

Aandachtspunten bij het oprichten van een managementvennootschap

Schijnzelfstandigheid en simulatie

Een sociaalrechtelijk attentiepunt is de ‘schijnzelfstandigheid¹’.

Een werknemer is iemand die via een arbeidsovereenkomst zich verbindt om:

- prestaties te verrichten
- tegen een vergoeding (loon)
- onder gezag² van de werkgever.

Een zelfstandige is iemand die zich verbindt met een opdrachtgever om:

- prestaties te verrichten
- tegen een vergoeding (meestal via facturatie)
- onder eigen gezag.

Het verschil tussen beiden is dus het al dan niet bestaan van een band van ondergeschiktheid.

Voor bedrijfsleiders, bestuurders en leden van het directiecomité stellen zich op dit vlak weinig problemen omdat er sinds 2002 een wettelijk vermoeden van zelfstandigheid is ingeroepen voor deze functies.

Als de R.S.Z. kan bewijzen dat er een band van ondergeschiktheid³ bestaat tussen de opdrachtgever en de managementvennootschap kan ‘schijnzelfstandigheid’ worden ingeroepen. Dit is ook het geval indien de manager via een managementvennootschap werkt (men kijkt er door heen). Indien de economische werkelijkheid niet strookt met de juridische zal een latere herkwalificatie mogelijk zijn. De arbeidsrechtbank heeft hierbij een ruime appreciatiebevoegdheid.

Indien een oud-werknemer later via een managementvennootschap prestaties verricht voor de vennootschap is het risico het grootst. Via de managementvennootschap kunnen belangrijke besparingen op vlak van sociale zekerheidsbijdragen worden gerealiseerd, de fiscus weet dit ook. Sinds 1991 moeten kandidaat zelfstandigen aan het sociaal verzekeringsfonds inlichtingen verstrekken omtrent huidige en nieuwe werkgever (rechtstreeks of onrechtstreeks) en over de voorheen uitgeoefende en de voorgenomen activiteit. Indien er een link bestaat moeten de RSZ en het RSVZ in onderling overleg de juiste kwalificatie bepalen. Het is dus mogelijk dat de aansluiting als zelfstandige op voorhand wordt geweigerd.

Indien er in de vennootschap andere kaderleden zijn die dezelfde functie uitoefenen in dienstverband, kan de controledienst de werking via een managementvennootschap ook in vraag stellen.

Een sluitende overeenkomst tussen de werkvennootschap en de managementvennootschap is hierbij van cruciaal belang. De uitgeoefende functies kunnen best door hun aard (zoals leidinggevende functies en consultancy opdrachten) al voldoende zelfstandigheid inhouden. Sommige functies (vb. accountant) lenen zich hier beter voor dan anderen.

Bovendien is voorzichtigheid geboden bij de uitoefening van de prestaties om te vermijden dat er aanwijzingen van ondergeschiktheid zouden te vinden zijn.

Hierbij een aantal elementen waar men kan op letten bij het opstellen van dergelijke overeenkomst:

- Geen contractuele bepalingen opnemen waaruit blijkt dat er een band van ondergeschiktheid bestaat.
- Geen bepalingen opnemen die de managementvennootschap helemaal afhankelijk maken (verbieden dat er voor een andere opdrachtgever kan gewerkt worden).

¹ Zie bijvoorbeeld de zaak rond George Leekens, voetbaltrainer van Club Brugge.

² De mogelijkheid om gezag uit te oefenen is hierbij voldoende.

³ Ook als de werknemer de nodige vrijheid en flexibiliteit krijgt om zijn taak uit te oefenen.

- Geen verwijzingen naar een intuitu personae relatie.
- Het is beter geen vaste vergoeding per maand te bedingen maar beter te werken met een dag- of uurvergoeding.
- Het is beter geen vergoeding uit te keren in periodes waarin geen prestaties worden geleverd (zoals vakanties en ziekte).
- Bij voorkeur wordt er geen vast uurrooster of vakantieregeling vastgelegd.
- De opzegperiode en opzegtermijn zijn normaal minder gunstig dan de werknemersbescherming bij ontslag.
- De benaming van de overeenkomst moet zorgvuldig worden gekozen.
- Detailleren van de te leveren prestaties.
- Geen strikte richtlijnen voor het uitvoeren van de opdrachten.

Daarnaast zullen andere documenten (facturen, brieven, e-mails, notulen, ...) en feitelijke gegevens meegenomen worden bij de beoordeling. Onder meer:

- De manier van terugbetaling van kosten.
- Integratie met de onderneming (vb. persoonlijke business card).
- Ter beschikking stelling van personeel, infrastructuur en materiaal (zeker indien ook voor privégebruik van de natuurlijke persoon⁴).
- De manier waarop de managementvennootschap de opdrachtgever vertegenwoordigd (wat wordt vermeld op diverse documenten?).
- Economische afhankelijkheid⁵.

Men kan eventueel kiezen voor een hybride vorm waarbij er een relatie is tussen de exploitatievennootschap en de managementvennootschap enerzijds (vb. overeenkomst voor het leveren van managementprestaties) en tussen de werkvennootschap en de natuurlijk persoon/manager (vb. bestuurdersmandaat) anderzijds. Dit kan een aantal praktische problemen vermijden. Toch blijft voorzichtigheid ook hier geboden en zal de toerekening van de vergoeding tussen beiden goed moeten worden geregeld. Een onevenwichtige verdeling zou een bijkomende indicatie voor simulatie kunnen zijn. Het bestuurdersmandaat (als natuurlijk persoon) onbezoldigd uitoefenen en dan een zeer royale vergoeding toekennen op basis van de consultancyovereenkomst zal met argusogen door de fiscus worden bekeken.

Ten gevolge van het attractiebeginsel worden alle vergoedingen die aan een bestuurder worden toegekend, van welke aard ook, steeds als bezoldiging van bedrijfsleiders beschouwd. Hierdoor wordt zelden een opsplitsing gemaakt, wat de verdeling in bovenstaand geval kan bemoeilijken.

Het risico van schijnzelfstandigheid ligt bij de exploitatievennootschap. De werkgever zal immers de niet-betaalde werkgevers- en werknemersbijdragen achteraf moeten betalen tot maximum vijf jaar⁶ terug. Daarnaast kunnen hoge boetes worden opgelegd en zullen er nalatigheidintresten en eventuele procedurekosten moeten worden betaald. Deze bijdragen en boetes kunnen niet verhaald worden op de werknemer. In het slechtste geval kan de zelfstandige zelf een aantal vorderingen instellen (zoals vakantiegeld, eindejaarspremie, opzegvergoeding), wat hier wel eerder onