, , 20; VAN OMMESLAGHE, P. en DIEUX, X., l.c., R.J.C.B., 1992, fl° 14; FAJTMANN, M., l.c., 84ev; contra: WYCKAERT, M., *Kapitaal in NV en BVBA*, JAN RONSE INSTITUUT, 1996, nr. 107; LEBBE, 1. en PARTSCH, Ph., "L'article 1855, abinéa 2 du Code Civil et les opérations sur titres", R.P.S., 1997, io8-iiio.

kapitaalvennootschappen (door overdracht van zijn aandelen) essentieel is~. Zo een overdracht brengt met zich mee dat de overnemer, zoals de overdrager dat tot dan toe, ertoe bereid is om de inbreng die tot de uitgifte van het aandeel heeft geleid verder ter beschikking te houden van de vennootschap~⁸. In die optiek lijken prijszettingsovereenkomsten rn.b.t. bestaande

aandelen t.a.v. deze m.b.t. nieuwe aandelen, evenmin evident, aangezien in beide hypothesen een medeaandeelhouder het risico dat aan de participatie van de beschermde aandeelhouder is verbonden, ondergaat⁹⁹. In deze tweede benadering blijft evenwel onduidelijk hoe reportverrichtingen of cessies-retrocessies in deze gedachtengang moeten worden geïntegreerd.

Uitgaande van het voorwerp van de overeenkomst, en met name of de verrichting de uittreding dan wel de intrede van een aandeelhouder beoogt, zou men tot een andere indeling komen. De in de rechtspraak veroordeelde portage-overeenkomsten betreffen immers voornamelijk de hypothese van de intrede van een aandeelhouder, zonder dat hij enig financieel risico loopt. Dit soort overeenkomsten zou zich nooit afspelen in de marge van de vennootschap, maar wel degelijk een nauwe band vertonen met haar werking¹⁰⁰; in het bijzonder wanneer deze (financierings)portage gepaard zou gaan met bv. een vertegenwoordiging in de raad van bestuur.

Prijszettingsovereenkomsten die daarentegen de uittreding beogen een volwaardig vennoot, zouden daarentegen ondergeschikt zijn aan het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, met name de overdracht van zijn aandelen, en in principe losstaan van het vennootschapsleven¹⁰¹. Aldus zouden ook voormeld vonnis van de rechtbank van Koophandel en van het Luikse Hof van Beroep (die wederzijdse opties aan overeenstemmende voorwaarden betroffen) kunnen worden verklaard (zie hoger).

RESTAU, *Traité*, t. i-8i, 41, nr. 12.

WYCKAERT, M., o.c., nr. 107.

Zie om.: LEBBE, 1. en PARTSCH, Ph., l.c., loS-no.

loo WYCKAERT, M., *Kapitaal in NV en BVBA*, Jan Ronse Instituut, 1995, nr. 108; REIN HARD, Y., "Chronique - sociétés par actions", R.T.D.C., 1987, 206, nr. ~.

lol WYCKAERT, M., o.c., nr. 108; anders lijkt het: FAJTMAN, M., b.c., 89, nr. 19: "*pour qu'il y ait atte/nte au pacte sociat, Il faut - mais Il stuit- gu 'ii existe tin tien entre la con vent/om et le contrat de société. Ce sera généra/ement le cas torsque la promesse est li é tin rapport. En revanche, dans tous les autres cas (prornesse d'achat iso/ée ou promesse d'achat liée à une con vention*

de cession d'act/ons), ta promesse me tombe pas sous k coup de l'article 7855 du Code c/vi/"~

111.4 Waarborgverplichtingen van de verkoper

111.4.1 Kwalificatie van de verrichting

Aansluitend bij hogervermelde controverse rond het voorwerp van de overdracht, kan tevens deze rond de wettelijke bepalingen die de verkoop van aandelen beheersen, kort worden aangehaald. De discussie draait meer bepaald rond het toepasselijke waarborgregime; de regels m.b.t. de koop-verkoop, dan wel deze betreffende de overdracht van schuldvordering.

Kwalificeert men de overdracht als de verkoop van een zaak (lichamelijk roerend goed), dan is de verkoper tot een ruimere waarborg voor verborgen gebreken gehouden op grond van art. 1641 B.W. In het kader van de artikelen 1693 en 1694 B.W. m.b.t. de cessie van schuldvordering, staat de overdrager immers enkel in voor het bestaan van de schuldvordering, en niet voor de solvabiliteit van de debiteur.

Uit wat volgt zal blijken dat het belang van het onderscheid vanuit praktisch oogpunt eerder gering is 102~ De rechtspraak valt, om aan de beperkte waarborg van art. 1693 B.W. te verhelpen, immers veelal terug op de ruimere garantie van art. 1641 B.W. Toegepast op de overdracht van aandelen heeft deze laatste waarborg bovendien een dermate restrictief karakter dat er nauwelijks verschil is met de toepassing van art. 1693 B.W.¹⁰³

111.4.2 Wettelijke waarborgen

Bovenstaand uitgangspunt dat de overeenkomst niet het vennootschapsvermogen tot voorwerp heeft, is determinerend voor de concrete omvang van deze waarborgen.

Conform art. 1603 B.W. heeft de verkoper "twee hoofdverplichtingen, de door hem verkochte zaak te leveren, en die te vrijwaren". Deze vrijwaringsplicht, die eigenlijk een loutere voortzetting van de verplichting tot levering vormt⁰⁴, heeft op haar beurt een dubbel voorwerp; zij betreft het ongestoord bezit van de verkochte zaak, en de verborgen gebreken van de zaak of de koopvernietigende gebreken (art. 1625 B.W.). Hierna wordt nagegaan in welke mate deze garanties een afdoende bescherming bieden voor de overnemer.

102 Voor een overzicht terzake: zie o.m. LAGA, H., "Vennootschaps- en verbintenissenrecht:

één recht?", R.W., 1996-97, 555.

103 Zie o.m.: VANDEPUTTE, R., *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht, Overeenkomsten, II, Bijzondere overeenkomsten: verkoop, bewaargeving, borgstebing, Antwerpen, Standaard, 1981, 218; WAUTERS, M., I.c., 25.*

104 KLUYSKENS, A., *Beginnelsen van burgerlijk recht, IV, De contracten, Antwerpen, Standaard, 1952, 126.*

A Vri7waring voor eiken daad

De rechtsleer is verdeeld omtrent het feit of de verplichting voor de verkoper om geen feitelijke of rechtshandelingen te stellen die het rustig genot van de overnemer verstoren, een impliciet concurrentieverbod t.a.v. laatstgenoemde impliceert.⁰⁵ O.i. terecht wordt traditioneel aanvaard dat het voorwerp van de overdrachtsovereenkomst en het principe van de rechtspersoonlijkheid zich verzetten tegen een dergelijke niet-medededingingsplicht in hoofde van de verkoper.⁰⁶

Het voorgaande verhindert evenwel niet dat de verkoper stilzwijgend een dergelijke verbintenis heeft opgenomen. Een dergelijke beoordeling vormt een soevereine bevoegdheid van de feitenrechter.⁰⁷ De verbintenis om zich van concurrentie te onthouden, die eventueel op de verkoper rust, kan ook op andere rechtsgronden worden gesteund⁰⁸ met name op (i) de vereiste van goede trouw in de uitvoering van de verkoopsovereenkomst, (ii) de goede trouw in de uitvoering van de vennootschapsovereenkomst, of (iii) in de wet op de Handelspraktijken.

De artt. 93 en 95 W.H.P. geven de getroffen vennootschap immers steeds de mogelijkheid daden van oneerlijke concurrentie, zoals bv. het afwerven van cliënteel, aan te vechten. Wanneer de vordering echter louter gesteund is op een contractuele band zal gelet op de restrictieve rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake samenloop, de vordering tot staking veelal niet mogelijk zijn.⁰⁹

B Vri7wariag voor daad van een derde

Art. 1626 B.W. legt de verkoper van rechtswege de plicht op de koper te vrijwaren voor uitwinning of voor lasten die een derde beweert te hebben op de verkochte zaak, die hun oorsprong vinden in een feit voorafgaand aan de koop, en die bij de koop niet werden vermeld.⁰

VAN G ERVEN, D., "Gezamenlijke vennootschappen: vennootschapsrechtelijke aspecten van de joint-venture", R.D.C., 1995, 124.

106 Zie in dit verband: Cass., 4 oktober 1934, R.P.S., 1936, 227; Gent, 24 mai 1993, R.P.S., 1936, 223; VAN RYN, J., O.C., 254.

107 Cass. ~ octobre 1934, l.c., 227.

io8 Abstractie wordt hierbij gemaakt van de denkpistes m.b.t. de inbreng van een handelszaak of inbreng van arbeid tegen kapitaalsaandelen (onmogelijk in vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid; art. 29, ~ 3 Venn.W.) Voor een overzicht, zie: WAUTERS, M., b.c., 27ev.

109 Cass. 7 december 1973, R.W., 1973-74, 1597 met noot Herbots; STUYCK, J., "Over coëxistentie en samenloop tussen de vordering tot staken en de vordering ex contracten",

T.B.H., 1994, 6io.

110 DE PAGE, H., o.c., IV, nr. 147 en nr. 138.

Op deze waarborg kan niet succes beroep worden gedaan wanneer de aandelen zelf worden uitgewonnen, terwijl zij voor vrij en onbelast werden verkocht."

C Vri7waring voor verborgen gebreken

Een verborgen gebrek vereist een tekortkoming aan de zaak zelf, waardoor deze ongeschikt is voor het door de koper voorziene gebruik of waardoor dit gebruik zodanig vermindert dat de koper niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gecontracteerd."² Daarnaast is vereist dat het gebrek onzichtbaar is, voldoende belangrijk is, en reeds in de kiem bestaat op het ogenblik van de verkoop."³

Is dat het geval, heeft de koper de keuze tussen de ontbinding van de koop of het vorderen van vervangende schadevergoeding^{1,4}, mits hij zijn vordering inleidt binnen een korte tijd (artt. i6~, 1646 en 1648 B.W.). Professionele verkoper worden onweerlegbaar vermoed de verborgen gebreken van de zaak die ze verkopen, te hebben gekend.

Voor de toepassing van art. 1641 B.W. is bovendien niet langer vereist dat de zaak is aangetast door een intrinsiek gebrek; het volstaat dat de zaak ongeschikt is voor het gebruik waarvoor de koper haar bestemde (functioneel gebreksbegrip).

Dit veronderstelt dat de verkoper kennis had van de door de koper beoogde bestemming, zodat het functioneel gebruiksbegrip in principe enkel kan worden gehanteerd indien (i) de koper de zaak aanwendt voor zijn gebruikelijke bestemming, of (ii) het door de

koper beoogde gebruik aan de verkoper kenbaar werd gemaakt tijdens de pre-contractuele fase, of af te leiden valt uit de concrete omstandigheden.

Uitgaande van het principe dat de gebruikelijke bestemming van de aandelen in de uitoefening van de daaraan verbonden rechten⁵ ligt, werden o.m. de volgende "gebreken" reeds weerhouden in de rechtspraak en rechtsleer;

111 TILLEMANN, B., "Het gerechtelijk sekwestre in vennootschapsgeschillen", T.R.V., 1993, 515 ev; WAUTERS, M., l.c., 26.

112 Cass., 17 mai 1984, Arr. Cass., 1983-84, 1205.

113 VAN DE PUTTE, R., o.c., 95ev: ook indien het waarborgregime inzake overdracht van schuldvordering van toepassing is, moet de cessionaris instaan voor het bestaan van de schuldvordering en haar accessoria (inclus. gebreken); KLUYSKENS, A., o.c., 205.

114 De verkoper is evenwel gehouden tot vergoeding van alle schade, indien hij het gebrek kende.

115 Zie voor een overzicht om.: WYCKAERT, M., o.c., 12-13.

(i) de schoolvoorbeelden van de verkoop van valse aandelen of aandelen waarvan de zeerechten geschorst zijn.⁶ De schorsing omwille van de schending van een statutaire overdrachtbespreking zal geen verborgen gebrek vormen, aangezien van een normaal zorgvuldig mag worden verwacht dat hij de (gepubliceerde) statuten van de vennootschap consulteert."⁷

(ii) het feit dat de inbreng geheel of gedeeltelijk is terugbetaald, zonder dat de koper hiervan op de hoogte was."⁸

(iii) het feit dat de aandelen, buiten medeweten van de koper, niet volstort zijn, sluit nieuw aan bij de vorige hypothese, maar wordt betwist als toepassingsgeval van de leer van de verborgen gebreken werd de volstorting gegarandeerd, moet o.i. worden geageerd op grond van de leveringsplicht. In het andere geval aanvaarde de rechtspraak veelal de aanwezigheid van een verborgen gebrek.¹¹⁹

Werden daarentegen geweigerd als verborgen gebrek in de zin van art. 1641 B.W.;

(i) een waardevermindering van de aandelen¹²⁰

(ii) de overdracht van een onbestaand aandeel (afwezigheid van voorwerp)¹²¹. Het functioneel gebreksbegrip zou echter als een correctie kunnen fungeren op deze strenge houding t.a.v. verborgen gebreken, aangezien aldus kenmerken van het vermogen van de vennootschap binnen de contractuele vrijwaringsplicht gebracht zouden kunnen worden (cfr. fiscaal en sociaalrechtelijke navorderingen; onvoldoende liquiditeit van de aandelen,

116 DEVOS, D., "La notion de vices cachés dan la vente d'actions", noot onder Brussel, 20 mei 1987, R.D.C.B., 1988, 58.

117 Mogelijks behoort een ontbinding wegens dwaling of bedrag tot de mogelijkheden.

1,8 O.i. onterecht, betreft het hier volgens DEVOS een toepassingsgeval van een verkoop zonder voorwerp; DEVOS, D., l.c., 55. Mogelijks kan een dergelijke verkoop worden aangevochten op basis van dwaling of bedrog.

119 Luik, 1 april 1992, R.P.S., 1993, 105; Gent, 21 mei 1904, R.P.S., 1904, 311. Zie i.v.m. deze controverse, o.m.: WAUTERS, M., l.c., 35.

120 Brussel, 20 mei 1987, R.P.S., 1987, nr. 6451; Kb. Brussel, 23 april 1906, R.P.S., 1906, nr. 1704; DE PAGE, H., o.c., IV, nr. 181; DEVOS, D., l.c., 56;

121 DEVOS, D., b.c., 55. -

De toepassing van dergelijk functioneel gebrek bij overdracht werd tot op heden echter uitdrukkelijk door het Hof van Cassatie gehanteerd bij de vaststelling van de garantieplicht van professionele verkopers¹²²; een analoge toepassing op aandelencessies zou dan ook het grootste aantal acquisities hiervan uitsluiten.

Bovendien lijkt uit de bovenstaande verwerping door de rechtspraak van een minderwaarde op de aandelen als verborgen gebrek, een impliciete afwijzing van de

functionele opvatting van verborgen gebreken in het kader van aandelen te kunnen worden afgeleid.¹²³

D Tussenbesluit: wettelijke waarborgen

Uit het bovenstaande blijkt dat de klassieke leer dat juridisch enkel de aandelen, en niet het vermogen van de vennootschap wordt overgedragen, een extensieve toepassingen van vrijwaring wegens uitwinning of verborgen gebreken verhindert. Ook vorderingen gesteund op de niet-conformiteit van de levering zullen zich noodzakelijk beperken tot de aandelen en de daaraan verbonden rechten.

Andere actiemogelijkheden kunnen worden gesteund op het vennootschapsrecht, en met name op het leeuwenbeding (cfr. supra) of de bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid.

De koper zou de bestuurders aansprakelijk kunnen stellen voor persoonlijke schade of voor schade toegebracht aan de vennootschap. In het eerste geval is de koper zelf aandeelhouder en dus geen derde, zodat hij zich niet kan beroepen op de vordering uit art. 62, tweede lid Venn. W. De persoonlijke vordering van de aandeelhouder tegen bestuurders zal slechts ontvankelijk zijn onder de dubbele voorwaarde dat de ingeroepen fout niet enkel een bestuursfout is, maar tevens een tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidsplicht, en dat de schade die de aandeelhouder geleden heeft niet gemeenschappelijk is aan de gezamenlijke aandeelhouders in evenredigheid met hun belang in de vennootschap.¹²⁴

Zijn deze voorwaarden niet vervuld, en is de schade dus toegebracht aan de vennootschap, dan moet de aandeelhouder ageren via zijn stemrecht in de algemene vergadering (actio mandati).~25 Deze vordering kan steunen op beheersfouten, overtredingen van de vennootschappenwet of de statuten, of op een onrechtmatige daad in de uitvoering van de taak (art. 62 Venn. W. en art. 1382 B.W.). Ze veronderstelt

122 Cass. 17 mei 1984, J.T., 1984, 566; DEJONGHE, W. en CORYNEN, M., I.c., 1998, ~

123 Zie voor een uitvoerige bespreking in dit verband: WAUTERS, M., I.c., 36 - 39.

124 RONSE, j., Algemeen deel van het vennootschapsrecht, Leuven, Acco, 1973, 462.

125 De koper kan, in voorkomend geval, ook de zgn. minderheidsvordering-insteblen op grond van art. 66 bis, ~2 Venn. W.

in principe dat aan de bestuurders nog geen kwijting werd

verleend (art. 79, lid ~ Venn. W.), en dat de vordering werd ingesteld binnen de termijn van 5 jaar vanaf de fout of haar ontdekking (art. 194 Venn. W.).

Anderzijds kan de theorie van de wilsgebreken (cfr. supra) een uitkomst bieden; aangezien zij betrekking hebben op de wijze waarop de toestemming tot stand kwam (en niet op een aantasting van de verkochte zaak), kan de beoordeling aldus uitgebreid worden van het voorwerp van de overeenkomst (de aandelen) tot elk doorslaggevend element bij de totstandkoming van de toestemming, en in het bijzonder verborgen of ongekende passiva²⁶.

Hoger is echter gebleken dat ook de theorie van de wilsgebreken geen valabel alternatief vormt voor het informatie-onevenwicht tussen partijen; enkel indien dit onevenwicht te zwaar op de transactie heeft gewogen, kan de overnemer binnen de hierboven uiteengezette grenzen hierop beroep doen.

111.5 Conventionele waarborgen

A Algemeen

In het licht van het bovenstaande, heeft de overnemer er belang bij dat de overdrager, los van zijn wettelijke waarborgverplichtingen, hem het bestaan en de waarde van bepaalde activa (of de afwezigheid van andere passiva) m.b.t. de onderliggende vennootschap garandeert, aangezien de bovenstaande klassieke beer van de overdracht van aandelen de afwezigheid van een passiefgarantie impliceert.¹²⁷

Dergelijke garantieclausules worden niet door bijzondere wetgeving beheerst. Art. 1643 B.W. vermeldt dat de verkoper zijn wettelijke vrijwaringsplicht kan beperken, maar de uitbreiding wordt niet gevisieerd. Bovendien betreffen deze clausules het maatschappelijk vermogen (en vormen zij m.a.w. niet een loutere uitbreiding van de wettelijke waarborg), zodat zij gewoon onder de contractuele vrijheid ressorteren en onderworpen zijn aan de algemene interpretatie regels van wet 1162 B.W. ~²⁸

De door de praktijk gehanteerde waarborgclausules zijn zeer verscheiden, en hun voorwerp en redactie dient aan elke situatie te worden aangepast. In principe zijn de waarborgclausules echter steeds tweeledig; het eerste deel betreft de eigenlijke garantie. Een inbreuk hierop zet de schadevergoedingsclausule, het tweede deel van de waarborg, in werking.

iz6 DE JONGHE, W. en CORYNEN, M., l.c., 88 - 89.

127 DEVOS, D., "La vente d'actions au porteur", l.c., 178.

128 De verhouding tussen art. 1162 B.W. en art. 1602, tweede lid B.W., volgens hetwelk "*ieder duister of dubbelz/nm/g beding tegen de verkoper wordt uitgelegd*", creëert evenwel onduidelijkheid in dit verband.

De meest voorkomende waarborgen betreffen¹²⁹:

- (i) de oprichting van de vennootschap en haar statuten;
- (ii) de naleving van de vennootschapswetgeving (in ruime zin);
- (iii) de vrije en onbelaste eigendom van de aandelen;
- (iv) de intellectuele eigendomsrechten;
- (v) de verzekeringen;
- (vi) de boekhouding;
- (vii) de directe en indirecte belastingen;
- (viii) de lopende (of zelfs potentiële) geschillen;
- (ix) de overheidsteun;
- (x) de vergunningen en attesten;
- (xi) de naleving van de milieuwetgeving;
- (xii) de naleving van de sociaalrechtelijke verplichtingen;
- (xiii) de lopende overeenkomsten.

B Schadevergoedingsclausules

B. 1 Inbreukregeling

De gemeenrechtelijke sanctie wegens inbreuk op de contractuele waarborgen, is de vordering tot schadevergoeding. Indien de koper zich het recht van ontbinding wenst voor te behouden overeenkomstig art. 1184 B.W. zal hij best een uitdrukkelijk ontbindend beding in de overeenkomst laten opnemen. In voorkomend geval, dient hij tevens te waken over het hoofdelijk en solidair karakter van de gehoudenheid van de verkopers.

B.2 Types

Samengevat kunnen de schadevergoedingsclausules worden ingedeeld in twee basistypes. Een eerste neemt de vorm aan van een algemene balanswaarborg, en verplicht de verkoper de (later opduikende) schulden zelf te voldoen. Een dergelijke clause is bijzonder voordelig voor de koper, aangezien de verkopers gehouden zijn voor de totaliteit van de schuld, ongeacht de omvang van de overdragen participatie. Om die reden zijn dergelijke clausules dan ook eerder zeldzaam. Overwegend wordt aangenomen dat een dergelijke clause een beding ten behoeve van een derde vormt in de zin van art. 1121 B.W..

- 129 Deze lijst is louter exemplatief en dient te worden aangepast aan de concrete omstandigheden en activiteiten: zie voor een uitgebreid overzicht: HAUSMANN, C. en TORRE, P., *Les garanties de passif. Négociation et rédaction des conventions de garantie*, EFE, 1996, 77er; BLUMBERG, J.P., I.c., 104.

In een, voor zover ons bekend, alleenstaand geval, aanvaardde de rechtbank van eerste aanleg te Brussel het bestaan van een (stilzwijgend) derdenbeding; de wil van de partijen om een recht toe te kennen aan een derde, valt volgens de rechtbank impliciet af te leiden uit de bedoeling van de partijen om de schulden van de vennootschap te waarborgen.³⁰

Het recht van die derde bestaat overigens ongeacht de aanvaarding door deze laatste; de aanvaarding verhindert enkel en alleen de herroeping van het beding. In dit geval is zelfs mogelijk dat de schuldeisers van de vennootschap, bij stilzitten van deze laatste, de verkopers kunnen aanspreken op basis van de zijdelingse vordering (art. ii66 B.W.).

Een tweede basistype beoogt een vergoeding voor de minwaarde verbonden aan de aandelen, veroorzaakte door een minwaarde van het vennootschapsvermogen. Een dergelijke prijsherziening komt dan ook rechtstreeks toe aan de koper (derden kunnen hierop dan ook geen beroep doen), en is beperkt tot de vergoeding van de minwaarde van het maatschappij vermogen die werd geleden door de koper (evenredig met het percentage overgedragen aandelen). Bij de redactie van een dergelijke clause dient evenwel voor ogen te worden gehouden dat:

- (i) de prijsaanpassing in principe een nieuw akkoord tussen partijen impliceert (cfr. supra bepaalbaarheidsvereiste van de prijs en mogelijke nietigverklaring van de koop op grond daarvan).
- (ii) de koper en niet de vennootschap (die het bewuste passief niettemin draagt) wordt vergoed, zodat eventueel in een compensatiemechanisme voor deze laatste moet worden voorzien.

Een variante van deze clauses (die echter ook als een clause van het eerste type kan worden geconstrueerd) is de netto-actief garantie, die in principe voordeliger is voor de overdrager, aangezien een opduikend passief gecompenseerd kan worden door een onderwaardering van het actief.

Het spreekt tenslotte voor zich dat de werking van dergelijke schadevergoedingsclauses kan worden ondersteund door een gefaseerde betaling van de koopprijs, en/of door persoonlijke of zakelijke zekerheden.³¹

C Arbitrageclause

C. 1 Bevoegdheid

130 Rb. Brussel, 30 juni 1989, T.B.B.R., 1990, 365; WAUTERS, M., b.c., 49.

131 VAN HOOGTEN, P., b.c., 74.

Door het opnemen van conventionele garanties in de overeenkomst, valt het patrimonium (in meer of mindere mate) eveneens binnen de reikwijdte van de daarin vervatte arbitrageclausule.

Bij arbitrale procedures op basis van dergelijke overeenkomsten kunnen zich echter bevoegdheidsproblemen stellen van een andere aard, met name m.b.t. de eventueel in de overeenkomst opgenomen bedingen te behoeve van een derde (cfr. supra). Een arbitrale clausule vervat in een koop-verkoopovereenkomst van aandelen zal de bevoegdheid missen om te oordelen over aanspraken van derden die zich op een derdenbeding wensen te beroepen, en die geen partij waren bij de overeenkomst en de daarin vervatte arbitrale clausule.¹³²

De derde zal het bevoegdheidsprobleem niet kunnen oplossen door zijn vorderingsrecht aan de koper van de aandelen over te dragen (via lastgeving of naamlening), aangezien de rechten van de lasthebber of naamleener beperkt zijn tot deze van hun principaal (die geen materiële procespartij is).¹³³

Een eenvoudige oplossing voor deze bevoegdheidsproblematiek rond derden, bestaat er dan ook in (i) de vennootschap waarvan de aandelen worden overgedragen, partij te maken bij de overeenkomst, of (ii) het beding ten gunste van de derde uit te breiden tot de arbitrale clausule. ~ ~

C2. Toepasselijk recht. ~ not/es van internationaal privaatrecht

Het recht van toepassing op een internationale verkoop van aandelen, wordt in principe bepaald aan de hand van de verdrags- of internrechtelijke verwijzingsregels. Gelet op de omvang en de techniciteit van deze materie, en het belang van het Verdrag van Rome van 19 juli 1980 m.b.t. verbintenissen uit overeenkomsten⁵, wordt hierna enkel bij dit laatste verdrag stilgestaan.³⁶

Het verdrag huldigt het principe van de vrije rechtskeuze, ook al is het dat van een rechtsorde die met de overeenkomst geen verband houdt (art. 3).¹³⁷

132 DE MEULENAERE, B., "Arbitrale bevoegdheids- en rechtsmachtaspecten in het kader van koop-verkoopovereenkomsten van aandelen", T. P.R., 1995, 450.

133 Idem, 451.

Voor een overzicht inzake derdenwerking van de overeenkomst, zie o.m.: DE PAGE, H.,

o.c., 1, 607ev.

135 In België goedgekeurd bij wet van 14 juli 1987, B.S., oktober 1987, 14786; erratum: B.S., i8 april 1989.

136 RIGAUX, F., *Droit international privé*, volume 1 et II, 2^e éd., Brussel, Larcier, 1987; VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., "Internationaal privaatrecht", in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, Gent, Story Scientia, 1986.

ERAUW, J., "Een nieuw ontwerp voor een Europees internationaal privaatrecht van de contractuele verbintenissen", *R.W.*, 1979-80, 146.

Bij afwezigheid van uitdrukkelijke rechtskeuze (en imperatieve rechtsaanduiding), geldt als basisregel dat de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waarmee ze de nauwste band heeft (art. 4.2.). In het algemeen wordt de overeenkomst vermoed de nauwste band te hebben met *"het recht van het land waar de partij die de voor die overeenkomst kenmerkende prestatie moet leveren, op het tijdstip van het s/uiten van de overeenkomst haar gewone verblijfplaats (voor i5'sieke personen) of haar hoofdbestuur (voor rechtspersonen) heeft"* (art. 4.2.).

Het spreekt voor zich dat de kenmerkende prestatie in het kader van een aandelenoverdracht, de eigendomsoverdracht of levering daarvan vormt zodat de overeenkomst voor toepassing van het verdrag in principe zal worden beheerst door het recht van het land van de verkoper. 138

Anderzijds is het territoriaal toepassingsgebied van het verdrag beperkt tot de (voornaamste) Europese landen³⁹, en bepaalt artikel 21 van het verdrag dat de toepassing hiervan moet wijken voor andere (bestaande of toekomstige) internationale verdragen waarbij een verdragsluitende staat partij is⁴⁰, en voor de toepassing van bepalingen die voor bijzondere gebieden regels van I.P.R. of een geharmoniseerd nationaal recht bevatten in het kader van de E.U. (art. 20), zodat de expliciete rechts keuze door partijen niettemin aanbeveling verdient.

Een goed geredigeerde arbitrageclausule zal dan ook de volgende elementen bevatten;

- (i) voorwerp van de arbitrage ("geldigheid, interpretatie en uitvoering");
- (ii) samenstelling van het arbitragecollege (in voorkomend geval onder verwijzing een arbitragereglément);
- (iii) rechtskeuze;
- (iv) taal en plaats van de arbitrage;
- (v) in voorkomend geval, uitbreiding t.a.v. een derde-begunstigde; (vi) regeling inzake voorlopige maatregelen.

Iubejhedefjobo5lo5

138 HEYVAERT, A., Belgisch internationaal privaatrecht, een inleiding, Mys & Breesch, 1995, 165.

139 Frankrijk, Verenigd Koninkrijk, Italië, Luxemburg, Nederland, Ierland, Duitsland, Denemarken en Griekenland. Spanje en Portugal zijn tot het verdrag toegetreden bij verdrag van Funchal van 18 mei 1991, dat, voor zover ons bekend, nog niet in werking is getreden; HEYVAERT, H., O.c., 159.

140 HEYVAERT, A., o.c., 161.

Precontractuele aansprakelijkheid

PRECONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

Culpa in contrahendo: een stand van zaken

Henri DERYCKE - Advocaat LoeffClaeys Verbeke

Pieter LALEMAN - Advocaat LoeffClaeys Verbeke

1 Inleiding

1.1 Precontractuele aansprakelijkheid sensu stricto en sensu lato.

Preliminair dient de vraag gesteld te worden of partijen uiteindelijk al dan niet het beoogde contract gesloten hebben

— precontractuele aansprakelijkheid sensu stricto : partijen bereikten geen overeenkomst. In dit geval dient nagegaan te worden of de partijen zich tijdens de onderhandelingen 'te goeder trouw' gedragen hebben, en meer in het bijzonder in welke omstandigheden deze onderhandelingen stopgezet zijn.

— precontractuele aansprakelijkheid sensu lato : partijen bereikten een overeenkomst. Het gaat hier dan om fouten begaan ter gelegenheid van het totstandkomen van overeenkomsten die nadien wegens een wilsgebrek (essentiële dwaling, hoofdbedrog geweld) nietig kunnen worden verklaard. De precontractuele aansprakelijkheid zal hier dan ook meestal de functie vervullen van een bijkomende vordering, nl. indien nietigverklaring van de overeenkomst op zich geen schadeloosstelling inhoudt, of indien men (in geval van een betrekkelijke nietigheid) de overeenkomst wil behouden, doch schadevergoeding vorderen. -

1.2 Grondslag van de precontractuele aansprakelijkheid

Algemeen wordt aangenomen dat het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid zich steunt op artikel 1382 - 1383 B.W. Dit werd bevestigd door het Hof van Cassati&.

Niets belet echter dat onderhandelingspartners de wijze waarop onderhandelingen zullen gevoerd worden vastleggen in een zgn. onderhandelingsprotocol. Het spreekt voor zich dat een inbreuk op dergelijke voorbereidende overeenkomst zich dan in de sfeer van de contractuele aansprakelijkheid en niet de sfeer van de extracontractuele aansprakelijkheid bevindt.

1 Cass., 10 december 1981, *R.W.*, 1981-82, 502

HIG~ HAKEX HAKE2,01Z

1.3 Het totstandkomen van contracten naar Belgisch recht.

A. Aanbod en voorstel tot contractereri

Gelet op bovenstaand onderscheid is het belangrijk te weten wanneer een overeenkomst precies tot stand komt. Juridisch-technisch is dit het ogenblik waarop de wilsuitingen van de partijen elkaar treffen. Voor wat de koop-verkoop (in casu van aandelen) betreft stelt artikel 1583 BW dat er sprake is van een koop van zodra er overeenkomst is tussen partijen omtrent de zaak en prijs, hoewel de zaak nog niet geleverd is en de prijs nog niet betaald. De rechtspraak voegde hier aan toe dat eveneens overeenkomst dient te bestaan omtrent alle elementen die voor partijen essentieel zijn.

Een onderscheid dient gemaakt te worden tussen volgende elementen

<i>BEGRIJ</i>	<i>OMSCHRIJVING</i>	<i>RECHTSGEVOLG</i>
AANBOD	<p>Een precies omschreven voorstel waarin alle elementen voor het sluiten van een overeenkomst zijn, zodoende dat door boutere aanvaarding een overeenkomst tot stand komt; er is geen verdere precisering nodig</p> <p>De aanvaarding kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend gebeuren; zij dient evenwel onvoorwaardelijk te zijn (anders is er een TEGENAANBOD)</p> <p>Naast een materieel element dient ook /</p>	<p>— Aanvaarding heeft tot gevolg dat het beoogde contract gesloten wordt</p> <p>— Verplichting voor de partij die het aanbod doet dit aanbod in stand te houden gedurende de in het aanbod voorziene termijn of minstens</p>

		een moreel element aanwezig te zijn, nl. de animus contrahendae obbigationis	.. een redelijke termijn
	TEGENAAN-BOD	Een partij aanvaardt het aanbod, maar verbindt hier bijkomende voorwaarden aan	— aanvaardt de tegenpartij de bijkomende voorwaarden, dan komt het beoogde contract tot stand
	VOORSTEL TOT CONTRACTEREN	Een uitnodiging om besprekingen te starten over een nog niet duidelijk omschreven voorstel om een contract te sluiten	— reageert de andere partij positief op dit voorstel, dan komt geen contract tot stand

2

In de praktijk is de scheidingslijn tussen een (verbindend) aanbod en een (nietverbindend) voorstel tot contracteren niet altijd even eenvoudig te trekken, en zal de feiten rechter dit soeverein beoordelen.

B. 'Geruisloos contracteren'

Bovendien moet gewezen worden op het fenomeen van het 'geruisloos contracteren': het is mogelijk dat partijen reeds tijdens onderhandelingen tot bepaalde afspraken komen die, zonder dat zij dit bedoelen, toch reeds een contractuele binding hebben.

In dit kader dienen eveneens 'letters of intent' of intentiebrieven, gentlemen agreements en beginselakkoorden gesitueerd te worden.

BEGRIIP	OMSCHRIJVING	RECHTSGEVOLG
LETTER OF INTENT (LOI) /	Een in briefvorm opgesteld geschrift dat ter voorbereiding van een definitieve overeenkomst, het voorlopig resultaat van de onderhandelingen weergeeft in het stadium waarin deze zich op dat ogenblik bevinden	— De juridische draagwijdte van de LOI moet afgeleid worden uit (a) de bedoeling van de partijen, (b) de gebruikte bewoordingen en (c) de concrete omstandigheden. Afhankelijk hiervan varieert de juridische draagwijdte van een vrijblijvende intentieverklaring tot een verbindende overeenkomst
BEGINSEL-AKKOORD ~	Dit is een overeenkomst waarbij de partijen vaststellen over welke elementen wilsovereenstemming bestaat, en waarbij zij zich ertoe verbinden de onderhandelingen voort te zetten over de	— Aangezien het hier over een overeenkomst gaat, is deze bindend voor de partijen die deze overeenkomst aangaan

		modaliteiten die nog moeten uitgewerkt worden.		
	Gentlemen's agreement	Het gaat hier om een afspraak die partijen enkel in eer en geweten bindt, maar waarvan de nakoming niet in rechte kan worden gevorderd, zodoende dat hierop geen rechtsvordering kan worden	— Partijen hebben niet de bedoeling gehad zich juridisch te verbinden, aangezien de animus contrahendae obligationis ontbreekt. Bijgevolg is er	
	3		geen overeenkomst — De rechter dient deze afspraak evenwel te respecteren, zolang deze niet ingaat tegen de openbare orde en de goede zeden.	
		<p>2 De precontractuele aansprakelijkheid : sensu stricto</p> <p>Zoals hierboven uiteengezet viseert de precontractuele aansprakelijkheid sensu stricto deze gevallen waar geen contract tot stand is gekomen. Het gaat hier in hoofdzaak om onderhandelingen die onrechtmatig afgebroken worden. Aangezien nog geen contract tot stand gekomen is, zal een partij die meent hierdoor schade geleden te hebben, bij gebrek aan contract zich enkel kunnen beroepen op extracontractuele aansprakelijkheid (artikelen 1382 en 1383 B.W.), en daartoe fout, schade en causaal verband dienen aan te tonen.</p> <p>Foutbegrip. Wanneer is er nu sprake van een 'fout' tijdens onderhandelingen, en meer in het bijzonder, wanneer worden deze onderhandelingen 'foutief afgebroken. De open normen waarmee in het leerstuk van de extracontractuele aansprakelijkheid wordt gewerkt brengt met zich mee dat hierop geen pasklaar antwoord gegeven kan worden. Ook hier zal men het gedrag van de onderhandelaars dienen te toetsen aan dit van de normaal zorgvuldige onderhandelaar in het handelsverkeer. Wegens de principiële onderzoeks- en beslissingsvrijheid van partijen bestaat de fout niet zozeer in het afbreken van de onderhandelingen zelf, dan wel in de omstandigheden waarin deze onderhandelingen afgebroken werden en het bij de wederpartij gewekte vertrouwen dat op foutieve wijze, opzettelijk of door nalatigheid beschaamd werd.</p> <p>Voor zover het mogelijk is uit de vrij beperkte rechtspraak inzake precontractuele aansprakelijkheid een aantal gemeenschappelijke kenmerken te distilleren, kunnen volgende elementen naar voren geschoven worden : (i) meestal gaat het om relatief langdurige onderhandelingen die reeds in een ver gevorderd stadium verkeerden, (2) door het 'slachtoffer' zijn dikwijls aanzienlijke kosten gedaan, (~) voor het stopzetten kan geen redelijke motivering aangehaald worden.</p>		

Voorbeelden:

- Als foutief werd aangemerkt het stopzetten van onderhandelingen die als uitsluitend doel het ontfustelen van vertrouwelijke gegevens en bedrijfsgeheimen hadden, of onderhandelingen met als enkel doel de wederpartij aanzienlijke kosten te laten maken, haar opzoekingen of werken te laten uitvoeren, terwijl men zich niet ernstig voorneemt met die wederpartij te contracteren of reeds een concurrerend aanbod heeft aanvaard.
- Eeveneens werden als foutief aangemerkt een plotse breuk in ver gevorderde onderhandelingen, zonder dat hiervoor een motief kon aangehaald worden².
- Anderzijds werd het afbreken van onderhandelingen omdat men uiteindelijk opteerde voor samenwerking met een economisch meer efficiënte partner niet als foutief beschouwd~.

Schade & schadeherstel. Welke sanctie kan de rechter uitspreken bij het onrechtmatig afbreken van onderhandelingen ?

Verschillende vormen van schadeloosstelling zijn mogelijk. Herstel in natura - waaraan in beginsel de voorkeur gegeven dient te worden - is weinig waarschijnlijk: de rechter kan immers niet bevelen dat zijn uitspraak als overeenkomst zal gelden, aangezien geen van de onderhandelaars in de precontractuele fase gehouden is tot een verbintenis om te contracteren. Ook het opleggen van de verplichting verder te onderhandelen onder druk van een dwangsom is vrij utopisch. Rest enkel de schadevergoeding bij wijze van equivalent.

De partij die schade geleden heeft bij het afbreken van de onderhandelingen kan aanspraak maken op het *damnum emergens lucrum cessans*.

- Als *damnum emergens* komen de kosten in aanmerking die gedaan zijn in het vooruitzicht van het totstandkomen van de overeenkomst : publiciteitskosten, verbintenissen t.a.v. derden, tijdverlies, verplaatsings- en verblijfskosten, voorafgaande studies
- In principe komt ook de *lucrum cessans* in aanmerking, *i.e.* een vergoeding voor het verlies van winst die de niet tot stand gekomen overeenkomst had kunnen teweeg brengen. Alvorens men *lucrum cessans* kan vorderen, zal men eerst moeten kunnen aantonen dat zonder de fout van de schadeverwekker het contract zeker tot stand gekomen zou

zijn. Dit blijkt in de praktijk een bijna onmogelijke zaak, aangezien de schadeverwekker immers titularis is van de vrijheid om naar eigen goeddunken al dan niet te contracteren.

2 Kh. Brussel, 3 februari 1988, *J.T.*, 1988, 516

Luik, 20 oktober 1989, *T.B.H.*, 1990, 521, noot DIEUX, X.

Gedeelde aansprakelijkheid. In de praktijk zal het afbreken van onderhandelingen niet aan de fout van één enkele partij te wijten zijn, maar heeft de andere onderhandelingspartner eveneens fouten begaan. Onzorgvuldigheid aan weerskanten van de onderhandelingstafel zal dan ook leiden tot gedeelde aansprakelijkheid.

Bijzondere sanctie in geval van misbruik van vertrouwelijke informatie. In het kader van onderhandelingen over aandelentransacties wordt vaak vertrouwelijke informatie meegedeeld. Komt het beoogde contract niet tot stand, dan bestaat het gevaar dat de wederpartij misbruik zal gaan maken van deze vertrouwelijke informatie. In dit geval kan men niet alleen schadevergoeding vorderen op grond van artikel 1382-1382 BW, maar eventueel, voor zover deze gedraging bestempeld kan worden als een daad in strijd met de eerlijke handelspraktijken, een stopzettingvordering instellen bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel op grond van artikel 54 van de Handelspraktijkenwet.

In de praktijk zal men dit praktisch oplossen door een af-onderlijke overeenkomst op te stellen (meestal is dit een clause in een beginselakkoord of Letter of Intent) waarin in volstreekte geheimhouding voorzien wordt, en deze clause te sanctioneren via een boetebeding. In geval men een zgn. 'niet-bindende' letter of intent opstelt doet men er goed aan te preciseren dat deze letter of intent geen bindende bepalingen bevat met uitzondering van de geheimhoudingsclausule⁴.

3 De precontractuele aansprakelijkheid sensu lato

Zoals hierboven uiteengezet worden hier gevallen geïllustreerd waarbij wel een overeenkomst tot stand kwam, maar toch een aantal als foutief aan te merken handelingen plaatsvonden tijdens de onderhandelingsfase. Het gaat hier in hoofdzaak om (i) verkeerde of onvolledige informatie die tijdens de onderhandelingen werd meegedeeld en (ii) deze onderhandelingen geleid hebben tot een vernietigbare overeenkomst, *i.e.* een overeenkomst die hetzij de openbare orde of de goede zeden raakt, hetzij van imperatieve aard is.

Hieronder zullen de verschillende mogelijkheden schematisch behandeld worden

(i) Verkeerde of onvolledige informatie

Tijdens onderhandelingen verstrekken partijen elkaar inlichtingen. Die informatie vormt op haar beurt de basis voor de beslissing al dan niet te contracteren. Indien na het sluiten van de overeenkomst blijkt dat één van de precontractuele inlichtingen foutief of onvolledig was, rijst de vraag naar de mogelijke aansprakelijkheid en sancties.

Hetzelfde geldt voor eventuele exclusiviteitsclauses.

Dit vraagstuk situeert zich aan grens tussen enerzijds artikel 1134, 3~ lid BW (vereiste van goede trouw) en anderzijds de precontractuele aansprakelijkheid. Een vordering op grond van precontractuele aansprakelijkheid (dus artikel 1382 B.W.) lijkt het meest aangewezen, aangezien artikel 1134, 3e lid BW enkel goede trouw vermeldt bij de *uitvoering* van overeenkomsten. Bovendien gaat het bij een gemis

aan voldoende informatie of juiste informatie om een onregelmatigheid die begaan is op het ogenblik dat nog geen juridisch verbindende afspraak is gemaakt of overeenkomst gesloten is. Deze analyse zou beïnvloed kunnen worden indien op dat ogenblik reeds een beginselakkoord gesloten is of een bindende letter of intent gesloten is (die zoals hierboven uiteengezet een overeenkomst is).

Op dit punt is de leer van de culpa in contrahendo hoofdzakelijk ontwikkeld ontwikkeld als aanvulling op de theorie van de wilsgebreken, die hieronder dan ook kort behandeld zullen worden.

Verkeerde informatie

Geeft een onderhandelaar foutieve informatie aan zijn toekomstige medecontractant, dan beschikt het slachtoffer afhankelijk van een aantal feitelijke vaststellingen over één of meer van volgende vorderingen : bedrog, dwaling, incidenteel bedrog en culpa in contrahendo.

Over welke vorderingen het 'slachtoffer' beschikt, is afhankelijk van een dubbele kwalificatievraag:

(a) Was er al dan niet opzet aanwezig in hoofde van de informatieverstrekker?

(b) Bestaat er een causaal verband tussen enerzijds de verkeerde voorstelling van zaken in hoofde van het slachtoffer en

anderzijds de totstandkoming van het contract

Bedrog en incidenteel bedrog. Indien *opzet* aanwezig is in hoofde van de informatieverstrekker, dan beschikt het slachtoffer over een vordering op grond van bedrog. Al naar gelang een causaal verband aanwezig is (*i.e.* zou het 'slachtoffer' gecontracteerd hebben indien hij op de hoogte was van de verkeerde informatie) zal het hier gaan om hoofdbedrog (artikel iii6 B.W.) of om incidenteel bedrog (dat als grondslag artikel 1382 B.W. heeft)

De sanctie voor hoofdbedrog is de nietigheid van de overeenkomst. Stelt de nietigheid het slachtoffer niet volledig schadeloos, dan kan op grond van de culpa

in contrahendo bijkomende schadeloosstelling bekomen worden.

Incidenteel bedrog leidt niet tot nietigheid van de overeenkomst, maar enkel schadevergoeding.

Belangrijk is tenslotte dat het Hof van Cassatie gesteld heeft dat een eventuele nalatigheid of onzorgvuldigheid van de bedrogene niet dient gesanctioneerd te worden⁵.

Dwaling. Indien *geen opzet* aanwezig is in hoofde van de informatieverstrekker, is een vordering op grond van bedrog niet mogelijk, aangezien opzet één van de constitutieve elementen van bedrog is. Is er evenwel een oorzakelijk verband tussen de verkeerde voorstelling van zaken en de totstandkoming van de overeenkomst, dan wordt er gedwaald omtrent de zelfstandigheid van de zaak. Een dwaling omtrent de zelfstandigheid van de zaak geeft aanleiding tot vernietiging van de overeenkomst (artikel iii0 B.W.)

Wordt door de nietigheid de schade niet volledig vergoed, dan kan bijkomende schadevergoeding gevorderd worden, indien deze verkeerde informatie als een fout in de zin van artikel 1382 e.v. wordt aangemerkt, nl. indien een normaal zorgvuldig informatieverstrekker, geplaatst in dezelfde omstandigheden als de concrete schadeverwekker geen verkeerde inlichtingen zou gegeven hebben. In de rechtspraak bestaat evenwel een tendens om te stellen dat het meedelen van verkeerde informatie steeds een fout is, welke ook de concrete omstandigheden zijn : ofwel deelt de goede huisvader correcte informatie mee, ofwel zwijgt hij.

Wat indien er geen oorzakelijk verband is tussen de dwaling en het totstandkoming van het beoogde contract? In dit geval kan de nietigheid van de overeenkomst niet gevorderd worden, aangezien enkel dwaling omtrent de zelfstandigheid van de zaak in aanmerking genomen wordt. Evenwel blijft een vordering op grond van de culpa in contrahendo mogelijk.

Tenslotte stelt zich ook hier de vraag of een fout in hoofde van het 'slachtoffer' in aanmerking genomen dient te worden. In principe zou deze fout dan moeten leiden tot een gedeelde

aansprakelijkheid. In het bijzonder stelt zich de vraag of niet alleen op de informatieverstrekker de plicht rust om juiste informatie te verstrekken, maar eveneens op diegene die de informatie ontvangt de plicht rust de juistheid van deze informatie na te gaan. Een aantal auteurs menen evenwel dat dergelijke verplichting het handelsleven al te zeer zou belemmeren, en bijgevolg elk van de onderhandelingspartners er mag op vertrouwen dat de gegeven inlichtingen correct zijn⁶. Deze stelling heeft eveneens tot gevolg dat de 'verschoonbaarheidsvereiste' in geval van dwaling steeds vervuld zal zijn.

Cass., 27 september 1977, *R.C.J.B.*, 1980,3

⁶ Zie SCHRANS, G., 'De progressieve totstandkoming der contracten', *T.P.R.*, 1984, 11.

Schematisch kunnen de mogelijke vorderingen als volgt worden voorgesteld⁷:

FEITEN	VORDERING	SANCTIE	INVLOED
FOUT			
OPZET+	BEDROG+	SLACHTOFFER	
GEEN INVLOED		NIETIGHEIDOV	
CAUSAAL	CULPA IN C.	SCHADEVERG	
VERBAND	INCIDENTEEL	SCHADEVERG	
OPZET+			
GEEN INVLOED	BEDROG		
GEEN CAUSAAL			
VERBAND	DWALING +	NIETIGHEID	
GEEN OPZET+	CULPA IN C.	SCHADEVERG	
VERSCHOONBARE			
CAUSAAL	CULPA IN C.	SCHADEVERG	
DWALING			
VERBAND			
GEEN OPZET	CULPA IN C.	SCHADEVERG	
VERSCHOONBARE			
GEEN CAUSAAL			
DWALING			
VERBAND			

Onvolledige informatie

Omvang van de informatieverplichting. Naast het gegeven dat onderhandelingspartners elkaar juist moeten informeren, stelt zich de vraag welke de omvang is van deze informatieplicht. Buiten

een aantal bijzondere wettelijke bepalingen (zoals bv. voor gevaarlijke producten) bestaat er immers geen wettelijke verplichting om volledige informatie te verschaffen.

Evenwel sanctioneert de rechtspraak op grond van de culpa in contrahendo bepaalde gevallen waarin onvoldoende informatie verschaft werd. Mutatis mutandis kunnen dezelfde vorderingen dan ook ingesteld worden en zijn dezelfde sancties van toepassing als deze in geval van verkeerde informatie.

Wat is nu de precieze omvang van deze informatieverplichting ? Als algemene regel kan men stellen dat de informatieverplichting zich uitstrekt tot alle bestanddelen van de overeenkomst waarvan de informatieverstrekker wist of behoorde te weten dat ze voor de medecontractant een substantieel karakter hebben. Veel zal hier opnieuw afhangen van de concrete omstandigheden. Bovendien moet men rekening houden met de subjectieve situatie van de onderhandelingspartners : de informatieplicht van een technisch-deskundig onderhandelaar ~iegeconfronteer± ~ordt met een niet-technisch deskundig onderhandelaar is groter dan wanneer

DE BONDT, W., 'Precontractuele aansprakelijkheid', *TBBR*, 1993, p. ~

twee technisch-deskundig onderhandelaars tegenover elkaar staan. Tenslotte moet herhaald worden dat de informatieverplichting bij onderhandelingen niet eenzijdig is : de wederpartij heeft de verplichting om zelf informatie in te winnen, in elk geval over gegevens die bij het brede publiek bekend zijn.

Contractuele vrijstelling voor verkeerde of onvolledige informatie

Principiële geoorloofdheid. Kan een onderhandelingspartner zich in de uiteindelijk gesloten overeenkomst exonereren voor het verschaffen van verkeerde of onvolledige informatie ? Bij gemis aan specifieke wettelijke reglementering moet deze vraag bevestigend beantwoord worden aangezien de artikelen 1382 en 1383 B.W. in België niet van openbare orde zijn, zodat het partijen geoorloofd is hiervan af te wijken. Inzake aandelenoverdrachten vindt men dergelijke clausules vaak indien de overnemer op enigerlei wijze reeds actief was in de vennootschap waarvan hij aandelen overneemt (bv. de partij in kwestie was actief als bestuurder van de vennootschap).

Algemene regels inzake exoneratiebedingen. Evenwel dient men de algemene regels die van toepassing zijn op exoneratiebedingen te respecteren. Zo zijn ongeldig: (a) men zich exonereert voor zijn persoonlijke opzettelijke fout, (b) clausules die iedere zin of betekenis ontnemen aan de aard van het contract dat de partijen beoogden tot stand te brengen en (c) clausules die door bijzondere wets bepalingen verboden zijn.

(ii) De vernietigbare overeenkomst

Een laatste hypothese betreft de zgn. vernietigbare overeenkomst. Het betreft hier het geval waarbij een overeenkomst tot stand gekomen is die vernietigbaar is wegens schending van een bepaling die hetzij de openbare orde of de goede zeden raakt, hetzij van imperatieve aard is.


Fout. Naast nietigheid van de overeenkomst kan een contractspartij op grond van de culpa in contrahendo eveneens schadevergoeding vorderen. Hierbij moet een dubbel onderscheid gemaakt worden.

— Betreft de overtreden wetsbepaling de openbare orde of de goede zeden aan, dan begaat de partij die aan de ~basis ligt van de absolute nietigheid een extracontractuele fout.

— Is de overtreden wetsbepaling van imperatieve aard, dan dringt zich een bijkomend onderscheid op:

- Beschermde de nietigheid het belang van de tegenpartij of een derde, dan is in beginsel de overtreding van de wet een extracontractuele fout
- Beschermde de nietigheid het belang van eiser zelf, dan is de overtreding van de imperatieve wet niet noodzakelijk een fout. Anders beslissen ware een uitholling van de door de wetgever gewenste bescherming. Van geval tot geval zal de rechter hier het al dan niet aanwezig zijn van een extracontractuele fout moeten onderzoeken.

Schade & schadeherstel. Hier geldt mutatis mutandis hetgeen bij de precontractuele fout sensu stricto gesteld is. In elk geval zal schadevergoeding *lucrum cessans* hier volledig uitgesloten zijn, aangezien het slachtoffer indien hij de oorzaak van de nietigheid gekend had niet gecontracteerd zou hebben?



BEKNOPTE BIBLIOGRAFIE

- DE BONDT, W., 'Precontractuele aansprakelijkheid', *TBBR*, 1993, 93.
- CORNELIS, L., 'La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel', *TBBR*, 1990, 6
- SCHRANS, G., 'De progressieve totstandkoming der contracten', *TPR*, 1984, 1
- VAN OEVELEN, A., 'Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten', *DAOR*, 1990, 43

/ube\$hedef/lake5lo6

Creatie en verkoop van
cash- en meerwaardevennootschap
Creatie en verkoop van cash- of
meerwaardevennootschap:

Fiscale opportuniteit en risico's

Pieter LALEMAN - Advocaat LoeffClaeys Verbeke
Henri DERYCKE - Advocaat LoeffClaeys Verbeke

i. Begrip en opportuniteiten

De creatie van een cash- en/of meerwaardevennootschap bestaat in essentie uit de tegeldemaking van alle activa van de vennootschap waarna alle schulden van de vennootschap worden betaald, zodat in de vennootschap alleen liquide middelen overblijven die geheel of gedeeltelijk voortkomen uit meerwaarden op actiefbestanddelen.

De verkoop van de vennootschap gebeurt dan meestal aan een derde partij die binnen hetzelfde boekjaar middels aanvangsverliezen op nieuwe investeringen of middels andere kosten binnen hetzelfde boekjaar deze fiscale winsten kan wegwerken, of die middels herbelegging van de fiscale

meerwaarden in onroerend goed deze belasting kan spreiden over de afschrijvingsduur van het onroerend goed waarin werd wederbelegd. Dergelijke werkwijze heeft tot gevolg dat door een derde partij in de praktijk tot 8~ % van in de vennootschap aanwezige liquiditeiten wordt betaald als prijs voor de aandelen van de vennootschap, daar waar de intrinsieke waarde van deze liquiditeiten voor de aandeelhouder lager is, gezien de belastingvoet die erop moet worden toegepast.

2. Risico's

Bij dergelijke vorm van verkoop kunnen een aantal niet onbelangrijke risico's worden onderscheiden:

2.1. Mogelijke toepassing van art. 52ter Venn. W.

In de praktijk wordt vaak vastgesteld dat de koper van dergelijke kasgeld- of meerwaardevennootschappen het geld voor de aankoop van de aandelen via een R/C-verhouding uit de vennootschap zelf haalt. Op die wijze wordt vaak, zonder dat noodzakelijk het besef daartoe bij de koper of verkoper aanwezig is, het art. 52ter Venn. W. (of het analoge artikel 107 of 108ter wanneer het gaat om een CVA of BVBA) flagrant overtreden.

Art. 52ter Venn. W. verbiedt dat een naamloze vennootschap middelen voorschiet, leningen toestaat of zekerheden stelt met het oog op de verkrijging van haar aandelen of van haar winstbewijzen door derden.

Een overtreding van dit verbod kan de nietigverklaring van de rechtshandeling (in dit geval de verkoop) tot gevolg hebben, en kan daarenboven strafrechtelijk gesanctioneerd worden met een geldboete van 50 BEF tot 10.000 BEF en met gevangenisstraf van een maand tot een jaar. Deze strafrechtelijke aansprakelijkheid viseert alle personen die als bestuurder, commissaris, zaakvoerder of lid van een comité van toezicht dit verbod van art. 52ter overtreden.

Dit risico van een overtreding van art. 52ter Venn. W. (of een analoge artikel) door de koper, en de eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid die daarmee zou gepaard gaan voor de verkoper, kan ingedekt worden. Zo kan mogelijkerwijze in de overname-overeenkomst uitdrukkelijk verwezen worden naar het verbod van art. 52ter of analoge bepalingen, en kan de koper er zich toe verbinden deze bepalingen na te leven en zich sterk maken dat geen enkele aansprakelijkheid in die zin zou kunnen worden toegerekend aan de verkoper.

Ten overvloede kan nog worden verwezen naar gezaghebbende rechtsleer terzake die stelt dat de verbodsbepaling niet van toepassing is op uitkering van dividenden, op een kapitaalvermindering, de inkoop van eigen aandelen, de uitkering van reserves, of om het even welke rechtshandeling waarbij sommen niet worden geleend of voorgesloten door de vennootschap maar in eigendom worden overgedragen op een rechtmatige en verantwoordbare wijze.

2.2. Fiscale analyse in het licht van simulatie

Een eerste mogelijkheid op grond waarvan de fiscale administratie de fiscale gevolgen van dergelijke verkoop zou kunnen weigeren, is deze van de simulatie.

De theorie van de simulatie of veinzing veronderstelt dat partijen veinzen een bepaalde juridische handeling te hebben gesteld, juridische handeling die echter wordt gewijzigd of teniet gedaan door een andere, verborgen gehouden handeling. In die zin veronderstelt de simulatie twee overeenkomsten die gelijktijdig zijn gesloten, maar waarvan één van de overeenkomsten tot doel heeft de andere te wijzigen of daartoe een tegenbrief te vormen (cfr. DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, nr. 618).

Deze simulatietheorie werd in een recent verleden in gelijkaardige gevallen reeds door de Bijzondere Belastinginspectie (onder meer te Gent) ingeroepen. Daarbij werd gesteld dat de verkoop van activa en passiva aan een door dezelfde aandeelhouder opgerichte vennootschap, gevolgd door een verkoop van de ontstane kasgeldvennootschap, eigenlijk een liquidatie verborg van de oorspronkelijke vennootschap, gevolgd door een oprichting van de nieuwe vennootschap. De bestuurder of zaakvoerder van de verkochte vennootschap wordt dan beschouwd als de facto vereffenaar die vervolgens door de BBI

aansprakelijk werd gesteld voor de door de vennootschap verschuldigde vennootschapsbelasting.

Het baseren van een "*verdoken liquidatie*" op de klassieke leer van de simulatie is in dergelijke constructies naar ons oordeel onterecht voor zover alle juridische gevolgen van de transacties zijn nageleefd.

Het Hof van Cassatie bevestigde reeds verschillende keren dat er in het fiscaal recht geen algemeen rechtsprincipe bestaat waarbij rekening zou moeten worden gehouden met een economische realiteit die afwijkt van de juridische realiteit zoals zij begrepen wordt in het Wetboek Inkomstenbelastingen, en dat het overigens de belastingplichtige vrijstaat rechtshandelingen te verrichten louter omwille van fiscale motieven, voor zover de belastingplichtige alle rechtsgevolgen en praktische gevolgen van zijn handelingen naleeft (zie onder meer Cass., 22 maart 1990, *F.J.F.*, nr. 90/95).

Het is ook in deze zin dat de mogelijke overtreding van art. 52ter Venn. W. (cfr. supra), ook al gebeurt ze in hoofde van de koper, een mogelijk gevaar zou kunnen betekenen, omdat dit kan leiden tot de nietigverklaring van de verkoop van de vennootschap en een mogelijk aanknopingspunt voor de fiscale administratie dat niet alle juridische gevolgen van de rechtshandelingen (met name het verbod van art. 5zter) werden nageleefd.

Voor zover echter alle juridische gevolgen van de rechtshandelingen strikt zouden worden nageleefd, lijkt ons de simulatie als basis voor een fiscale aanvechting van de door de agenten voorgestelde structuur, niet een fiscaal risico op te leveren dat van die aard is om dergelijke structuur op zich op fiscaal vlak af te raden.

Deze analyse neemt niet weg dat in de praktijk moet worden vastgesteld dat verschillende diensten van de fiscale administratie deze theorie hebben aangegrepen om dergelijke constructies aan te vechten. Een langdurige betwisting met de fiscus die uiteindelijk voor het Hof van Beroep moet worden aangevochten, kan dan ook geenszins worden uitgesloten.

Het feit dat een de (kasgeld)vennootschap verkocht zou worden in het kader van een vooraf opgezet en afgesproken schema, leidt overigens, naar wij in de praktijk reeds hebben kunnen vaststellen, tot een verhoogde sensitiviteit bij de belastingadministratie en een rechterlijke beoordeling die meer op een algemeen fiscaal aanvoelen dan op een juridisch-technisch doorgedreven analyse berust. Uitgaande van de overweging dat het past dat tegen dergelijke doorgedreven fiscaal geïnspireerde technieken wordt opgetreden, leiden dergelijke opgezette schema's, die duidelijk niet langer beantwoorden aan de fiscale zeden van vandaag (zoals deze door de overheid worden vooropgesteld), in een aantal gevallen tot zeer bijzondere rechterlijke uitspraken (of minstens, lange procedures).

2.3. Aanvechting van de structuur op grond van art. 344, ~ 1 WIB92

Art. 34k, ~1 WIB92 stelt dat *"aan de administratie der directe belastingen niet kan worden tegengeworpen, de Juridische kwalificatie door de partijen gegeven aan een akte alsook aan afzonderlijke akten die eenzelfde verrichting tot stand brengen, wanneer de administratie door vermoedens of door andere bewijsmiddelen [...] vaststelt dat die kwalificatie tot doel heeft de belasting te ontwijken, tenzij de belastingplichtige bewijst dat die kwalificatie aan rechtmatige financiële of economische behoeften beantwoordt"*~

In het kort komt deze bepaling erop neer dat de administratie, wanneer zij vaststelt dat bepaalde rechtshandelingen met fiscale doeleinden werden gesteld, ook al werden alle juridische gevolgen van deze rechtshandelingen nageleefd, de juridische kwalificatie van deze rechtshandelingen toch kan wijzigen, tenzij de belastingplichtige bewijst dat zij die bepaalde juridische kwalificatie gebruikte omwille van rechtmatige financiële of economische behoeften. De fiscale optimalisatie zelf kan daarbij geen dergelijke rechtmatige behoefte zijn.

De analyse ligt hier dan ook anders dan in het geval van een

beroep op de leer van de simulatie.

Zoals immers het geval is bij een ontbinding en vereffening, heeft de oorspronkelijke vennootschap in de voorgestelde structuur al haar activa en passiva gerealiseerd, en beschikken de aandeelhouders op het einde van de verrichting over liquiditeiten.

Daarenboven zal het bijzonder moeilijk tot vrijwel onmogelijk zijn om de eenheid van opzet te ontkennen tussen enerzijds de verkoop van de activa en passiva, en anderzijds de verkoop van de aandelen aan een derde partij.

Indien daarenboven de fiscale administratie zou vaststellen dat de verkochte vennootschap reeds na korte tijd zelf werd ontbonden of vereffend (wat in de praktijk in sommige structuren wel geschiedt), kan zij daaruit afleiden dat de eindsituatie van de ganse complexe reeks van handelingen dezelfde is als bij een eenvoudige liquidatie, namelijk het verdwijnen van de vennootschap waarbij de waarde van de vennootschap in geld ter beschikking is van de vroegere aandeelhouder.

Concreet zou dit betekenen dat op grond van art. 344, ~i WIB~ de verkoop van actief en passief door de vennootschap, en de daaropvolgende verkoop van de aandelen van de vennootschap aan een derde, zou kunnen worden geherkwalificeerd in een liquidatie.

In geval de vennootschap die de activa aankoopt reeds een eigen bestaan en activiteit heeft opgebouwd, kan een economische rechtvaardiging mogelijks gevonden worden in de synergie die van beide vennootschappen. kan uitgaan.

Wel is het te voorzien dat de fiscale Administratie, bij de confrontatie met dergelijk argument, de verrichting zal pogen te herkwalificeren als een fusieoperatie gevolgd door een dividenduitkering, waarbij de dividenduitkering desgevallend gefinancierd wordt op het niveau van de vennootschap.

Zoals ook de administratieve circulaire inzake artikel ~ ~i WIB stelt, kan de administratie slechts tot een herkwalificatie overgaan indien de nieuwe kwalificatie die zij in de plaats stelt toelaat alle werkelijke eindgevolgen van de verrichtingen, zoals deze zich in de praktijk voordoen, te verklaren. De fiscus moet met andere woorden de reële eindsituatie als een gegeven aanvaarden en moet deze met haar nieuwe kwalificatie ten volle kunnen verklaren.

Wordt de verkochte vennootschap enige tijd na de verrichting ontbonden, dan lijkt een herkwalificatie in een dadelijke liquidatie (mogelijks gevolgd door een verkoop) mogelijk.

Blijft de verkochte vennootschap bestaan, dan lijkt dergelijke herkwalificatie delikater. Nu de omzetting van vennootschappen krachtens art. 165 Venn .W. de rechtspersoonlijkheid onveranderd laat voortbestaan, blijft nog steeds het voortbestaan van de

vennootschap waarvan de fiscale administratie de ontbinding en vereffening claimt, de voornaamste struikelblok voor de toepassing van art. 344, ~i W1B92. Wel werd in het verleden reeds geargumenteed dat de wijziging van een belangrijk aantal essentiële elementen van een vennootschap (rechtsvorm, aandeelhoudersschap, zetel, bestuur, naam...), voor fiscale doeleinden de facto leidt tot een nieuwe vennootschap die niet de voortzetting van de vorige vennootschap is (zie o.a. Antwerpen, 18 december 1995).

Hoewel vanuit strikt fiscaal juridisch standpunt argumenten voorhanden zijn om weerwerk te bieden aan een mogelijke toepassing van art. 344, ~i WIB92, kan nochtans, onder meer omwille van het gebrek aan rechterlijke uitspraken omtrent dit artikel (dat pas sinds maart 1993 bestaat), geen zekerheid worden gegeven omtrent de niet-toepasbaarheid van deze herkwalificatiemogelijkheid voor de fiscale administratie.

Wel is in de voorbereidende parlementaire werkzaamheden uitdrukkelijk bevestigd dat de toepassing van art. 344, ~i, zelfs indien er volgens de fiscus een flagrant misbruik is van de juridische vormgeving, geen fiscale fraude veronderstelt. Dat betekent dat de bijzondere aanslagtermijn van vijf jaar wegens fiscale fraude alsook de belastingverhogingen van 50 % en meer in principe niet van toepassing kunnen zijn.

2.4. Speculatieve meerwaarden - art. 90, 10 WIB92

Het meest concrete risico bij de door de agenten voorgestelde structuur ligt waarschijnlijk in art. 90, 10 W1B92. Dat artikel bestempelt als diverse inkomsten, belastbaar tegen een tarief van 33 % (verhoogd met crisisbelasting en aanvullende gemeentebelasting),

“de winst ofbaten, hoe ook genaamd, die zelfs occasioneel oftoevall, ~r, buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheki, voortkomen uit enige prestatie, verrichting of speculatie of uit de diensten bewezen aan derden, daaronder niet begrepen normale verrichtingen van beheer van een privé-vermogen [J’.

Op dit ogenblik worden in de fiscale praktijk gevallen gesignaleerd van fiscale controleurs die bepaalde constructies, waarbij op één of andere manier gebruik wordt gemaakt van de verkoop van aandelen door natuurlijke personen teneinde een belastingvrije meerwaarde te kunnen realiseren, als *“speculatieP~* omschrijven. Deze redenering gaat ervan uit dat bijvoorbeeld de verkoop van aandelen van een werkvennootschap aan een door de verkoper opgerichte holdingvennootschap niet tot het normaal beheer van

een privé-vermogen behoort, wanneer uit het opzet van de constructie kan worden afgeleid dat het van meet af aan de bedoeling was om de financiering van de aankoopprijs van de aandelen door de holding te laten gebeuren via uitkering van reserves van de werkvennootschap aan de holding om op die wijze de reserves zonder additionele belastingheffing in het vermogen van de natuurlijke persoon-aandeelhouder te doen belanden.

Een gelijkaardige redenering wordt dan gevolgd bij de verkoop van kasgeld- of meerwaardevennootschappen. De verkoop van de activa en de aanzuivering van de passiva, gevolgd door de verkoop van de aandelen aan een derde, zal geen verrichting zijn die kadert in het normale beheer van een privé-vermogen, nu een ganse constructie wordt opgezet met de loutere bedoeling om gelden op een fiscaal zo voordelig mogelijke manier aan de vennootschap te onttrekken.

Hoewel zou kunnen worden verdedigd dat het normale beheer van een privé-vermogen niet uitsluit dat de fiscaal meest gunstige weg wordt bewandeld, lijkt de bijzondere zwakheid van zo'n argumentatie in casu vooral te liggen in het bijzonder georganiseerd karakter aan de verrichting waarbij enig speculatief inzicht inderdaad eerder voor de hand ligt.

Vertrekkend van omschrijvingen die de Commissie van Financiën van de Senaat in 1972 gaf ter gelegenheid van de bespreking van het toenmalig artikel 67, 1° WIB64, stelt Sablon dat het normaal beheer van een privaat vermogen kan omschreven worden als *"het beleid dat een doorsneeburger voert m.b.t. zijn privé-goederen"* (SABLON, S., "het normaal beheer van privaat vermogen", actuele problemen van fiscaal recht, *15de postuniversitaire lessencyclus Wily L'elvoye*, 1988-1989, p. 105).

Indien bepaalde handelingen een interne verbondenheid kenden of een eenheid van opzet gericht op het behalen van een winst en wanneer deze opeenvolgende handelingen een zekere complexiteit met zich brengen en een bijzondere deskundigheid vereisen, kan ons inziens een speculatief inzicht weerhouden worden. De massale opzet van deze transactie en het feit dat aanvankelijk een loutere ontbinding en vereffening voorzien was, kunnen daarbij als verzwarende elementen worden aangevoerd.

Indien speculatief inzicht door de administratie kan worden aangetoond, zal een belasting worden geheven van 33 % (verhoogd met additionele crisisbelasting en aanvullende gemeentebelasting) op het verschil tussen het werkelijk gestort kapitaal en de verkoopprijs van de vennootschap. Dit zal tot gevolg hebben dat de netto-opbrengst voor de aandeelhouders van de te verkopen meerwaardevennootschap in de meeste gevallen wellicht kleiner zal zijn dan in het geval van de loutere ontbinding en vereffening.

3 Besluit

De omvorming van vennootschappen tot kasgeld- of meerwaarde-

vennootschappen met de bedoeling via de verkoop van de aandelen van deze vennootschappen belastingvrije privé-meerwaarden te creëren, werd aanvankelijk enkel door de fiscale administratie aangevochten op grond van de simulatietheorie. De door het Hof van Cassatie verschillende malen bevestigde Brepolsleer (ook wel de leer van de *“keuze van de minst belaste weg”* genoemd), zorgde ons inziens voor een redelijk tegengewicht tegen deze bezwaren voor zover tenminste alle juridische gevolgen van de uitgevoerde rechtshandelingen strikt werden nageleefd.

Sinds enkele jaren echter beschikt de administratie over de mogelijkheid om juridische akten te herkwalificeren, ongeacht het feit of de juridische gevolgen van de akten in de praktijk werden nageleefd. Ook deze herkwalificatiemogelijkheid van art. 344, ~i WIB~~ houdt een aantal moeilijkheden in voor de fiscale administratie, waarvan de draagwijdte echter bij gebrek aan rechtspraak daarover bijzonder moeilijk kan worden ingeschat. Derhalve is het risico op dergelijke herkwalificatie zelf moeilijk in te schatten en a priori niet uit te sluiten.

Sinds enkele maanden kan worden vastgesteld dat de fiscale administratie een fiscaal-financieel wellicht minder lonende, maar op juridisch vlak veel gemakkelijker aan te tonen pisten bewandelt om tot belastingheffing over te gaan, nl. deze van de beweerde speculatieve meerwaarde bij de verkoop van de aandelen.

Uitgaande van voorgaande overwegingen lijkt de kans dat de administratie met succes de creatie en erop volgende verkoop van een cash- en/of meerwaardevennootschap als belastbaar bestempelt, vrij reëel. Erg waarschijnlijk is het dat dergelijke verrichtingen minstens tot een lange fiscale procedureslag zullen leiden.

Daarbij past de algemene vaststelling dat dergelijke constructies en schema's een mate van fiscale planning en "assertiviteit" impliceren, die op dit ogenblik steeds minder als aanvaardbaar wordt beschouwd.

Pieter LALEMAN
Henri DERYCKE

Advocaten LoeffClaeys Verbeke
oktober 1998

Iubehedelpila5loS

Verkoop van aandelen aan de eigen holding
Verkoop van aandelen aan de eigen holding
1 Fiscale analyse van de transactie

A. *Inleiding*

De voorliggende structuur beoogt de creatie van belastingvrije meerwaarden op aandelen in hoofde van de natuurlijk persoon-aandeelhouder, door de overdracht van zijn aandelen in de werkvennootschap aan een (nieuw opgerichte) holdingvennootschap. Dergelijke structuur kent vele varianten, bvb. de verkoop gevolgd door de uitkering van een zgn. superdividend ter financiering van de overdracht, al dan niet gepaard gaande met externe financiering aangegaan door de holding. De implicaties van deze varianten zullen worden toegelicht waar relevant.

Onderhavige analyse beoogt dan ook een inschatting van het fiscaal risico dat door deze persoon gelopen wordt n.a.v. dergelijke vervreemding van zijn (controle-) participatie. Meer specifiek wordt hierbij nagegaan onder welke omstandigheden het fiscaal risico van belastbaarheid van een gedeelte van de meerwaarden als verdoken dividenduitkering aanwezig is, dan wel of de herkwalficatie op grond van art. 344, §1 WIB een reëel risico vormt. Tenslotte wordt bondig ingegaan op de recent opnieuw in de belangstelling gekomen mogelijkheid tot belasting als speculatieve meerwaarde.

B. *Fiscale doelstellingen en gevolgen -*

(i) In hoofde van de overdrager - natuurlijk persoon

De meerwaarden gerealiseerd n.a.v. de overdracht van aandelen, aangehouden in een vennootschap door een natuurlijk persoon die handelt buiten het kader van zijn beroepswerkzaamheid', zijn in beginsel vrijgesteld van belasting op grond van art. 90, 10 WIB.

Van dit algemeen principe van belastingvrij stelling wordt slechts afgeweken in bijzondere gevallen. Hierop wordt verder ingegaan onder punt IV.3.3.3 C.

Volledigheidshalve, kan in dit verband worden vermeld dat de overdracht van een controleparticipatie aan een Belgische vennootschap niet onderworpen is aan meerwaardebelasting op een zog. aanmerkelijk belang in de zin van art. 90, 90 WIB, tenzij de aandelen in de periode van 12 maanden volgend op deze overdracht alsnog aan een niet-inwoner in de zin van art. 227, 20 of 30 WIB zouden worden

In het andere geval zijn deze uiteraard belastbaar op grond van art. 24, 30 WIB.

overgedragen². De overdracht aan de holding dient dan ook gepaard te gaan met een vrijwaring door deze laatste, mocht de natuurlijke persoon-overdrager de controle over deze laatste verliezen deze periode van 12 maanden volgend op de overdracht.

Eventuele latere dividenduitkeringen door de holding aan de overdrager natuurlijke persoon zullen in principe onderworpen zijn aan de bevrijdende roerende voorheffing.

(ii) In hoofde van de overnemende holding

Het boekhoudrecht verplicht de verkrijger tot waardering van de aandelen tegen aanschaffingswaarde³. Vanuit fiscaal oogpunt wordt de overprijs aangemerkt als investering⁴ hetgeen een verplichte activering van de overprijs⁵ op financiële vaste activa of geldbeleggingen impliceert, terwijl eventuele minderwaarden in beginsel niet fiscaal aftrekbaar zijn⁷.

Latere winstuitkeringen door de werkvennootschap aan de holding, zijn in beginsel aftrekbaar ten belope van maximaal 95% van het ontvangen bruto-dividend, op voorwaarde dat haar participatie ten minste 5% van het kapitaal van de betrokken vennootschap of een minimale aanschaffingswaarde van 50 miljoen vertegenwoordigen⁸. Van de resterende 5% belastinggrondslag (resultierend in een maximale belastingdruk van 2,0085%), kunnen de lasten die hiermee verband houden in mindering worden gebracht. Ongeacht bovenstaande minimumparticipatie-voorwaarde, worden gerealiseerde meerwaarden op aandelen, waarvan de inkomsten in aanmerking komen voor de DBI-aftrek, vrijgesteld op grond van art. 192 WIB.

2 Zie art. 94 WIB.
Artt. 20 en 21 K.B. 8 oktober 1976.
Art. 25,4° WIB.

En waarvan de onmiddellijke tenlastenering in het verleden overigens herhaaldelijk werd aanvaard : Brussel, 29 oktober 1962, J. Prat. Dr. Fisc., 1962, 374; Brussel, 4 februari 1974, J. Prat. Dr. Fisc., 1974, 60; zie tevens Advies C.B.N., nr. 126/2, *Bull. C.B.N.*, september 1989, nr. 24.

6 KIRCKPATRICK, J., noot onder Cass. 24 november 1978, *J.D.F.*, 1981, 87; MALHERBE, J.

en P., "Examen de jurisprudence (1974-198 1). Droit fiscal des sociétés", *R.P.S.*, 1983, 119; VAN CROMBRUGGE, S., *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 399.

Art. 198, al.I, 70 WIB.

Artt. 202, §2 , 204 en 205, § 2 WIB.

Vooralsnog ter discussie is de vraag hoe de techniek van de DBI-aftrek doorkruist wordt door de ontvangst van een superdividend door de holdingvennootschap, ter financiering van de verwerving. De C.B.N. heeft zich immers uitgesproken voor een rechtstreekse aanrekening op de aanschafwaarde van het gedeelte van de ontvangen uitkering die meer bedraagt dan de winst per aandeel sinds de datum van verwerving daarvan⁹. Indien zulke balansbalansaanrekening immuun is voor toepassing van de artt. 198, 7° en 25, 40 WIB, leidt dit, in tegenstelling tot wat het geval is onder het DBI-regime, tot een integrale vrijstelling van een deel van dit superdividend.

Het belang van de interestafirekbaarheidsbeperking naar mate van de genoten DBI-aftrek, vervat in art. 198, 10° WTB¹⁰, voor de besproken structuur is eerder marginaal, aangezien de bepaling niet van toepassing op dividenden afkomstig van aandelen in verbonden vennootschappen, aandelen in vennootschappen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat (zelfs al hebben deze aandelen de aard van geldbeleggingen) of op andere aandelen die onder de financiële vaste activa zijn opgenomen¹¹. Anderzijds dient te worden opgemerkt dat de combinatie van interest- en DBI-aftrek in een zuivere holding, bij gebrek aan belastbare basis, veelal niet zal leiden tot een optimale aanwending van deze fiscale aftrekmogelijkheden.

Tenslotte kan worden opgemerkt dat de holdingvennootschap in principe niet zal genieten van het verlaagd tarief in de vennootschapsbelasting¹².

TO Advies C.B.N., nr. 15 1/2, *Bull. C.B.N.*, nr. 34.
Gedr. St. Kamer, 1995-96, nr. 208/8, 7 en 20.

Deze begrippen dienen te worden geïnterpreteerd in de zin van de boekhoudwetgeving; bijlage bij het KB van 8 oktober 1976, Hoofdstuk III, Deel 1, IV, A., B. en C.

Alleen in het jaar van de verwerving van de aandelen door de holding, zou de toepassing van deze bepaling een probleem kunnen opleveren. Een strikte lezing van de wet leidt er immers toe dat, in geval van overdracht van de aandelen, toepassing van de 081- en interestaifrek in éénzelfde boekjaar, de interestaftrek mogelijks kan worden geweigerd, ook al gebeurt de (weder)overdracht van de participatie slechts in een volgend tijdperk.

12 Zie art. 215 WIB.

(iii) In hoofde van de werkmaatschappij

Indien de overname wordt gefinancierd door de uitkering van een zog. superdividend (belaste reserves) door de werkmaatschappij, dient in voorkomend geval rekening te worden gehouden met de bepalingen van art. 215, al. 3, 3^o WIB dat het voordeel van het verlaagd tarief in de vennootschapsbelasting uitsluit in geval van winstuitkeringen die 13% van volstort kapitaal overschrijden. Het standpunt van de administratie als zouden alle uitgekeerde winsten (met inbegrip van reeds belaste reserves) van het boekjaar voor de bepaling van deze grens in aanmerking moeten worden genomen, werd echter verworpen door het Hof van Beroep te Antwerpen op grond van het feit dat dergelijke reserves geen deel uitmaken van de fiscale winst van het boekjaar, en a fortiori niet van de (fiscaal-technisch) uitgekeerde winst³.

Verder voorziet art. 106, § 6 KB WIB⁴ in de vrijstelling van roerende voorheffing t.a.v. dividenduitkeringen aan de holdingvennootschap indien de participatie uit hoofde waarvan de dividenden verschuldigd zijn, 25% van het kapitaal van de uitkerende vennootschap vertegenwoordigt en gedurende een periode van één jaar wordt (of zal worden) aangehouden.

II Fiscale implicaties, aandachtspunten en aanvalslijnen

A. *Verdoken dividenduitkering*

De vervreemding van een deelneming die de effectieve controle van een vennootschap verzekert, kan luidens de bestaande rechtspraak terzake in bepaalde omstandigheden een verrichting uitmaken die wordt geherkwalificeerd als een verkoop van de deelneming voor een geringere prijs vergezeld van een uitkering van zogenaamde verkapte of verdoken dividenden.

In de schaarse concrete gevallen waarin besloten werd tot de

aanwezigheid van een dergelijke verkapte dividenduitkering wordt steeds de combinatie aangetroffen van de betaling door de koper van een meerprijs voor de aandelen en van bijzondere feitelijke omstandigheden die de aanleiding vormden voor de herkwalificatie van deze overprijs tot een dividend.

Antwerpen, 2 maart 1993, nr. 93/162.

K.B. van 27 augustus 1993, en gewijzigd bij K.B. van 6 juli 1997 (in uitvoering van het

Denkavit-arrest, *EH.J*, 17 oktober 1996).

(i) De overprijs

De term overprijs wordt in de bestaande rechtspraak aangewend om twee onderscheiden economische gegevens aan te duiden.

In de eerste plaats wordt als meerprijs of als overprijs betiteld het gedeelte van de betaalde koopprijs dat de werkelijke (markt-)waarde van de overgenomen aandelen overschrijdt. In deze omstandigheden wordt de meerprijs meestal verantwoord door de bijzondere waarde die de verworven participatie voor de koper vertegenwoordigt op grond van omstandigheden eigen aan deze koper. Aldus zijn in de rechtspraak voorbeelden bekend van een overprijs die betaald werd wegens de synergieën die na de overname tussen de overnemer en de overgenomen vennootschap mogelijk werden, of bv. wegens het bijzondere voordeel door de overnemer gerealiseerd door doordat hij dankzij de overname een concurrent uitschakelt. Met betrekking tot dergelijke overprijs stelt zich veelal de fiscale vraag naar de aftrekbbaarheid van het betaalde excedent door de overnemende vennootschap.

Vervolgens en belangrijker wordt door de notie overprijs vaak het verschil aangeduid tussen de waarde van de materiële activa en de specifieke immateriële activa van een vennootschap en de door de overnemer betaalde koopprijs. Meer specifiek wordt het gedeelte van de koopprijs geïndiceerd dat zijn oorzaak vindt in de aanwezigheid binnen de (gedeeltelijk) verkochte vennootschap van immateriële activa die veelal als goodwill worden bestempeld.

Uit een analyse van de rechtspraak, de rechtsleer en de administratieve commentaar blijkt dat de verkrijging van een koopprijs voor aandelen die hoger ligt dan de intrinsieke waarde niet leidt tot de gehele of gedeeltelijke belastbaarheid van de meerwaarde in hoofde van de vervreemder. Bij de overname van een vennootschap die gekenmerkt wordt door de aanwezigheid van substantiële immateriële activa, worden deze elementen

noodzakelijkerwijze weerspiegeld in de verkoopprijs. De realistische benadering van een marktprijs voor de vennootschap die hieruit volgt doet in principe geen afbreuk aan de belastingvrijstelling van de privé-meerwaarde gerealiseerd door de aandeelhouder⁵.

15 Zie in dit verband : Antwerpen, 22 april 1980, *A.F.T.*, 1980, 117; Antwerpen, 30 januari

1979, *A.F.T.* 1980, 229; COUGNON, J. "De fiscale behandeling van verwervingen met overprijs", *Apr.*, 1980, 223; *Com.I.B.*, nr. 98/20.01.

(ii) Verkapte dividenden

In de rechtspraak zijn ons een drietal gevallen bekend waarin geoordeeld werd dat een afwijking van de hierboven vermelde principes gerechtvaardigd was. Het betreft het befaamde arrest "S.A. Laiterie de la Wiltz"⁶, en verder twee arresten van het Hof van Beroep te Gent, inzake de N.V. Chicorée F.C. Jacobs⁷ en inzake de S.A. Moulins de Wetteren⁸. De laatste zaak betrof echter een geval van pure simulatie en kan in het kader van deze analyse dan ook worden verwaarloosd.

In de eerste twee vermelde uitspraken werd geoordeeld dat een gedeelte van de koopprijs in wezen een verkapte dividenduitkering aan de vervreemdende aandeelhouders uitmaakte. Deze uitspraken worden echter essentieel gedetermineerd door de bijzondere feitenpatronen die eraan ten grondslag liggen. In beide gevallen kon inderdaad worden geoordeeld dat naast de verwerving van de eigenlijke aandelen, ook een gedeelte van de goodwill en immateriële activa werden overgedragen.

In het befaamde "Laiterie de la Wiltz-arrest" werd de bewuste melkronde immers niet langer door de vervreemdende vennootschap uitgbaat, maar door de overnemer via een verhuur van het materieel. Het Hof van Beroep te Luik stelde dan ook dat, aangezien duidelijk bleek dat de omvorming van een vennootschap, de uit die omvorming ontstane kapitaalverhoging van de vennootschap, de cessie door de aandeelhouders van hun effecten en de andere getroffen overeenkomsten geen ander doel hadden dan, onder het mom van een verhoging van de prijs van de overgedragen effecten, de verdeling mogelijk te maken van de cessieopbrengst van de onstoffelijke bestanddelen van de vennootschap, het verschil tussen de verkoopprijs van bovengenoemde effecten en de waarde van het maatschappelijke vermogen dient te worden beschouwd als een verborgen en aan de aandeelhouders toegekend dividend⁹. Een analoge situatie deed zich voor inzake N.V. Chicorée Jacobs.

In elk van de gevallen was het de overnemende vennootschap die de facto de activiteit van de overgenomen vennootschap waaraan de goodwill initieel verbonden was, reduceerde en zelf de activiteit

overnam en verderzette. Binnen dergelijke omstandigheden die leiden tot de overdracht van immateriële activa van de overgenomen vennootschap, werd geoordeeld dat deze immateriële

TOLuik, 5 juni 1970, *Bull. Bel.*, 1971, nr. 488, 1557.

17Gent, 26 juli 1962, *Bull. Bel.*, 1963, nr. 396, 911.

18 Cass. 26 april 1966, *Rec. Gén.*, 1963, 21031, 191; Gent, 11 december 1962, *Rec. Gén.*, nr.

21031, 187.

Luik, 5 juni 1970, *l.c.*, 1557.

bestanddelen op een bepaald ogenblik de vennootschap verlaten. Aangezien het de overdragende aandeelhouders zijn die de vergoeding voor deze immateriële activa ontvangen, dringt de conclusie zich op dat de constructie leidt tot de toekenning van een verkapt dividend aan de overdragers.

Op grond van deze overwegingen blijkt bij gevolg duidelijk dat de arresten die besloten tot de aanwezigheid van een verkapt dividend in gevallen waarin een meerprijs wordt betaald, geen algemeen principe vestigden doch bepaald en beperkt worden door hun specifieke feitenconstellatie²⁰.

Ook de administratie erkent expliciet de bovenstaande redenering. Inderdaad stelt zij in de administratieve commentaar dat de hierboven vermelde bijzondere rechtspraak haar toepassing vindt "in de gevallen waar uit de clausules zelf van de eventueel tussen partij en bedongen overeenkomst en/of uit de aan die cessie verbonden feitelijke gegevens kan worden afgeleid dat door een persoon, onder het mom van een afstand van aandelen van een handelsvennootschap, wederrechtelijk het geheel of een deel werd vervreemd van de tot het vermogen van die vennootschap behorende onlichamelijke bestanddelen zoals het handelsfonds, de cliënteel, de fabriekskenmerken, enz."²¹.

De weerspiegeling in de verkoopprijs van de aanwezigheid van binnen de vennootschap van een zeer belangrijke goodwill tast de belastingvrijheid van de meerwaarden in principe niet aan. In de mate dat de overnemende vennootschap na de overname niet in eigen naam en voor eigen rekening een gedeelte van de activiteiten overneemt, hierbij gebruikmakend van goodwill die essentieel aanwezig is/was binnen de overgenomen werkvennootschap, vormt de transactie geen uitkering van verkapte dividenden. In het andere geval, duikt ons inziens het risico van herkwalificering van een gedeelte van de verkoopprijs als verkapt dividend op zeer reële wijze op. Onder die omstandigheden wordt immers het feitenpatroon dat aan de Laiterie de la Wiltz uitspraak – ten grondslag lag, benaderd.

Deze rechtspraak is op veel kritiek onthaald. Ze veronderstelt immers dat de administratie kan aantonen dat het voorwerp van de overeenkomst in werkelijkheid de activa van de vennootschap was en niet de aandelen (veinzing).

20 Deze analyse wordt tevens bevestigd door recentere rechtspraak waarin de herkwalificering in verdoken dividenduitkeringen werd geweigerd : Antwerpen, 22 april 1980, inzake de N.V. (Leonard) Biermans, *A.F.T.*, 1980, 117; Mons, 25juni 1980, inzake de Coöperatieve C., *A.F.T.*, 1981, 136; COPPENS, P. en BAILLEUX, A., *Droit fiscal*, 1, *L'impôt des personnes physiques*, 1992, 80 (noot 1).

21 Com.1.B., nr. 98/20.01.

Uit de administratieve commentaar bij deze arresten²² kan afgeleid worden dat ook de administratie van oordeel is dat dergelijke herkwalificatie slechts kan geschieden op grond van specifieke omstandigheden.

Meer bepaald stelt de administratie dat het risico zich voordoet ingeval de overdracht van aandelen tot gevolg heeft dat:

- (i) de vennootschap waarvan de aandelen worden overgelaten binnen een min of meer korte tijdspanne haar activiteiten geheel of gedeeltelijk stillet of vermindert of de aard van haar exploitatie fundamenteel wijzigt;
- (ii) de overlater of overlaters zich er persoonlijk toe verbonden hebben één of meer activiteiten te verzaken zonder dewelke de vennootschap niet in staat is haar maatschappelijk voorwerp te verwezenlijken.

Voor zover deze voorwaarden niet vervuld zijn en de administratie niet kan aantonen dat het voorwerp van de overeenkomst in werkelijkheid de activa van de vennootschap was en niet de aandelen, lijkt de toepassing van deze rechtspraak minder waarschijnlijk.

B. *Herkwalificatie op grond van art.344, §1 WIB. 1992*

Gelet op het doel van de bepaling en de fundamentele eigenschappen ervan, moet de wijze waarop art. 344, § 1 WIB misbruiken beteugelt, gezocht worden in de wijze waarop een andere kwalificatie voor de werkelijk gestelde rechtshandeling kan worden gevonden. Nieuw hierbij is de rol van niet-juridische elementen, m.n. economisch doel en gevolg van de akten.

De toepasselijkheid van de algemene anti-misbruikbepaling t.a.v. de enkele verkoop aan de holdingvennootschap (eventueel met externe financiering door deze laatste), lijkt, bij gebrek aan adequate herkwalificatiemogelijkheid, ten zeerste betwistbaar. Immers, de enige (en voor de hand liggende) herkwalificatiemogelijkheid is deze van de dividenduitkering door de werkvennootschap aan de overdrager-natuurlijke persoon. Een dergelijke herkwalificatie voldoet echter niet aan de vereiste van

art. 344, §1 WIB m.b.t. het respect voor de externe gevolgen van de verrichting, en met name de eigendomsoverdracht van de aandelen²³.

Indien het geheel van verrichtingen het voorwerp uitmaakt van afzonderlijke akten (verkoop en dividenduitkering door de werkvennootschap ter financiering) lijkt,

22 Comm.1.B., nr. 78/20.1 (oud)

23 Zie tevens : AFSCRIFT, TH., L'éviti~ent licite de l'impôt et la réalité juridique, Brussel, Larcier, 1994, 267.

om dezelfde reden, enkel een loutere omkering van de volgorde van de handelingen mogelijk.

Nochtans lijkt ook deze "herkwalificatiemogelijkheid" betwifelbaar, aangezien art. 344, § 1 WIB de administratie in beginsel enkel toelaat de door partijen aan afzonderlijke akten met eenzelfde opzet, gegeven kwalificaties te vervangen door *de normale* juridische kwalificatie. Daarenboven rijst de vraag of de (bij hypothese verschillende) data van de verkoop en de algemene vergadering van de werkmaatschappij, waarop tot de uitkering werd beslist, geen (te eerbiedigen) extern gevplg in de zin van deze bepaling vormt²⁴.

C. *Kwalificatie als divers inkomen in hoofde van de lijfrentegenieter*

Meerwaarden die natuurlijke personen/verblijfhouders realiseren naar aanleiding van de vervreemding van aandelen zijn in beginsel vrij van inkomstenbelasting, behalve wanneer de aandelen beroepsmatig worden aangehouden en belegd ingeval waarvan de meerwaarden belast worden als beroepsinkomen.

In twee gevallen echter kunnen meerwaarden op aandelen verwezenlijkt door natuurlijke personen belast worden als diverse inkomsten.

(i) Meerwaardering van art.90, 10 W.I.B. 1992

Luidens art. 90, 10 W.I.B. 1992 worden als diverse inkomsten belast:

"winsten of baten hoe ook genaamd die zelfs occasioneel of toevallig, buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid voortkomen uit enige prestatie, verrichting of speculatie (...) waaronder niet begrepen normale verrichtingen van beheer van een privé-vermogen bestaande uit onroerende goederen, portefeuillewaarden en roerende voorwerpen".

Aldus onderscheidt men drie hypothesen;

- De belastbaarheid van de gerealiseerde meerwaarde als winst, indien de vervreemding kadert in een geheel van operaties die voldoende veelvuldig voorkomen en onderling verbonden zijn, en die leiden tot de aanwezigheid van een voortdurende en gewoonlijke bezigheid die als een winstgevende bezigheid in de zin van artikel 23 WIB kan worden beschouwd²⁵.

24 Steun hiervoor kan worden gevonden in verklaringen van de Minister van Financiën: *~'de belasting gegrondvest wordt op de normale Juridische kwalificatie van de verrichting tussen partijen, rekening houdend met de vastgestelde Jeitçn "*; Gedr. St. Senaat, 1 992-'93, 762-2, 37; Gedr. St. Kamer, 1992-'93, 1072-8, 99.

- De belastbaarheid van de gerealiseerde meerwaarde als divers inkomen, voor zover de vervreemding kan worden beschouwd als een speculatieve verrichting. Dit zal het geval zijn indien, bijvoorbeeld, de vervreemding van de aandelen voorafgegaan wordt door de gehele of gedeeltelijke aankoop van de aandelen met geleende middelen. In dit laatste geval zal de meerwaarde belastbaar zijn aan het afzonderlijk tarief van 33%²⁶~

- De vrijstelling van de meerwaarde, indien de vervreemding kadert in het "normaal beheer van het privé-vermogen".

Dit in artikel omschreven speculatieve winsten of baten worden onderworpen aan een vast tarief van 33 % (te vermeerderen met de aanvullende crisisbelasting en de gemeentebelasting) voor het netto-bedrag ervan, d.i. na aftrek van de daanmee verband houdende kosten.

Om tot het normale beheer van een privé-patrimonium te worden gerekend, dienen de verrichtingen waaruit de inkomsten voortkomen, handelingen te zijn die een huisvader gewoonlijk stelt om het privé-patrimonium te beheren, te behouden en te doen aangroeien.

Volgens het verslag van de Commissie van Financiën van de Senaat²⁷, vormt de aard van de betrokken verrichting het determinerende criterium om te besluiten tot het bestaan van een speculatieve verrichting dan wel tot een normaal beheer van het privé-vermogen. Deze laatste verrichtingen omvatten in beginsel alle *"daden die een goed huisvader verricht voor het dagelijks beheer, maar tevens met het oog op het winstgevend maken, de tegeldemaking en de wederbelegging van bestanddelen van een vermogen, d. i. van goederen die hij heeft verkregen door erfopvolging, schenking of door eigen sparen, of nog als wederbelegging van vervreemde goederen"*²⁸.

De fiscale omschrijving van het "normaal beheer" sluit dan ook

aan bij de civielrechtelijke notie van daden van beheer, volgens dewelke deze om het even welke daad omvat, zelfs een daad van beschikking, die tot doel heeft een vermogen winst te doen opleveren en te doen toenemen²⁹. In voorkomend geval moet, volgens de parlementaire voorbereiding, het normaal karakter worden

25 Cass/. 6 mei 1969, *Bull. Bel.* Nr. 475, 1043.

26 Art. 171, I°, aWIB.

27 Afgezien van de aard van de goederen, aangezien orilichamelijke goederen niet het toepassingsgebied van art. 90, 10 WIB vallen.

28 Part. St., Senaat, zitting 196 I-'62, nr. 366, 147.

29 DE PAGE, H., *Traité élémentaire du droit civil beige*, T. II, nr. 175, 104, 4.

beoordeeld a.h.v. de klassieke criteria die worden gehanteerd m.b.t. speculatieve verrichtingen³⁰, en waarvan de bewijslast berust bij de administratie³¹.

Ter beoordeling van het speculatief karakter van alleenstaande verrichtingen kunnen dan ook als voornaamste criteria de aard van de verrichting, de aangewende middelen³² 33, het tijdsverloop tussen verwerving en vervreemding³⁴ en daarbij aansluitend de intentie om de betrokken goederen gedurende een zekere tijdspanne aan te houden ~ als beoordelingscriteria worden aangemerkt³⁶ (cfr. infra).

Om het onderscheid tussen speculatieve handelingen en het normaal beheer van het privé-patrimonium te maken, gebruikt men in de praktijk vier gegroepeerde criteria:

- a. de snelheid van de verrichting;
- b. de omvang van de verrichting ten overstaan van het privépatrimonium en de wijze van financiering;
- c. de frequentie van de elkaar opvolgende verrichtingen;

30 Pan. St., Kamer, zitting, 1961-'62, nr. 264, 105.

31 Com.I.B. (oud), nr. 67/4; Brussel, 23 juni 1971, *J. Prat. Dr. fisc.*, 1971, 241; SABLON, S., "Het normaal beheer van het privaat vermogen", in STORME, M. en VAN CROMBRUGGE, S., *Actuele problemen van fiscaal recht*, XV° post-universitaire cyclus Willy Delva 1988-'89, Kluwer, Antwerpen, 106; in de praktijk wordt de bewijslast dikwijls verlegd naar de belastingplichtige : Antwerpen, 10 september 1990, aangehaald in VERBRUGGEN, E., "Blijven meerwaarden op aandelen van particulieren altijd

onbelast", Fisk., nr. 420, 7; Luik, 19december 1991, Bull. Bel. Nr. 723, 121.

32 Zie in dit verband : Cass. 11januari1974, J. Prat. Dr. Fisc., 1974, 30 (aankoop van onbebouwde onroerende goederen door een gemeenteambtenaar met geleende middelen, terwijl hij uit hoofde van zijn beroep kennis had van een geplande verkaveling).

Hiervoor kan worden verwezen naar de uitvoerige rechtspraak inzake verkavelingen door privé-personen: Com.I.B., nr. 90/7; STEFFI3NS, G., Onroerend goedspeculatie en normaal beheer van het privé-patrimonium: onderscheidingscriteria", A.F.T., 1984, 3.

Zie bv. Brussel, 1 december 1971, B.C., 1973, nr. 503, 104.

Antwerpen, 2 februari 1993, F.J.F, 93/186 (de verkoop van de aandelen van een vennootschap korte tijd na haar oprichting); in dezelfde zin: Brussel, 20januari 1991, I.c., 7.

36 Zie in dit verband : SIBILLE, P., "la gestion normale d'un patrimoine privé", Liber amicorum Baron J. Van Houtte, Elsevier, Brussel, 1975, 961 ev; SABLON, S., I.c., 102 ev.

d. de pseudo-professionele wijze waarmee de verrichtingen worden gedaan.

Hieronder wordt kort ingegaan op enkele van de criteria die in de rechtspraak en rechtsleer bij de kwalificatie van diverse inkomsten als relevant wordt beschouwd:

a. *Snelheid van de verrichting*

De snelheid waarmee een belastingplichtige een vermogensbestanddeel vervreemdt, kan een indicatie opleveren dat hij met speculatief inzicht winst nastreeft.

In het algemeen gaat de rechtspraak er overigens van uit dat, zelfs ongeacht de tijdsruimte tussen de verwerving en vervreemding van vermogensbestanddelen, het nastreven van winst op verwachte waardeschommelingen speculatie aannemelijk maakt.

b. *Omvang van verrichting ten overstaan van het privé-vermogen en wijze van financiering*

De bedoeling van dit criterium is na te gaan welke de risicograad is die men bij de verrichting heeft genomen.

Met name wordt hierbij rekening gehouden met de omvang

van de door de belastingplichtige gedane investering in verhouding tot de omvang van zijn privé-vermogen, alsook de wijze van financiering van deze investering.

Een financiering met vreemd vermogen wijst eerder in de richting van speculatie dan een financiering met eigen middelen. Het spreekt voor zich dat het verwerven van een vermogensbestanddeel waarvan de prijs vastgesteld is op 1 BF niet voldoet aan het criterium.

c. Pseudo-professioneel karakter

Er zal sneller sprake zijn van speculatieve verrichtingen en diverse inkomsten wanneer een belastingplichtige op een professionele manier dat beheer van zijn privé-vermogen organiseert en ondersteunt.

Er dient in casu echter een onderscheid gemaakt te worden tussen het beheer van een onderneming enerzijds en het beheer van het privépatrimonium van de aandeelhouders anderzijds.

Dat de belastingplichtige daarentegen met inzichten die hij in het uitoefenen van zijn beroep heeft verworven bepaalde handelingen stelt, betekent niet dat ook bij zijn privé-beheer sprake is van pseudo-professionele verrichtingen.

De administratie weerhoudt ter beoordeling van het speculatief inzicht m.b.t. alleenstaande transacties, onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie, in de praktijk enkel de voorwaarden van tijdsverloop tussen verwerving en vervreemding en het bij de verwerving al dan niet reeds aanwezige winstoogmerk³⁷.

Aldus zou de overdracht door een natuurlijk persoon van een (controle-) participatie aan een holdingvennootschap waarover hij tevens de controle uitoefent, in beginsel als een normaal beheer van privé-vermogen kwalificeren, mits en in de mate dat op het ogenblik van de verwerving van deze aandelen, hetgeen veelal n.a.v. de inschrijving bij de oprichting zal zijn, de betrokkene geen lucratieve wederverkoop beoogde doch deze intentie slechts na verloop van zekere tijd ontstond.

Nochtans dient te worden gewezen op de tendens in de rechtspraak om een onderscheid te maken tussen beursgenoteerde en andere aandelen³⁸. In tegenstelling tot verrichtingen met eerstgenoemde aandelen, waarvan Vrij algemeen wordt aangenomen dat hun overdracht kadert in een normaal beheer, heeft de rechtspraak zich t.a.v. verrichtingen met niet-beursgenoteerde aandelen herhaaldelijk streng opgesteld en de belastingvrijstelling van art. 90, 10 WIB meermaals geweigerd³⁹.

Ongeacht de diverse feitelijke omstandigheden op basis waarvan deze rechtspraak de belastingvrij stelling weigerde, lijken diverse uitspraken, anders dan de administratie die zich voor de belastbaarheid van de meerwaarde in beginsel enkel

“Met andere woorden, het Hoge Hof neemt aan dat een normale verrichting van beheer van een privaat vermogen met het inzicht van speculatie kan worden gedaan in zoverre de speculatieve bedoeling slechts feitelijk tot uiting komt lange tijd na de verwerving” en

“Deze verrichtingen (m.b.t. roerende voorwerpen) zijn in principe niet belastbaar, indien kan worden aangenomen dat deze voorwerpen deel uitmaken van een privaat vermogen en voor zoverre, bij de oorsprong van de genoemde verrichtingen, geen enkele speculatieve bedoeling blijkt aanwezig te zijn...: ANDRE, M., “De begrenzing op het fiscaal vlak van het normale beheer van het privé-vermogen”, Bull. Bel., nr. 719, 2378 en 2423.

38 Com.I.B., nr. 90/8, 5°; VAN DER BRUGGEN, E., I.c., 6.

Zie o.m. : Brussel, 20 januari 1991, I.c., 7 (snelle verhandeling na oprichting, vennootschap had nog geen activiteiten uitgeoefend,...); Luik, 19 december 1991, I.c., 121 (afwezigheid van dividend-uitkering voorafgaand aan de vervreemding, ..)

Antwerpen, 10 september 1990, I.c., 7 (verkoopprijs die iritninsieke waarde aanmerkelijk overtrof).

steunt op een eventueel lucratief oogmerk bij de oorsprong van de verrichting, een (afdoende) economische beweegreden te eisen voor een dergelijke overdracht⁴⁰.

Deze tendens lijkt overigens aan te sluiten bij de recente berichtgeving m.b.t. het voornemen van de administratie om dergelijke verrichtingen aan te vechten op grond van art. 90, 1° W[B. Dergelijke houding lijkt te kunnen worden gekaderd in de recente invoering van verscheidene anti-misbruikbepalingen en de daaruit voortvloeiende tendens tot interpretatie van andere wettelijke bepalingen in het licht (van de rechtmatigheidsvereiste) daarvan. De houding van de rechtspraak en de administratie lijkt dan ook te getuigen van een begripsverwarring, die bestaat in de gelijkenschakeling van de “normaalheidsvereiste” in art. 90, 10 WIB met de “rechtmatigheidsvereiste” vervat in bv. art. 344, § 1 WIB.

Om deze redenen en onder de hoger geciteerde voorwaarden, blijft de principiële belastingvrijstelling van art. 90, 1° WIB o.i. dan ook in beginsel onverkort van toepassing. Desalniettemin, en in het licht van voormelde rechtspraak en recente persberichten

ter zake, moet de (toekomstige) implementering van deze structuur met enige voorzichtigheid worden benaderd, en verdient het aanbeveling deze te onderbouwen vanuit economisch oogpunt.
(ii) Meerwaarderegeling van art. 90, 90 W.I.B. 1992

Bij verkoop, zelfs onrechtstreeks, aan een buitenlands rechtspersoon, van (een deel van) een aanmerkelijk belang (minimum 25 %) in het kapitaal van een binnenlandse vennootschap, wordt dergelijke meerwaarde belast aan het afzonderlijk tarief van 16,5 % (vermeerderd met 3 % opcentiemen en met gemeentebelasting, a rato van gemiddeld 7 %) (art. 90, 90 W.I.B.'92).

Opdat een meerwaarde belast kan worden als divers inkomen in de zin van art. 90, 90 W.I.B. 1992 moet er aan enkele voorwaarden voldaan zijn:

- De meerwaarden moeten zijn verwezenlijkt ter gelegenheid van een overdracht onder bezwarende titel;
- Het moet gaan om aandelen die rechten in een binnenlandse vennootschap vertegenwoordigen;
- Het moet gaan om aandelen die behoren tot een belangrijke deelneming. Hiermee wordt bedoeld de overdrager (of zijn rechtsvoorganger wanneer de aandelen of deelbewijzen niet onder bezwarende titel werden verkregen) op gelijk welk moment in de vijf jaar die aan de overdracht voorafgaan,

40 In die zin tevens m.b.t. het arrest van het Hof van Beroep te Luik van 19 december 1991:

VAN DER BRUGGEN, E., l.c., 7.

alleen of samen met zijn echtgenoot, zijn afstammelingen, zijn ascendenten, zijn zijverwanten (tot en met de tweede graad) of die van zijn echtgenoot, rechtstreeks of onrechtstreeks, meer dan 25 % heeft bezeten van de rechten in de vennootschap waarvan de aandelen of deelbewijzen zijn overgedragen;

- De meerwaarden zijn slechts belastbaar wanneer de aandelen worden overgedragen aan een in art. 227, 2° of 30 W.I.B.'92 vermelde rechtspersoon. Concreet betekent dit dat de meerwaarden nog slechts belast worden wanneer de overdracht gebeurt ten voordele van een niet-verblijfhouders die geen natuurlijk persoon is.

Het bedrag dat belastbaar is overeenkomstig art. 90, 90 W.I.B.'92 is het verschil tussen de ontvangen prijs (in speciën, in effecten of in enige andere vorm) en de prijs waarvoor die aandelen of deelbewijzen tot de overdrager of diens rechtsvoorganger werden

verkregen. Deze prijs wordt evenwel gerevalueerd overeenkomstig art. 2, § 6 W.I.B.'92 (art. 106 W.I.B. 1992).

In toepassing van de algemene regel van art. 6 W.I.B. wordt slechts het netto-bedrag van de meerwaarde belast. Dat betekent dat het bruto-bedrag ervan mag worden verminderd met de kosten en uitgaven, gemaakt of gedaan om die meerwaarde te verwerven⁴¹.

D. *Mogelijke toepassing van de veinzingsleer en mogelijkheid tot herkwalificatie op basis van art. 18 § 2 WReg.*

Bij verkoop tegen lijfrente van aandelen van een bestaande (patrimonium)vennootschap, eigenaar van een onroerend goed, kan men zich in concreto de vraag stellen in welke mate de administratie voornoemde verrichting en de daarbij horende kwalificaties van akten kan bestrijden door middel van enerzijds het leerstuk van veinzing en anderzijds het leerstuk van de herkwalificatie van juridische akten op basis van art. 18, §2 W.Reg.

(i) Het leerstuk van de veinzing

Volgende elementen kunnen in een dergelijk geval een aanwijzing vormen voor het bestaan van geveinsde akte⁴²:

Al Brussel, 4december 1990, *FiskKoer*, 1991, p. 91/145.

42 WERDEFROY, F., *Registratierechten*, 1, Antwerpen, Kluwer, 1991, nr.533 en 1109, 3; BAUGNIET, J. en GENEN, H., *Droit d'enregistrement, d'hypothèques et de greffe*, in *Répertoire Notariale*, Brussel, Larcier, 1990, 821.

o De verkoop van de aandelen gebeurt onmiddellijk of kort na het verwerven van het onroerend goed door de vennootschap (afwezigheid van affectio societatis)⁴³

- het negeren van de zogenaamde inbrenger van het onroerend goed bij de samenstelling van de Raad van bestuur van de inbrengverkkrijgende vennootschap.
- het feit dat op het moment van de oprichting van de inbrenggenietende vennootschap de Algemene Vergadering reeds de latere verkrijger van de aandelen van deze vennootschap heeft benoemd als bestuurder;
- het feit dat het enige actief van de inbrenggenietende vennootschap het onroerend goed betreft, d.w.z. dat zij daarnaast geen andere activiteiten ontplooit en/of geen

andere activa bezit;

de inbrenggenietende vennootschap die speciaal voor doeleinde van de inbreng van het onroerend goed is opgericht, bestond daarvoor nog niet.

Ingeval er veinzing zou kunnen worden aangetoond is de sanctie de volgende:

- betaling van het ontdoken recht, ondeelbaar verschuldigd door alle partijen;
- verhoogd met een boete gelijk aan het ontdoken recht verschuldigd door elk van de partijen (art. 204, W.Reg.).

Indien de inbreng in een patrimoniumvennootschap van een onroerend goed, gevolgd door een verkoop van alle aandelen van de vennootschap, wordt aangemerkt als zijnde in werkelijkheid een verkoop van onroerend goed tegen cash, is bij gevolg in totaal een registratierecht verschuldigd van 37,5 % (zijnde 12,5 % aan ontdoken rechten en 12,5 % verschuldigd door elk van beide partijen).

(ii) Herkwalificatie op basis van art. 18, §2 W.Reg.

De administratie kan voor de herkwalificatie op basis van art. 18, §2 W.Reg. dezelfde feitelijke indiciën hanteren als hiervoor genoemd werden in verband met veinzing.

Haar bewijslast is in geval van mogelijke herkwalificatie anders en wellicht minder zwaar. Zo dient ze aan te tonen dat de partijen de verschillende akten

Parlementaire vraag van 13 oktober 1983, *R.G.E.N-*, 1984, nr.23059.

hebben gesteld met een eenheid van opzet en n1. met het fiscaal motief om belasting te ontwijken.

Indien de administratie de akte op deze basis kan herkwalificeren in een andere akte, wordt de bewijslast verschoven naar de partijen die dan dienen aan te tonen dat ze rechtmatige financiële of economische motieven hadden om de akte op zodanige wijze op te stellen als in werkelijkheid is gebeurd.

In verband met de herkwalificatie op basis van art. 18, §2 W.Reg. kan bijkomend worden opgemerkt dat zelfs ingeval de aandelen na verwerving van het onroerend goed door de vennootschap nog gedurende een langere tijd worden aangehouden door de overgedragen vennootschap (alvorens verkoop van de aandelen) nog steeds kan worden besloten tot herkwalificatie indien eenheid van opzet kan worden aangetoond (in tegenstelling tot veinzing : korte tijdsruimte tussen inbreng en verkoop). Het aanhouden

van de aandelen gedurende meer dan één boekjaar kan het bewijzen van eenheid van opzet bemoeilijken.

Ingeval de administratie tot herkwalificatie op grond van art. 18, §2 W.Reg. zou overgaan, bedraagt de sanctie het betalen van registratierechten volgens de werkelijke aard van de akte.

Indien herkwalificatie (inbreng van een onroerend goed in de vennootschap gevolg door verkoop van de aandelen van de vennootschap) in de verkoop van een onroerend goed plus de oprichting van een nieuwe vennootschap door de uiteindelijke koper, is bijgevolg 12,5 % van het registratierecht verschuldigd (art. 44 W.Reg.)~.

De mogelijkheid tot het aantonen van veinzing of tot het herkwalificeren op grond van art. 18, §2 W.Reg. hangt nauw samen met de concrete feitsituatie.

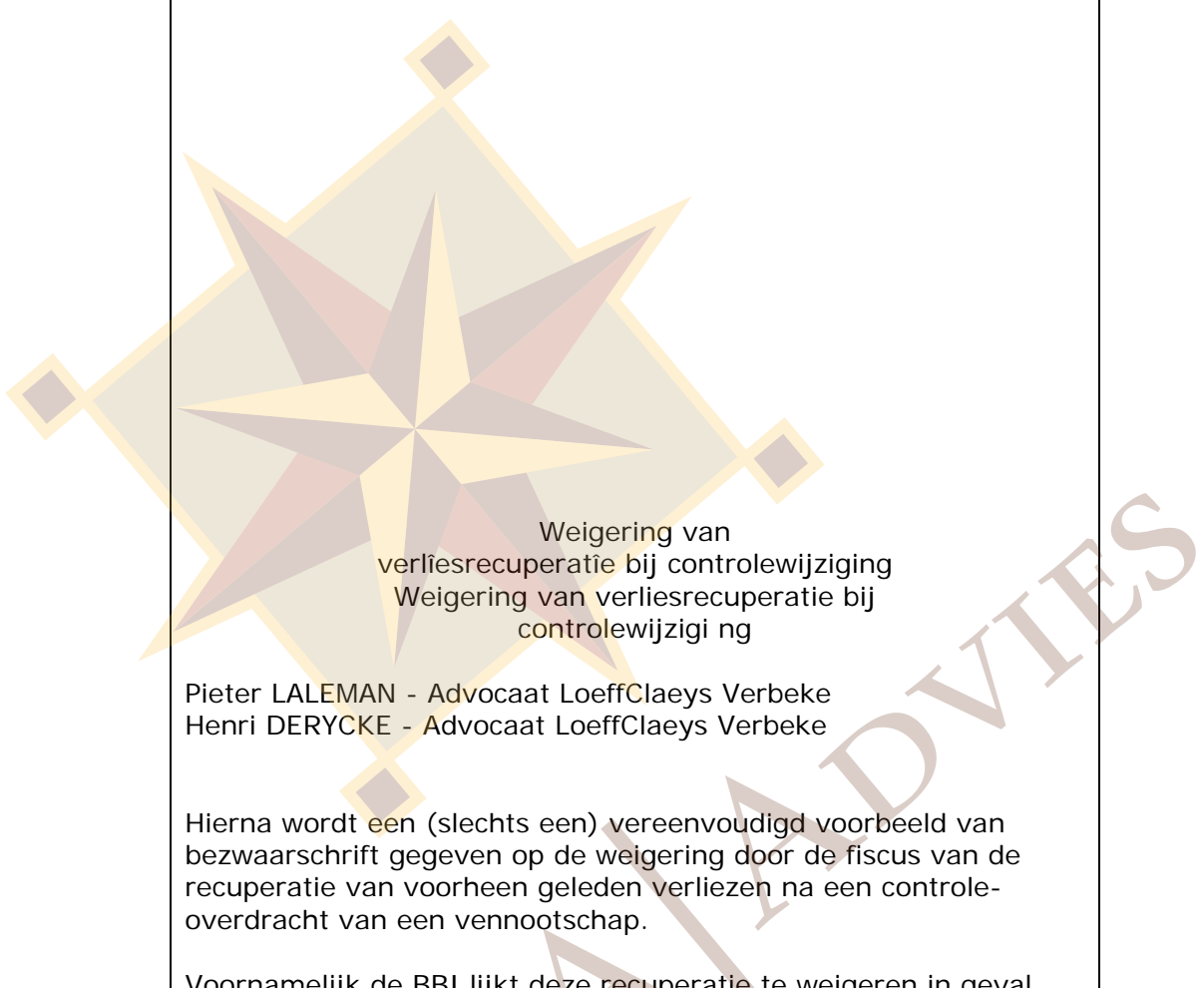
Zo kunnen er in onderhavig geval in principe verschillende concrete elementen bestaan, dewelke het risico in beide gevallen beperken, vb.:

- het feit dat de aandelen niet onmiddellijk na de inbreng van het onroerend goed in de patrimoniumvennootschap worden vervreemd;
- het zetelen van de natuurlijke persoon/inbrenger van het onroerend goed in de Raad van Bestuur van de patrimoniumvennootschap;

CULOT, H., Mesures anti-abus de droit, requalification et simulation, R.G.E.N., 24.681, p. 99.

o het feit dat de patrimoniumvennootschap reeds langer bestond en niet speciaal voor doeleinden van de inbreng van het onroerend goed werd opgericht

- (...).



Weigering van
verliesrecuperatie bij controlewijziging
Weigering van verliesrecuperatie bij
controlewijziging

Pieter LALEMAN - Advocaat LoeffClaeys Verbeke
Henri DERYCKE - Advocaat LoeffClaeys Verbeke

Hierna wordt een (slechts een) vereenvoudigd voorbeeld van bezwaarschrift gegeven op de weigering door de fiscus van de recuperatie van voorheen geleden verliezen na een controle-overdracht van een vennootschap.

Voornamelijk de BBI lijkt deze recuperatie te weigeren in geval wezenlijke kenmerken van de vennootschap na de overdracht van controle gewijzigd worden. De BBI wou daarmee vooral de handel inverliesvennootschappen bestraffen.

Na de vernietiging door het Arbitragehof bij arrest van 11 december 1996 (arr. 70/96) van artikel 206 ~3 WIB, dat aan slapende verliesvennootschappen de latere verliesrecuperatie wou ontzeggen, beschikt de fiscus sinds 1 januari 1997 over artikel 207, al.z W1B92, dat de verliesrecuperatie door een vennootschap na controlewijziging verbiedt tenzij deze controlewijziging beantwoordt aan rechtmatige behoeften van financiële of economische aard. Zie daarover o.m. in extenso DOCCLO, C., "Les pertes fiscales et le changement de contrôle en droit belge et en droit américain", *R.G.F.*, 1997, 250.262.

Ministerie van Financiën
Administratie der Directe
Belastingen

Gewestelijke Directie X
T.a.v. de Gewestelijke
Directeur

x

~ngetekend

x

Geachte Heer Gewestelijk Directeur,
Betreft: X

Hierbij delen wij U mee bezwaar in te dienen tegen
bovenvermelde aanslag in de Vennootschapsbelasting om de
redenen hierna vermeld.

A De procedure

x

In essentie poogt de Administratie de aftrek van vorige verliezen
verwerpen en een verdoken dividenduitkering aantonen.

M.b.t. deze beweerde dividenduitkering wordt vervolgens op X
door de BBI een kennisgeving van aanslag van ambtswege in de
roerende voorheffing (Aj. 94 en 95) verstuurd, waarop voor niet-
akkoord werd geantwoord onder verwijzing naar het antwoord op
het bericht van wijziging in de vennootschapsbelasting.

Zonder enig verder antwoord, hetzij op het antwoord op het
bericht van wijziging of op het niet-akkoord inzake de
kennisgeving van aanslag van ambtswege, worden vervolgens
door de BBI de door haar voorgenomen aanslagen gevestigd in de
vennootschapsbelasting.

Tegen de aanslagen in de roerende voorheffing werd eveneens
bezwaar aangetekend, onder verwijzing naar en met in bijlage een
kopie van onderhavig bezwaarschrift tegen de aanslag in de
vennootschapsbelasting vermeld onder rubriek.

B De feiten en het recht

1 Stelling van de BBI

Op X 1993 werden de aandelen van de BVBA X overgedragen aan
de huidige aan deël houders.

Het restant van de compenseerbare fiscale verliezen (hetzij X BEF) wordt vanaf het aanslagjaar 1995 (belastbaar tijdperk beginnend op 1 januari 1994) niet meer aftrekbaar geacht op grond van het argument dat vanaf het belastbaar tijdperk 1994 (aanslagjaar 1995) een nieuwe rechtspersoon zou zijn ontstaan.

2 Discontinuiteit van de rechtspersoon

De BBI-administratie beweert dat voor de aankoop van de aandelen een belachelijke en zelfs fictieve prijs werd betaald, en dat door de aanpassing van de maatschappelijke zetel, het maatschappelijk doel en de controle over de vennootschap, niet langer sprake kan zijn van dezelfde rechtspersoon.

2.1. Vooreerst moet worden benadrukt dat de prijs die voor de aandelen werd betaald helemaal niet fictief was. De prijs van X BEF werd immers effectief betaald bij de ondertekening van de overeenkomst van overdracht van aandelen, en daarvoor werd ook kwijting verleend door de verkopers.

Deze prijs werd voornamelijk verantwoord door twee zaken:

- vooreerst werden de kopers door de aankoop van een reeds bestaande vennootschap in gelegenheid gesteld om een aantal besparingen te realiseren die helemaal niet van fiscale aard zijn, zoals het te investeren minimum-kapitaal bij de oprichting van een vennootschap, alsook de notariële kosten en de kosten en tijd voor het vervullen van alle formaliteiten (Handelsregister, BT~V-nummer, vergunningen);

• *inhoudelijk*

Uit deze argumenten, die ook hun neerslag vinden in de tekst van de overeenkomst zelf, blijkt duidelijk dat de prijs voor de aandelen niet fictief was. De vennootschap had wel degelijk nog enkele bestanddelen die waarde hadden (computers, het feit dat zij reeds geldig opgericht was en alle formaliteiten vervuld waren) maar daartegenover stond inderdaad een negatief eigen vermogen en een onzeker toekomstperspectief. Deze overwegingen samen hebben tot de bepaling van de prijs tussen beide partijen geleid. De prijs werd werkelijk betaald en de partijen hebben zich aan alle juridische gevolgen van deze overeenkomst gehouden.

2.2. De BBI-administratie gaat ervan uit dat de koper nooit de bedoeling gehad heeft zijn kapitaal te laten renderen door de ondernemingsactiviteit te verbeteren of beter te beheren, en enkel een juridisch omhulsel heeft gekocht met de bedoeling fiscale verliezen te kunnen aftrekken. Samen met de wijziging van de maatschappelijke zetel, maatschappelijk doel en de controle over de vennootschap leidt dit volgens de BB(-administratie tot de beweerde vaststelling dat het niet meer om dezelfde rechtspersoon gaat.

inhoudelijk

Het is niet abnormaal dat na de verkoop van aandelen de maatschappelijke zetel wordt verplaatst. Het is anderzijds op zijn minst verbazingwekkend dat de overdracht van controle door de BBI-administratie wordt gezien als de oprichting van een nieuwe vennootschap.

In de rechtsleer omtrent het vennootschappenrecht is het onbetwist dat een wijziging van de maatschappelijke zetel of van het doel de rechtspersoonlijkheid van een vennootschap niet aantasten. Het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 18 december 1995, waarnaar de BBI-administratie verwijst, is overigens een volledig alleenstaand arrest en gaat in tegen arresten van het Hof van Beroep te Gent (13 juni 1989, *Fiskoloog*, nr. 266, p.4), en het Hof van Beroep te Luik (6 februari 1991, *F.J.F.*, nr. 91/97) die in soortgelijke gevallen expliciet stelden dat de continuïteit van de rechtspersoon niet in het gedrang wordt gebracht door een naamswijziging, een doelwijziging, of het benoemen van nieuwe bestuurders.

Overigens werd het bewuste arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen in de rechtsleer zwaar bekritiseerd. Zo noemt Prof. Dr. A. Haelterman deze rechtspraak "*erg betwistbaar*" en "*bedenkkelijk*" (HAELTERMAN, A., "Het volmachtenbesluit 1996 inzake inkomstenbelastingen - bespreking van enkele praktische implicaties", *Biblio-dossier Fiscaliteit*₃2, p. 59). Ook Prof. Dr. Van Crombrugge vindt het arrest "*nogal bedenkkelijk*" (VAN CROMBRUGGE, S., "Het volmachtenbesluit 1996 inzake inkomstenbelastingen", *S/blo-dossier Fiscaliteit*32, p.so).

Wij wensen er daarenboven nog op te wijzen dat het reeds vermelde arrest van het Hof van Beroep te Luik en te Gent reeds definitief geworden zijn, net zoals een arrest van het Hof van Beroep te Bergen (16 maart 1990, *F.J.F.*, nr. 90/184) waarin de administratie uit eigen beweging terugkomt op haar initieel verdedigde standpunt. Tegen het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen werd echter inmiddels cassatieberoep aangetekend.

2.3. De BBI-administratie gaat ervan uit dat de verkoop van aandelen volledig gesimuleerd is en dat daarom de verliezen niet langer aftrekbaar zijn.

Het klassieke begrip van simulatie veronderstelt vooreerst een tegenbrief (de verborgen gehouden rechtshandeling) die door de administratie niet wordt geëxpliciteerd. Daarenboven werden alle rechtsgevolgen van de gestelde handelingen door de partijen aanvaard, alsook door de vennootschap zelf. De BBI-administratie gaat hierbij dan ook volledig voorbij aan de bestaande vaststaande Cassatierechtspraak inzake "Brepols" en inzake het eerste arrest "Au vieux SaintMartin" (Cass., 22maart1990, *TR.V.*, 1990, p.311 metnootVanCrombrugge).

2.4. Overigens wensen wij ook Uw aandacht te vestigen op het feit dat bij volmacht-KB van 20 december 1996 een bijzondere bepaling werd ingevoerd in het WIB dat van toepassing is op de vanaf 1 januari 1997 tot stand gekomen verwerving of wijziging van controle van een vennootschap. Deze bepaling voorziet dat vorige verliezen niet langer fiscaal aftrekbaar zijn na een controlewijziging van een vennootschap, tenzij er rechtmatige

financiële of economische behoeften aanwezig zijn. Uit de rechtsleer (HAELTERMAN, reeds geciteerd, VAN CROMBRUGGE, reeds geciteerd, DEBLAUWE, R., "Fiscaliana", *De Standaard*, 12 november 1996, p. 16) blijkt duidelijk dat deze maatregel haar inspiratie heeft gevonden in het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen, dat in diezelfde rechtsleer unaniem bedenkelijk wordt genoemd. Vermits deze wettelijke bepaling slechts van toepassing is op controlewijzigingen vanaf 1 januari 1997, kan a contrario worden voorgehouden dat de administratie voordien niet over deze wettelijke mogelijkheid beschikte om na een controlewijziging de verliesrecuperatie te ontzeggen.

3 Belastingverhoging

Daarenboven is de onderneming, zoals overigens hierboven aangegeven, van oordeel dat er een overtuigende feitelijke en juridische documentatie aanwezig is om te stellen dat er geen enkele additionele belasting verschuldigd is. Gezien de ruime rechtsleer en rechtspraak omtrent het voorliggende twistpunt, moet vanuit juridisch oogpunt geoordeeld worden dat het *in casa* om een betwisting gaat omtrent een juridische kwalificatie en interpretatie van de wetteksten, waaraan onmogelijk een intentie tot belastingfraude kan ten grondslag liggen.

In de rechtspraak werd diverse malen geoordeeld geen belastingverhoging mag worden toegepast indien de betwisting bvb. de aftrekbaarheid van bepaalde kosten of de juridische kwalificatie van bepaalde inkomsten betreft, of nog een louter principiële betwisting, *omdat op die manier het feit zou bestraft worden dat een belastingplichtige een redelijk standpunt heeft verdedigd ofmet de Administratie de interpretatie van een wettelijke bepaling betwist* (bvb. Bergen, 5 november 1980, R.G.F., 1981, 104; Gent, 11 mei 1984, F.I.F., nr. 85/71; Antwerpen, 18 juni 1984, F.J.F., nr. 85/23; Bergen, 5 februari 1987, F.I.F., nr. 87/45; Bergen, 28 oktober 1988, F.I.F., nr. 89/32; Antwerpen, 28 november 1989, F.I.F., nr. 90/16; Gent, 24 april 1990, F.J.F., nr. 90/144, Luik, 14 februari '990, Bull.Bel., 1991, nr. 704, 848).

Wij verzoeken dan ook, om bovenvermelde redenen en om alle andere redenen die in verdere briefwisseling zou worden vermeld, de aanslag ongedaan te maken.

Overeenkomstig art 374 W1B92 verzoeken wij U ons de gelegenheid te geven dit bezwaar mondeling toe te lichten en ons inzage te verlenen van het fiscaal dossier.

Onder voorbehoud van alle rechten en zonder nadelige erkenning,

Opgesteld te X op X 1998

tube fhedefpi/a51o9

Financiering van de overname:
een juridisch/fiscaal overzicht

Financiering van de overname: een juridisch/fiscaal
overzicht

Pieter LALEMAN - Advocaat LoeffClaeys Verbeke

Henri DERYCKE - Advocaat LoeffClaeys Verbeke

Hierna wordt in algemene termen nader ingegaan op de financiering van een overnemestructuur (meer in het bijzonder van een "management buy out" en de juridische en/of fiscale problemen die daarbij aan de orde zijn. Dit overzicht beoogt geen exhaustiviteit en houdt geen rekening met bijzondere omstandigheden eigen aan enige specifieke casus. Het kan dan ook onder geen beding als een advies worden beschouwd.

1. Algemene omschrijving

De term management buy-out (MBO) verwijst naar een bepaalde vorm van overname waarbij het management of het personeel van een onderneming de activa of de aandelen van de vennootschap waarin zij werkzaam zijn, rechtstreeks of onrechtstreeks verwerven.

Meestal beschikken de opvolgers slechts over beperkte financiële middelen, zodat zij in belangrijke mate op schuldfinanciering zullen dienen een beroep te doen. Bij een MBO zal de overnameprijs dan ook gefinancierd worden op basis van de kredietwaardigheid, de cash flow en de activa van de overgenomen vennootschap.

In principe zal men er naar streven dat de schuldfinanciering, op één of andere manier, na de overname door de overgenomen vennootschap gedragen wordt.

De MBO-transactie kan als volgt gekenmerkt worden:

de opvolgers gebruiken vooral geleend geld en weinig risicokapitaal om de overname te verwezenlijken. De opvolgers richten meestal een vennootschap op (hierna

genoemd "NEWCO") waardoor in principe enkel het door hen in deze vennootschap ingebrachte vermogen onderworpen wordt aan het ondernemingsrisico; de schuldfinanciering wordt vervolgens gedragen door de overgenomen vennootschap zelf (hierna genoemd "TARGET") en slechts in mindere of bijkomende mate door de koper of NEWCO, waarbij de cash flow van de TARGET moet toelaten om de financiering op termijn terug te betalen en de activa van de TARGET gebruikt kunnen worden om desgevallend zekerheden te verschaffen aan de financiers.

2. Uitwerking van een MBO-overnamestructuur

Vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt dient men bij de uitwerking van een MBOstructuur rekening te houden met artikel 52ter Venn.W.

Volgens dit artikel is het voor een naamloze vennootschap verboden middelen voor te schieten, leningen toe te staan of zekerheden te stellen met het oog op de verkrijging van haar aandelen of van haar winstbewijzen door derden (zie hiervoor:

J. LIEVENS, De gevaren van artikel 52ter Venn.W., inzonderheid in de context van een management buy-out, *N.F.M.*, 1994, p. 14, nr. 5 ; A. VAN SOLINGE, Steunverlening door een vennootschap met het oog op verwerving van haar aandelen, in *Vennootschapsrecht in EG-perspectief*~ 1993, p. 46).

In de praktijk dienen zich twee oplossingen aan waardoor de MBO-structuur verenigbaar is met artikel 52ter Venn.W.

Hierna worden deze twee alternatieve mogelijkheden beschreven:

2.1. Aankoop aandelen TARGET door NEWCO gevolgd door

cashdoorstroming van TARGET naar NEWCO

2.1.1. Overnameschema

Volgens een eerste oplossing richt het management van TARGET een holdingvennootschap op, genaamd NEWCO, die als vehikel zal dienen voor de overname. In dit geval verstrekt de financier een lening aan NEWCO die wordt aangewend om de aandelen van TARGET aan te kopen.

Deze overnameprijs kan door TARGET gefinancierd worden door het "upstreamen" van dividenden, tantièmes of managementfees.

NEWCO zal vervolgens deze uitgekeerde gelden kunnen aanwenden om haar toegestaan krediet te kunnen afbetalen.

Deze MBO structuur wordt als volgt schematisch weergegeven:

$$\begin{array}{ccc} & \simeq & \text{AANDEELHOUDERS} \\ (b) & & \frac{\text{LTARGET}}{1} \\ & (c) & \\ & & \text{NEWCO} \simeq \text{F} \end{array}$$

- (a) lening door financier van NEWCO
- (b) aankoop aandelen TARGET door NEWCO
- (c) dividenduitkering, bestuurdersbezoldiging, managementfees door TARGET aan NEWCO

De cashdoorstroming van TARGET naar NEWCO dient zoveel als mogelijk fiscaal geoptimaliseerd te worden. Daar waar er zich immers op het niveau van de overnemende vennootschap het kapitaal van de schuld dat wordt afbetaald geen aftrekbare uitgave vormt in de vennootschapsbelasting, is de interestlast op dit schuldkapitaal in principe een fiscaal aftrekbare kost. De fiscale optimalisatie bestaat er dan in om de aftrekbare interestlast op het niveau van de overnemende vennootschap te plaatsen tegenover belastbare inkomsten en die bij voorkeur op hun beurt als aftrekbare kost te kwalificeren bij de overgenomen vennootschap waar de winsten worden gerealiseerd.

Om gelden in eigendom over te dragen (wat een voorwaarde is om buiten het toepassingsgebied te blijven van art. 52ter Venn.W.) aan de moedervernootschap, bestaan verschillende mogelijkheden

dividenduitkering;

toekenning van bestuurdersbezoldigingen aan de moedervernootschap, bestuurder;

de uitkering van tantièmes aan de moedervernootschap-bestuurder;

betaling van managementfees of andere dienstenvergoedingen aan de moeder.

Elk van deze technieken heeft een eigen fiscale behandeling en eigen fiscale risico's. Zij worden hierna achtereenvolgens behandeld.

2.1.2. Uitkering van dividenden

De uitkering van dividenden gebeurt in principe uit de belaste winst van de uitkerende vennootschap. Een dividenduitkering is dus geen aftrekbare kost voor de uitkerende vennootschap. Anderzijds is er voor de vennootschap, die de dividenden ontvangt, een specifiek vrijstellingsregime toepasselijk, met name het DBI-stelsel (definitief belaste inkomsten, artikel 202-203 WIB 1992).

Dit vrijstellingsregime komt er op neer dat bij de ontvangende vennootschap de verkregen dividenden voor 95 % worden vrijgesteld. De normale vennootschapsbelasting is van toepassing op de resterende 5 %, zodat de fiscale kostprijs van dergelijk dividend in hoofde van de verkrijgende vennootschap in principe $\sim \% \times \pm 40 \% = 2 \%$ van het brutodividend is. Van deze $\sim \%$ die in de belastbare basis van de verkrijgende vennootschap wordt opgenomen, kunnen echter nog fiscaal aftrekbare posten worden afgetrokken (zoals de interestlast).

Op grond van de Europese moeder-dochterrichtlijn, kunnen dividenden tussen Belgische vennootschappen uitgekeerd worden zonder inhouding van roerende voorheffing, wanneer de verkrijgende vennootschap een participatie bezit van minstens 25%, en deze participatie gedurende meer dan één jaar wordt aangehouden.

Tot voor kort moest bij een dividenduitkering in het eerste jaar na de overname roerende voorheffing ingehouden worden ten belope van 25%. Deze roerende voorheffing kon door de verkrijgende vennootschap weliswaar worden teruggevorderd, maar een effectieve teruggave kan tot 18 maanden op zich laten wachten, en er worden door de staat geen moratoriuminteressen op betaald.

Op grond van een arrest van het Europees Hof van Justitie (Arrest Denkavit, 17 oktober 1996) werd de fiscale wet in die zin aangepast dat de vennootschap die het dividend uitkeert (TARGET) 25 % van het bruto-dividendbedrag moet inhouden (maar niet meer moet doorstorten naar de Staatskas) tot de participatie minstens één jaar door de dividendgenieter werd aangehouden.

2.1.3. De betaling van bestuurdersvergoedingen

Daarnaast is het mogelijk om de moedervernootschap als bestuurder te benoemen in de dochtervennootschap (TARGET).

Dit bestuurdersmandaat kan vanzelfsprekend bezoldigd zijn, zodat op die manier een vergoeding kan worden betaald aan de moedervernootschap.

Deze bestuurdersbezoldiging is in principe een aftrekbare kost voor de betalende dochtervennootschap en een belastbare winst voor de verkrijgende moedervennootschap. Er moet met een zekere omzichtigheid worden omgesprongen bij de bepaling van de omvang van de bestuurdersvergoeding. Zo lijkt het ons moeilijk verdedigbaar dat de vennootschap-bestuurder een aanzienlijke bestuurdersbezoldiging wordt uitbetaald, terwijl de overige bestuurders (vennootschappen of natuurlijke personen) een veel lagere bezoldiging zouden uitbetaald krijgen.

In het algemeen geldt ons inziens dat positieve en controleerbare elementen moeten kunnen worden aangevoerd om de werkelijkheid van de aan de betaling ten grondslag liggende prestaties te onderbouwen. Enkele richtlijnen met betrekking tot de vraag van wat kan worden beschouwd als een normaal bedrag van dergelijke vergoedingen, kunnen gevonden worden in externe vergelijkingspunten enerzijds, en interne beoordelingselementen anderzijds.

De externe vergelijking betreft dan de vergoeding betaald door de vennootschap aan andere personen die gelijkaardige of vergelijkbare prestaties verrichten. Ook een vergelijking met wat door andere soortgelijke vennootschappen betaald wordt aan hun bestuurders, kan terzake belangrijk zijn. Het gaat met andere woorden om een zoektocht naar de *"normale marktvoorwaarden"*

Als interne beoordelingselementen kunnen aangehaald worden, de omvang van de onderneming, de noodzaak van een bijzondere expertise of beschikbaarheid, de graad van risico die aan de functie is verbonden (omwille van milieuaansprakelijkheid, het economisch risicogehalte van de activiteiten die door de vennootschap worden uitgeoefend, enz.).

2.1.4. Uitkering van tantièmes

Tantièmes worden in principe uitgekeerd aan de bestuurders als deelname in de winst. De uitkering van tantièmes vormt vennootschapsrechtelijk en boekhoudkundig een winstuitkering. Nochtans worden, in tegenstelling tot dividenden die eveneens een winstuitkering uitmaken, tantièmes als aftrekbare kosten beschouwd in de vennootschapsbelasting.

In de rechtsleer is een discussie op gang gekomen over het al dan niet onbepert karakter van dergelijke tantièmes. Het is onze overtuiging dat uit voorbereidende parlementaire werkzaamheden blijkt dat de uitkering van dergelijke tantièmes aan de normale aftrekbaarheidsvoorwaarden van het WIB onderworpen is, en een

onredelijk bedrag aan tantièmes derhalve als aftrekbare kost kan verworpen worden bij de uitkerende vennootschap (zie P. LAEMAN, "Gebruik van tantièmes in groepen van vennootschappen, vóór en na 1 januari 1997", *V&F*- 1997, nr. 1, p. 6i-65).

In het verslag aan de Koning bij het volmachtenbesluit van 20 december 1996 houdende diverse fiscale maatregelen (B.S., 31 december 1996, 4de uitgave) wordt uitdrukkelijk gesteld dat de administratie in bepaalde gevallen zal pogen om de uitkering van tantièmes te herkwalificeren als dividenden. Die herkwalificatie heeft dan tot gevolg dat de tantièmes niet aftrekbaar zijn bij de uitkerende vennootschap, maar onder het vrijstellingsregime (DBI) zouden vallen bij de verkrijgende vennootschap. Op het vlak van de kasstromen zou dit derhalve niet onmiddellijk een gevolg hebben (tenzij er wegens de herkwalificatie roerende voorheffing had moeten worden ingehouden). Maar op fiscaal vlak maakt de herkwalificatie een wezenlijk verschil, wat zijn gevolgen kan hebben op de fiscale matching van belastbare inkomsten en aftrekbare uitgaven op het niveau van de moedervenootschap.

In deze context is nog vermeld dat dergelijke herkwalificatie van tantièmes in dividenden op grond van artikel 344, ~i WIB 1992 niet onmiddellijk voor de hand lijkt te liggen, tenzij wanneer de bestuurders aan wie de tantièmes worden uitgekeerd eveneens aandeelhouder zijn in de betreffende vennootschap, en de tantièmes aan deze bestuurders worden verdeeld in functie van hun aandelenbezit, eerder dan volgens hun prestaties.

In de praktijk moet hier wellicht aangeraden worden om een vaste en objectieerbare tantièmepolitiek te hanteren, waarbij een vooraf vastgesteld percentage in functie van de winst, omzet of rentabiliteit als tantième zal worden uitgekeerd in een vaste en verantwoordbare verhouding tussen de verschillende bestuurders van de vennootschappen.

2.1.5. Managementvergoedingen

Naast het opnemen van een bestuurdersmandaat kan NEWCO specifieke diensten verrichten aan de dochtervennootschap, waarvoor deze laatste een vergoeding betaalt. Deze diensten omvatten traditioneel managementadvies, boekhouding, organisatorisch advies, eventuele tussenkomst bij de afsluiting van contracten, juridisch advies enz. Deze vergoedingen zijn in principe aftrekbaar bij de betalende vennootschap en een belastbaar inkomen bij de ontvangende vennootschap. Ter

beoordeling van de fiscale aftrekbaarheid van dergelijke vergoedingen kan verwezen worden naar dezelfde externe en interne vergelijkings- en beoordelingspunten die werden aangehaald onder de bestuurdersbezoldigingen.

Samengevat komt het er bij de upstreaming van gelden naar de moeder vennootschap op aan, om:

1. het nodige bedrag aan cash voor de aflossing van kapitaal en de betaling van interesten op een juridisch correcte manier naar de moeder vennootschap te pompen;
2. het oppompen van deze kasstromen op fiscaal vlak zo veel mogelijk te optimaliseren zodat bij de moeder vennootschap de aanwezige fiscaal aftrekbare lasten worden gecompenseerd met belastbare vergoedingen, zodat bij de moeder vennootschap een fiscaal nulresultaat ontstaat en bij de dochter vennootschap de belastbare winst kan gedrukt worden door middel van fiscaal aftrekbare uitgaven. De aflossing van het kapitaal op het niveau van de moeder vennootschap, dat geen fiscaal aftrekbare uitgave vormt, kan gefinancierd worden via dividenduitkeringen die immers voor 9~ % worden vrijgesteld in hoofde van de moeder.

- 2.2. Aankoop aandelen TARGET door NEWCO gevolgd door een post-acquisitie fusie

Een andere typische structuur is deze waarbij het management een nieuwe holdingvennootschap opricht, NEWCO, die opnieuw zal dienen als vehikel voor de overname van TARGET.

De financier verstrekt een lening aan NEWCO waarmee de aankoop prijs van TARGET gefinancierd wordt. Vervolgens koopt NEWCO de aandelen van TARGET, zodat deze laatste haar dochtervennootschap wordt.

Tenslotte wordt onmiddellijk na de overname NEWCO gefusioneerd met TARGET.

Deze structuur biedt het voordeel dat de activa van de gefusioneerde vennootschap vervolgens als onderpand zullen

krachtens artikel 174/1, §1 Venn.W. een overgang van het gehele vermogen in en kan dus ook niet met het voorschieten van middelen of het verstrekken van leningen gelijkgeschakeld worden : *“S’agissant des avances et des prêts, on ne peut pas réduire la transmission universelle du patrimoine de la cible, consécutive à la fusion, à une telle mesure juridique. Cette transmission est faite sans esprit de retour, sans espérance de restitution; elle est étrangère ~ une avance ou un prêt”*(A. VIAN DIER, L'article 217-9 de la loi du 24 juillet 1966 et les rachats d'entreprise, J.C.P., 1990, p. 465);

- Er wordt door de fusie geen afbreuk gedaan aan de ratio legis van artikel 52ter Venn.W. Er is immers geen behoefte aan de instandhouding van het kapitaal van de overgenomen vennootschap, nu deze laatste ingevolge de fusie verdwijnt (J. [IEVENS, *De nieuwe Venn.W (wet van 78 juli 1997)*, 1991, p. i8);

De fusie geschiedt niet met het oog op de verkrijging van de aandelen of winstbewijzen, maar situeert zich erna. Zekerheidstellingen na de fusie zijn evenmin in strijd met artikel 52ter Venn.W., gezien de gefuseerde vennootschap immers vrij mag beschikken over haar activa.

De fusieoperatie biedt bovendien het voordeel dat deze slechts kan nietig verklaard worden wegens één van de in artikel 174/1, §1 Venn.W. limitatief opgesomde nietigheidsgronden. Gemeenrechtelijke nietigheidsgronden zoals bijvoorbeeld wetsontduiking komen daarbij niet in aanmerking (T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions* 1993, fi 386, nr. 566).

Wetsontduiking die erin zou bestaan dat men poogt buiten de toepassing van de dwingende wettelijke bepalingen, die artikel 52ter Venn.W. voorschrijft, te blijven door op zichzelf geoorloofde handelingen te stellen, heeft volgens gezaghebbende rechtsleer overigens nog geen bestaansrecht verworven in ons land (X. DIEUX, *Le contrat: instruments et objets de diriguisme*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 286).

Door sommigen werd het wenselijk geacht dat na verwerving van de aandelen van de TARGET enige tijd dient te verlopen alvorens tot een post-acquisitiefusie tussen de TARGET en NEWCO kan overgegaan worden.

De noodzaak van dergelijke wachttijd werd op door anderen dan weer weerlegd *“On mesure mal en quoi le fait d’attendre un délai de décence, son absence de délai de viduité, est de nature ~ modifier la solution du problème. Ce n’est pas une question de calendrier mais une question de principe : l’article 217-9 n’est pas applicable en cas de fusion et il importe peu que la fusion suive*

immédiatement ou de quelques mois l'acquisition des titres" (A. VIANDIER, L'article 217-9 de la bi du 24 juillet 1966 et les rachats d'entreprise, J.C.P., 1990, p. 465).

Ook bij deze overnamestructuur zullen een aantal fiscale overwegingen in acht dienen genomen.

Op fiscaal vlak moet er vooreerst gewezen worden op een gevaar met betrekking tot de registratierechten. Indien de overname van een dochtervennootschap door de moedervennootschap immers gebeurt door vereniging van alle aandelen in één hand (d.w.z. de moeder heeft 100% van de aandelen van de dochter), dan gaat de administratie der registratie er van uit dat er activa worden overgedragen, eerder dan er van een werkelijke fusie of een algemeenheid van goederen sprake is.

Het belangrijkste gevolg daarvan is dat de onroerende goederen die aanwezig zijn in de dochtervennootschap (dit is de overgenomen vennootschap of de TARGET) geacht worden over te gaan naar de moedervennootschap met toepassing van het evenredig registratierecht van 12,5%. Dit recht wordt in principe geheven op de verkoopwaarden (en niet de boekwaarde) van het onroerend goed op het ogenblik van de overgang. Aangezien de toepassing van dit evenredig recht van 12,5 % op de

onroerende goederen een zware fiscale last kan betekenen, wordt aangeraden om bij de overname van de targetvennootschap enkele procenten (in de rechtsleer wordt aangenomen dat 2 ~ 3 % volstaat) buiten de overnemende vennootschap te houden, en onder te brengen in een afzonderlijke entiteit of zelfs bij natuurlijke personen.

Op het vlak van de inkomstenbelastingen kan een fusie door overname onder twee totaal verschillende fiscale regimes vallen. Vooreerst is er het gemeenrechtelijk fiscaal regime (art. 210 ~1, 10 WIB 92) dat er van uitgaat dat bij fusie door overname een ontbinding en vereffening van de overgenomen vennootschap plaatsvindt, waardoor alle latente meerwaarden die worden verwezenlijkt of vastgesteld naar aanleiding van de verdeling van de ontbonden en over te nemen vennootschap, belastbaar worden in de vennootschapsbelasting. Het normaal regime van de ontbinding en de vereffening van vennootschappen is derhalve in principe van toepassing. Niet alleen de latente meerwaarden worden in dat geval belastbaar, maar eveneens alle vrijgestelde reserves of andere nog niet belaste bestanddelen.

Omdat deze belastingheffing meestal als zeer hinderlijk wordt gezien voor allerlei vormen van reorganisatie van de vennootschappen, waaronder de fusie, werd door de wetgever een vrijstellingsregime voorzien.

Dit vrijstellingsregime staat vermeld in art. 211 WIB 92, en houdt grosso modo in dat:

- de meerwaarden die op het ogenblik van de fusieoperatie bij de over te nemen vennootschap zijn vrijgesteld, alsook de meerwaarden die naar aanleiding van die overname worden verwezenlijkt of vastgesteld, niet in aanmerking komen voor belastingheffing;

en

- voor het overige de belastingheffing die volgens het gemeenrechtelijk regime van de belaste fusie van toepassing zal zijn, achterwege blijft voor zover de inbrengen worden vergoed met nieuwe aandelen.

Praktisch komt deze typische fiscale regelgeving er op neer dat belastingvrije reserves die voortkomen uit gerealiseerde, vrijgestelde meerwaarden bij de over te nemen vennootschap eveneens vrijgesteld worden indien het percentage van de aandelen in de over te nemen vennootschap dat niet in handen is van de over te nemen vennootschap, hoger is dan het percentage dat deze bewuste vrijgestelde reserves uitmaken ten opzichte van de totale reserves van de over te nemen vennootschap.

Dit vrijstellingsregime, waarvan de toepassing meestal (maar niet noodzakelijk in alle gevallen) een conditio sine qua non vormt voor de financiële haalbaarheid van de post-acquisitiefusie, is echter onderworpen aan strenge voorwaarden.

Het vrijstellingsregime is immers slechts van toepassing op voorwaarde dat:

- de overnemende of de verkrijgende vennootschap een binnenlandse vennootschap is;
- de verrichting wordt verwezenlijkt overeenkomstig de bepalingen van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen;
- de verrichting beantwoordt aan rechtmatige, financiële of economische behoeften.

De tweede voorwaarde houdt in dat het specifiek

vennootschapsrechtelijk regime voor fusies zoals het sinds 1993 in de Venn.W. is opgenomen, strikt wordt opgevolgd.

Vooraf de derde voorwaarde, die sinds 1993 in het Wetboek Inkomsten belastingen staat ingeschreven, is in de praktijk de voornaamste belemmering gebleken voor het verkrijgen van het vrijstellingsregime. In art. 345 ~i, i° WIB 1992 wordt namelijk voorzien dat een voorafgaand schriftelijk akkoord (een zogenaamde "ruling") bij de administratie kan worden aangevraagd met betrekking tot het feit dat een fusieoperatie beantwoordt aan rechtmatige, financiële of economische behoeften. Precies de reeds afgeleverde rulings in de fusie- en splitsingoperaties hebben voor de nodige onrust gezorgd omtrent de toepassing van het vrijstellingsregime.

Vooreerst werd in een aantal rulings die voornamelijk handelden over splitsingsoperaties (waarvan het vrijstebbingregime aan dezelfde voorwaarden onderworpen is) door de rulingcommissie gesteld dat de belangen van de achterliggende aandeelhouders van de bij de fusie- of splitsingoperatie betrokken vennootschappen, niet gelden als een rechtmatige, financiële of economische behoefte.

Ten gevolge van deze "rechtspraak" van de rulingcommissie is onzekerheid ontstaan over de toepasselijkheid van het vrijstelbingsregime bij een postacquisitiefusie. De reden om tot de fusie over te gaan, is immers het plaatsen van de schulden enerzijds, en de inkomsten of activa anderzijds op hetzelfde niveau. Bijna onvermijdelijk brengt dit een verarming van de TARGET met zich mee, zodat één van de door de rulingcommissie gebruikte motieven voor weigering van toepassing kan zijn.

Hoewel daartegen zou kunnen geargumenteed worden dat de fusieoperatie niet noodzakelijk een verarming inhoudt voor de targetvennootschap, omdat zij immers bij het behouden van de bestaande toestand door de moedervennootschap verplicht zal worden om een groot stuk van haar winsten up te streamen naar de moedervennootschap ter aflossing van de schuld van deze laatste, kan dit argument door de rubingcommissie ter zijde worden gesteld met de vaststelling dat na de fusie er een betere fiscale afstemming is van de aftrekbare interesten en de belastbare inkomsten op hetzelfde niveau, daar waar deze fiscale "matching" een veel delicatesere oefening is in de bestaande situatie met twee vennootschappen.

Tot op heden werd geen ruling gepubliceerd die specifiek betrekking heeft op het probleem van de post-acquisitiefusie. Wel

bestaat er een niet-gepubliceerde, maar positieve ruling, waarin een zeer specifiek probleem van post-acquisitiefusie werd

behandeld. In het voorliggend geval was immers een buitenlandse koper door de Belgische natuurlijke personen-verkopers gedwongen om een Belgische vennootschap op te richten die aandelen zou overnemen. Dit gebeurde om de meerwaardebelasting op de verkoop van aandelen door privé-persoonen aan buitenlandse rechtspersonen (art. 90, 90 WIB 1992) te vermijden. Na verloop van één jaar had de buitenlandse vennootschap de wens te kennen gegeven om de speciaal voor de overname opgerichte Belgische vennootschap te fusioneren met de overgenomen vennootschap. De rulingcommissie verleende in dit geval haar akkoord dat de verrichting beantwoordde aan rechtmatige, financiële of economische behoeften, vermits de structuur door de verkoper was opgedrongen. Een inhoudelijke analyse van deze ruling leert echter dat dit specifiek geval niet zo maar kan worden doorgetrokken naar interne (puur Belgische) post-acquisitiefusies.

Indien een post-acquisitiefusie wordt gepland, kunnen nochtans een aantal voorzorgen worden genomen waardoor de kans op de toepassebijkheid van het vrijstellingsregime verhoogd wordt:

- vooreerst wordt er vanuit de praktijk vaak de raad gegeven om na de acquisitie minstens één jaar te wachten vooraleer de fusie plaatsgrijpt, en minstens één volledig boekjaar te laten verlopen tussen de datum van de acquisitie en de datum van de erop volgende fusie. Deze vuistregel geldt ook als verdediging tegen de mogelijke toepassing van art. 344 ~i WIB 92, krachtens welke bepaling de administratie de kwalificatie van een juridische akte kan wijzigen, wanneer zij vaststelt dat deze kwalificatie tot enig doel heeft de belasting te ontwijken;
- zo mogelijk moet als overnamevehikel een vennootschap worden aangeduid die zelf een exploitatieactiviteit heeft, bij voorkeur een activiteit die in het verlengde ligt van de overgenomen vennootschap. Als rechtmatig motief voor de fusie kan dan immers de schaalvergroting of rationalisering naar voren worden gebracht, alsook het belang dat de over te nemen vennootschap kan hebben bij het samengaan met een vennootschap met gelijkaardige of complementaire activiteiten;
- het fiscaal risico van de niet-toepasselijkheid van het vrijstellings regime is in de meeste gevallen dermate groot, dat het de voorkeur verdient dat voorafgaandelijk een ruling wordt aangevraagd voor dergelijke post-acquisitiefusie. Dergelijke ruling heeft als voordeel de zekerheid die erdoor verkregen wordt, maar heeft als

nadeel dat er een grondig dossier moet worden voorbereid en dat, afhankelijk van de complexiteit van de voorgenomen fusie, het antwoord van de rulingcommissie drie tot zes maand op zich laat wachten.

Pieter LALEMAN
Henri DERYCKE
Oktober 1998

Iube\hede\pila5lo7

II. FINANCIERING VAN DE OVERNAME DOOR AANDEELHOUDER-BESTUURDER

De bronnen van financiering zijn voornamelijk het persoonlijk vermogen, de familie en vrienden, de bank-instellingen, de beurs, de investeringsmaatschappijen, ... en de overgenomen onderneming.

1) VERKOOP VAN AANDELEN

De problematiek is hier de waardering van de aandelen. De kopers en de verkopers hebben belang bij een correcte waardering van de aandelen. Het is te vermijden dat bepaalde van de niet-actieve vennoten (kinderen)¹, op het ogenblik van overlijden van een van de ouders, zouden beweren dat de verkoop van de aandelen eigenlijk een indirecte schenking was en dus een voorschot op nalatenschap vertegenwoordigde. Dit omdat de gevraagde prijs niet overeenstemt met een « af arm's length » prijs of marktprijs. Om deze problematiek te vermijden, kan de procedure van de « dubbele akte » toegepast worden:

1^o fase : de ouders verkopen de aandelen aan alle kinderen in onverdeeldheid

2^o fase : de niet-actieve vennoten (kinderen) verkopen vervolgens hun aandelen aan de actieve vennoten (kinderen).

Om de 2^o fase te kunnen implementeren, moeten alle kinderen het eens zijn over de waardering van de aandelen.

2) FINANCIERING DOOR ACTIEVE VENNOTEN IN PERSOONLIJKE NAAM

De aankoop van de aandelen kan gefinancierd worden door de betaling van de bedongen verkoopprijs of door de creatie van een vordering ten belope van de waarde van de aandelen. De verkoop kan eventueel ook via een lijfrente gefinancierd worden.

Men kan dus drie financieringswijzen onderscheiden:

- de directe betaling van de bedongen verkoopprijs door de koper die zelf een bankkrediet aangaat;
- de gespreide betaling van die prijs (de verkoper speelt de rol van bankier);
- de betaling via een lijfrente.

j~e çi jr~cje bef aling aan, Je verko,pergeflnanceerd door een externe lening:

De overnemer zal in dit geval een krediet, bij bv. een bank, aangaan en zal dus zowel het kapitaal als de rente moeten terugbetalen over een vooraf overeengekomen periode.

De vraag is nu hoe die twee geldstromen, kapitaal en rente, fiscaal behandeld worden.

1 dwz de kinderen die de familiale onderneming niet overnemen

Consu[ting ~partment

3) INKOOP AANDELEN ZONDER STEMRECHT

De inkoop is een verrichting waarbij een vennootschap haar eigen aandelen inkoop van de aandeelhouders.

De inkoop van eigen aandelen is gereguleerd door artikel 52bis van de Vennootschappenwet. Dit artikel voorziet dat de nominale waarde of de fractiewaarde van de verkregen aandelen (inclusief, o.a., de aandelen eerder verkregen) niet hoger mag zijn dan 10 % van het geplaatste kapitaal. Het voor die verkrijging aangewend bedrag moet voor uitkering vatbaar zijn.

Op het fiscaal vlak kan die verrichting interessant zijn. Inderdaad, het verschil tussen de verkoopprijs en de aanschaffingsprijs zal in hoofde van de aandeelhouder-verkoper in principe beschouwd worden als een dividend.

Volgens artikel 264 WIB is de uitkering van dergelijk dividend niet onderworpen aan een roerende voorheffing. Bovendien moet de aandeelhouder - natuurlijke persoon - het verkregen dividend, waarop de roerende voorheffing niet van toepassing is, niet aangeven in zijn fiscale aangifte in de personenbelasting. Dit wil dus zeggen dat voormeld dividend niet aan de Belgische personenbelasting onderworpen is (artikel 313 WIB).

We wensen uw aandacht te vestigen op volgend risico : de Belgische bevestigingsadministratie kan, in bepaalde gevallen, de toepassing van artikel 344 WIB inroepen. Indien de administratie het bewijs kan leveren dat de voorgenomen operatie van inkoop van eigen aandelen niet ingegeven is door economische of financiële doeleinden kan zij de verrichting van inkoop van eigen aandelen herkwalficeren in een gewone uitkering van dividenden, met toepassing van de roerende voorheffing.

De inkoop eigen aandelen zonder stemrecht wordt behandeld in een praktijkgeval (zie hierna punt III, 3) e.)

Con-suCtin,q (Department
III. FINANCIERING VAN DE OVERNAME DOOR DE FAMILIALE HOLDING

1) OPRICHTING VAN DE FAMILIALE HOLDING

a. Doelstelling

De meest gebruikte vennootschapsvorm voor de oprichting van een overkoepelende familiale holding is de Naamloze Vennootschap (N.V.).

Van belang is dat de doeïomschrijving in de statuten van de N.V. onder meer volgende clausules voorziet:

De vennootschap heeft als doel:

- > het verwerven, het bezitten, het vervreemden, het beheer door inschrijving, aankoop of verkoop van aandelen, obligaties, kasbons of andere roerende waarden, onder welke vorm dan ook, hetzij Belgische of buitenlandse, eventueel in een nog op te richten vennootschap;
- > het toestaan van leningen en kredietopeningen aan vennootschappen of particulieren, onder om het even welke vorm. In dit kader kan zij zich borg stellen of haar advies geven, in de meest ruime zin, alle handels- en financiële operaties verrichten, behalve die welke wettelijk voorbehouden zijn aan financiële instellingen.
- > het waarnemen van alle bestuursopdrachten, het uitoefenen van mandaten en functies in andere vennootschappen.

Bij de oprichting van de familiale holding kan aan de ouders een meerderheid via stemrechten in de algemene vergadering toegekend worden.

Aldus kunnen bij de oprichting van de familiale holding naast de gewone aandelen, die het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen, oprichtersaandelen gecreëerd worden (zie verder).

b. Principe

- > De N.V. wordt opgericht door inbreng door de actieve vennoten (kinderen) van de aandelen van de exploitatievennootschap(pen) in de nieuw opgerichte familiale holding.

De actieve vennoten (kinderen) ontvangen in ruil voor de inbreng van de aandelen van de exploitatievennootschappen, aandelen van de familiale holding.

consurting ~partment

- > De niet actieve vennoten (kinderen) verkopen de aandelen van de exploitatievennootschap(pen) aan de nieuw opgerichte familiale holding via creatie van een rekening-courant op het passief.

Concreet hebben de niet actieve kinderen bijgevolg een schuldvordering op de nieuw opgerichte holding.

De ontvangen interest op deze schuldvordering (rekening-courant) is onderworpen aan een bevrijdende roerende voorheffing van 15 % in hoofde van de niet-actieve kinderen.

De aftrekbaarheid van de interesten in hoofde van de holding wordt niet beperkt aangezien artikel 18 W.I.B. niet van toepassing is.

Voormelde rekening-couranten zullen over een redelijke periode terugbetaald worden via dividendstromen van de exploitatievennootschappen naar de familiale holding (zie verder).

c. Oprichtersaandelen

Indien de ouders controle wensen te blijven behouden op het familiebedrijf, kan in de statuten van de familiale holding voorzien worden in de creatie van oprichtersaandelen.

Specifiek voor deze oprichtersaandelen is dat deze stemrecht verlenen zonder het maatschappelijk kapitaal van de holding te vertegenwoordigen.

Naar Belgisch recht kunnen aan de oprichtersaandelen niet meer dan 50 % van de aan de gewone aandelen toegekende stemrechten worden toegekend (art. 75 Venn. W.).

Bij de stemming mogen deze aandelen niet meegeteld worden voor meer dan 2/3 van de stemmen van de houders van kapitaalaandelen.

De creatie van oprichtersaandelen is vooral interessant in het kader van een successieregeling.

Voor de duidelijkheid, illustreren we dit voordeel aan de hand van een voorbeeld.

Consurting 'Department
EI

Voorbeeld:

Met hef oog op het vermijden van successierechten wensen de ouders een handgift te doen van de gewone aandelen, die het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen aan hun kinderen. Er worden oprichters aandelen gecreëerd, die toegekend worden aan de ouders. De ouders wensen de controle te behouden van de vennootschap.

We veronderstellen dat het kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigd is door 100 gewone aandelen + 100 oprichters aandelen.

Het totaal aantal stemmen is bijgevo!g:

100 (gewone aandelen) + 50 (oprichters aandelen)

De ouders kunnen, via handgift, 74 gewone aandelen schenken aan de kinderen zonder de controle over de Belgische holding te verliezen. Inderdaad, de ouders behouden in dit geval : 50 oprichters aandelen + 26 gewone aandelen = 76 stemrechten.

2) AANKOOP AANDELEN FAMILIEBEDRIJF DOOR FAMILIALE HOLDING

a. Algemeen

De verkoop door de ouders van de aandelen van het familiebedrijf aan een nieuw opgerichte holding, kan voordelen bieden zowel op het vlak van het vermijden van successierechten als met het oog op een optimalisatie op het vlak van directe belastingen.

Indien minderheidsaandeelhouders aanwezig zijn en de aandelen in het publiek verspreid zijn (wegens vroegere beursnotering), dient de Commissie van het Bank- en Financiewezen geïnformeerd te worden. Eventueel kan deze verplichten tot een openbaar bod indien een prijs betaald wordt die hoger is dan de marktwaarde.

Ook kan het bedrijf, opgericht onder de vorm van een N.V., geen middelen voorschieten, leningen toekennen of zekerheden stellen met het oog op de verkrijging van de

aandelen of van haar winstbewijzen door derden (art. 52 ter §1 Venn. W.).

De holding dient derhalve haar financiering te zoeken door het aangaan van een bankkrediet en/of een dividendenstroom te organiseren na de overname.

Artikel 52 ter § 1 is niet van toepassing voor dividenden uitgekeerd door het familiebedrijf aan de holding aangezien het vroeger gereserveerde winsten betreft die vatbaar zijn voor uitkering.

Consurting (Department

b) Financiering

De verkoop van aandelen aan de holding kan gebeuren middels contante betaling of bij wijze van gespreide betaling.

In het belang van het familiebedrijf dient een gespreide betaling nagestreefd te worden.

Een externe financiering van de volledige verkoopprijs legt een zware financiële last op de schouders van de kinderen-opvolgers die de financiële fbowts tussen familiebedrijf en holding dienen te organiseren.

Een te hoge financiële last legt een hypotheek op de toekomstige expansie van het bedrijf en zal ook op fiscaal vlak geconfronteerd worden met een beperking doordat de ontvangen fees door de holding, die deze lasten dient te dekken, slechts in beperkte mate aftrekbaar zijn bij het familiaal bedrijf.

Een gespreide betaling van de prijs is derhalve in het voordeel van het bedrijf.

De ouders worden echter in het geval van een gespreide betaling geconfronteerd met het probleem van successierechten, aangezien de vordering op de holding een actief zal zijn in de aangifte successierechten.

Dit kan vermeden worden door:

- > materialisering van de vordering in obligaties aan toonder die voor een deel kunnen worden geschonken aan de

andere kinderen (niet opvolgers) met voorbehoud van vruchtgebruik.

- > de verkoopprijs om te zetten in *een* tijdelijke of levenslange lijfrente. Teneinde via deze techniek zowel de successierechten als de belastbaarheid van de interest begrepen in de lijf rente te vermijden, wordt verwezen naar de praktijkgevallen beschreven in punt III. 3) hierna.

c) Inkomsten en uitgavenstromen van de holding.

~Qp~flÇ~-inkmsten:

De holding zal dienen op te treden als managementvennootschap. Bepaalde directiefuncties kunnen door de managementvennootschap uitgeoefend worden.

Aldus zullen de kinderen-opvolgers tewerkgesteld worden in de nieuwe holding.

Ook directieleden die het financieel, boekhoudkundig en juridisch beheer van zowel het bedrijf als de holding waarnemen, zullen tewerkgesteld worden door de holding.

Consutting cDepartment

Aldus zal de managementvennootschap inkomsten realiseren o.v.v. management fees en eventuele bestuurdersvergoedingen indien de holding afgevaardigd bestuurder wordt benoemd bij het familiebedrijf. De holding zal dan vertegenwoordigd worden door de kinderen-opvolgers.

- x Naast vergoedingen aan bestuurders zullen de personeelsleden die de directiefuncties waarnemen, vergoedingen ontvangen.
- x De interesten die worden betaald op de ontleende bedragen ter financiering van de aankoop van het familiebedrijf vertegenwoordigen eveneens een uitgave.

De regelmatige inkomsten en uitgavenstromen dienen voor een gezonde financiële planning in evenwicht te zijn. Dit betekent dat de interestuitgaven ter financiering van de aankoop aan aandelen dienen gedekt te worden door lopende inkomsten.

Dividendstromer,:

De dividendstromen tussen het familiebedrijf en de holding vertegenwoordigen voor de aandeelhouder reeds belaste inkomsten (zie hierna). Boekhoudkundig worden zij rechtstreeks in resultaat geboekt met een zeer beperkte belasting.

Zij kunnen daarom t.b.v. 98 % gereserveerd worden en de gelden zijn beschikbaar voor de aflossing van de schuld die ontstond door de aankoop van aandelen.

d) Fiscaal

(1)j~f.Q~jj~gjme:

Zoals hierboven vermeld, zijn de door de holding verkregen dividenden al belast geweest. Inderdaad, deze dividenden vertegenwoordigen de winsten van de uitkerende vennootschap, die in principe reeds aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen.

Die verkregen dividenden maken deel uit van de boekhoudkundige winst van de holding en zouden derhalve een tweede maal aan vennootschapsbelasting worden onderworpen, in hoofde van de holding. Om die dubbele belasting op winstuitkeringen te vermijden, bestaan er twee methoden : ofwel de vrijstellingsmethode ofwel de verrekeningsmethode. Het DBI-regime (definitief belaste inkomsten) is eigenlijk de toepassing van de vrijstellingsmethode

Consurting ~partment

EI

Methode:

De vrijstelling toegekend door artikel 202 WIB neemt de vorm van een « aftrek ». Deze aftrek is tot 95 % van het bedrag van de ontvangen dividenden beperkt. Met andere woorden, zullen 5 %

van de dividenden in hoofde van de holding belastbaar zijn. Met een vennootschapsbelastingstarief van 40,17%, betekent dit dat de vennootschapsbelasting met betrekking tot een dividend van BEF -00, BEF 2 bedraagt (5 x 40,17 %).

Merk op de toepassing van de DBI-aftrek niet tot een overdraagbaar verlies kan leiden in hoofde van de vennootschap. Bijgevolg dient steeds voldoende belastbare winst voorhanden te zijn opdat de DBI-aftrek zou kunnen worden toegepast.

In het tegenovergestelde geval is het fiscale voordeel, voortvloeiend uit de DBI-aftrek, definitief verloren, niet alleen voor het huidige jaar maar ook voor de toekomstige jaren.

Voorwaarde:

Het DBI-regime is slechts van toepassing in zoverre op de datum van toekenning of betaalbaarstelling van deze inkomsten, de vennootschap die de inkomsten verkrijgt in het kapitaal van de uitkerende vennootschap, een deelneming bezit van tenminste 5 % of een aanschaffingswaarde van tenminste 50 miljoen. Die voorwaarde, met betrekking tot de minimale deelneming, is niet vereist voor dividenden verkregen door banken, verzekeringsvennootschappen, ... en voor dividenden verleend of verkregen door een beleggingsvennootschap.

Bovendien moeten de dividenden uitgekeerd worden door een binnenlandse of een buitenlandse vennootschap die aan een gelijkaardige belasting als de vennootschapsbelasting is onderworpen.

In ons geval zal de holding meestal quasi 100 % van de aandelen van de familiale vennootschap bezitten zodat de eerste voorwaarde, met betrekking tot de deelneming, voldaan zal zijn. De tweede voorwaarde zal in principe ook voldaan zijn in de mate dat de dochteronderneming onderworpen is aan Belgische vennootschapsbelasting.

De toepassing van het DBI-regime is niet afhankelijk van enige bezitsvoorwaarde (permanentievoorwaarde).

~Jtsly.Wi-g.;

Bepaalde uitsluitingen zijn door het WIB voorzien. Het betreft meestal buitenlandse vennootschappen, beleggingsvennootschappen, financierings- thesaurievennootschappen. Die uitsluitingen zijn dus niet van toepassing in de context van familiale vennootschappen.

Consutting (Department

EI

Lst~IliioQ.i~ Y..

De vrijstelling R.V. voor dividenden die door de dochter wordt uitgekeerd aan de moeder is hier van toepassing indien de holding minstens 25 % aanhoudt van de aandelen van het familiaal bedrijf.

Interest-af trek:

De lasten met betrekking tot de verwerving van de deelneming zijn, in principe, onbeperkt aftrekbaar in hoofde van de holding.

Artikel 198, 10° WIB voorziet wel een beperking : als beroepskosten wordt niet aangemerkt de interest tot een bedrag gelijk aan de aftrekbare dividenden (DBI-regime) verkregen door een vennootschap welke die aandelen, op het ogenblik van hun overdracht, niet gedurende een ononderbroken periode van minstens een jaar heeft behouden.

Men bedoelt met « interest » niet enkel de specifiek toewijsbare interesten betaald door de vennootschap om de aandelen van de uitkerende vennootschap (met DBI-regime) te verwerven, maar ook eventueel een proportioneel gedeelte van alle andere betaalde interesten.

Dit artikel is niet van toepassing op aandelen in verbonden vennootschappen of in vennootschappen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat.

Die beperking van de interest-af trek is dus niet van toepassing in het geval van een holding met een unieke deelneming in het familiale bedrijf.

(2) *Aftrekbaarheid tantièmes, ~yr~ p±~igin gen n gnçl~r~. ig.~g~.hersbeloningen:*

Een «tantieme » vertegenwoordigt, vennootschapsrechtelijk en boekhoudkundig, een bepaald percentage van de winst of van de uitgekeerde winst.

In een voorontwerp van volmachtbesluit was er sprake dat de tantièmes op fiscaal vlak als dividenden zouden beschouwd worden, d.w.z. niet aftrekbaar in hoofde van de debiteur, onderworpen aan roerende voorheffing en een mogelijke DBI-aftrek in hoofde van de begunstigde.

Dit voorontwerp is niet goedgekeurd geweest. Toch moet men met het volgende rekening houden : de administratie zal wel controles uitvoeren en kan eventueel de tantièmes herkwalficeren in dividenden op basis van artikel 344 WIB voor zover zij constateert

dat de tantièmes vermomde ~i~îde~uitkeringen vormen.

Con-sufting ~partment

EI

De tantième techniek is tot nu toe goed gekend en gebruikt voor de volgende redenen²:

- een timingsvoordeel : tantièmes zijn aftrekbaar tijdens het boekjaar waarop zij betrekking hebben - ook al zal de beslissing en de betaling effectief plaatsvinden tijdens het volgende boekjaar - terwijl zij pas belastbaar worden, bij de genietter, tijdens het boekjaar van de toekenning, d.w.z. het jaar nadien.
- het toekennen van tantièmes wordt veelvuldig gebruikt ingeval van overname van aandelen van een winstgevende vennootschap door een holding. Deze toekenning is nodig om zowel boekhoudkundig als fiscaal, in evenwicht te blijven. De dochteronderneming heeft belastbare winsten terwijl de holding verliezen genereert door de debet-interessen. De eventueel uigekeerde dividenden zullen vrijgesteld worden (DBI).

Door de benoeming van de holding als bestuurder en, bijgevolg de toekenning van tantièmes, kan het fiscale resultaat van de dochteronderneming verminderd worden en kan het fiscale resultaat van de holding in evenwicht gehouden worden.

Terwijl een tantième in principe een verdeling van de netto boekhoudkundige winst vertegenwoordigt, kunnen de vennootschappen ook gewone bestuurdersbezoldigingen aan hun vennootschappen-bestuurders toekennen, ongeacht het resultaat.

Tevens kunnen ook beheersbeloningen (management fees) aan personen (natuurlijke personen of rechtspersonen) toegekend worden voor geleverde prestaties of opdrachten.

Met betrekking tot die twee laatste soorten aftrekbare uitgaven, had het voorontwerp van volmachtbesluit

ook belangrijke aanpassingen voorzien. Die kosten zouden slechts aftrekbaar blijven in de mate dat de betalende vennootschap kon bewijzen dat die bezoldigingen of vergoedingen de normale beperkingen niet overschreden.

De voorgestelde veranderingen zijn niet goedgekeurd geworden. Anderzijds is het toch te verwachten dat de fiscus ernstige controles zal uitvoeren teneinde na te gaan of die kosten aan de gewone voorwaarden van aftrekbaarheid voldoen, voornamelijk de werkelijkheid van de prestaties en het beroepskarakter. De bewijslast rust op de belastingplichtige.

Het is niet uit te sluiten dat de fiscus artikel 53, 10° WIB - verwerping van deonredelijke beroepskosten - probeert te gebruiken. De vraag is nu te weten te komen wat een redelijke bestuurdersbezoldiging of beheersvergoeding is, en op welke criteria deze analyse dient te gebeuren. Men zal waarschijnlijk vergelijken met de « marktvoorwaarde ». In de praktijk geeft dit echter aanleiding tot discussie met de fiscale administratie.

2 A. Haelterman, Actualiteitsseminarie - 23januari1997

Con-surting (Department

EI

Als conclusie kan men zeggen dat de toekenning van tantièmes, bestuurdersbezoldigingen en beheersbeloningen zeer efficiënt kan zijn in bepaalde situaties maar niet zonder enig risico.

De administratie zou in bepaalde situaties argumenten naar voren kunnen schuiven om de aftrek bij de betaler te weigeren terwijl de belastbaarheid bij de genietter van toepassing zou blijven.

3) PRAKTIJKGEVALLEN

a. Inkoop aandelen zonder stemrecht 1° Voorwaarden

- Aandelen zonder stemrecht mogen niet meer dan één derde van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen.
- Aandelen zonder stemrecht hebben recht op *een* preferent dividend zoals vastgesteld bij de

uitgifte.

Het dividend is ook opvorderbaar hetgeen betekent dat indien de winsten van een bepaald boekjaar niet volstaan, het niet vereffend saldo zal worden uitgekeerd bij voorafname op de winsten van de komende boekjaren.

- Ingeval van vereffening een voorrecht verlenen op de terugbetaling van de kapitaalinbreng en eventueel een uitgiftepremie.

2° Uitgifte van aandelen zonder stemrecht door conversie van bestaande aandelen.

Aandelen zonder stemrecht moeten niet noodzakelijk gecreëerd worden bij de oprichting of bij een kapitaalsverhoging. Ook bestaande aandelen met stemrecht kunnen omgezet worden in aandelen zonder stemrecht.

Wederinkoop is mogelijk wanneer voldaan wordt aan volgende voorwaarden:

- > De wederinkoop moet voorzien zijn door de statuten.
- > De wederinkoop moet betrekking hebben op alle aandelen van die soort.
- > De wederinkoop moet goedgekeurd worden door de algemene vergadering.

Bij wederinkoop dient de prijs van de aandelen bepaald te worden.

Art. 48~4 lid 5 schrijft voor dat de prijs wordt overeengekomen tussen de vennootschap en een bijzondere vergadering van verkopers-aandeelhouders.

Consurting ~Department

EI

3° KMO-opvolgingsproblematiek

Indien de ouders voor de overdracht van de aandelen in het familiebedrijf 1/3de van die aandelen omzetten in aandelen zonder stemrecht, kunnen de voorwaarden van de terugkoop in de statuten opgenomen worden.

Door deze techniek wordt de financiering van de

overname bij het familiebedrijf gelegd.

Er is derhalve een financiering in twee fasen.

In de eerste fase dient door de kinderen-opvolgers een van het bedrijf onafhankelijke financiering geregeld te worden via de familiale holding.

In de tweede fase (na een periode van 5 jaar bijvoorbeeld) zal het familiebedrijf de terugkoop van aandelen zonder stemrecht financieren hetzij met eigen middelen hetzij via een bankkrediet.

De financiering van 1/3 van de overname van de aandelen van het familiebedrijf wordt aldus bij het bedrijf zelf gelegd.

Dit zal slechts mogelijk zijn voor winstgevende bedrijven met voldoende eigen vermogen. Ook dient men rekening te houden met een jaarlijks preferent dividend dat weliswaar zeer beperkt kan zijn (bijvoorbeeld 1 %).

b. Overdracht in twee fasen met uitgestelde betaling. 1°
Overdracht ouders aan actieve vennoten

Teneinde de financiële lasten te beperken voor de kinderen-opvolgers kan er overwogen worden dat de ouders de aandelen van het familiebedrijf overdragen mits betaling van een lijfrente (de koopprijs wordt dus omgezet in een lijfrente).

Het voordeel van deze oplossing is dat het interestgedeelte begrepen in een levenslange of tijdelijke lijfrente slechts belastbaar is volgens artikel 17 § 1 4° indien ze onder bezwarende titel zijn aangelegd ten laste van enige rechtspersoon of rechtspersonen.

Bij een overdracht aan de kinderen is derhalve het interestgedeelte begrepen in de lijfrente vrijgesteld van belasting.

Consulting ~Department

2° Financiering van de Jij frente via de familieholding.

In de tweede fase kunnen de kinderen-opvolgers de nieuw verworven aandelen verkopen aan de holding via een credit rekening courant.

Indien de debet/equity verhouding 50/50 gerespecteerd wordt, kan de rekening courant vergoed worden met de creditrente.

Deze interest is een aftrekbare uitgave voor de holding.

Iedere vermindering van de bebastbare basis is een besparing van 40,17 %.

In hoofde van de genierter is de interest onderworpen aan een voorheffing van 15%.

Aldus kan de achtergestelde lening via rekening-courant gebeuren aan een interestvoet van 6 % of na R.V. 5,1 %.

De interest begrepen in de lijfrente beloopt 3 %.

Aldus wordt een bijkomend inkomen toegekend van 2,1 % aan de kinderen-opvolgers dat slechts onderworpen is geweest aan 15 % R.V.

Door deze techniek wordt een deel van de hoofdsom fiscaal aftrekbaar.

lcL ~ 1i~rn~
~q~4QJW~L 4k~

Con-suüing cDepartment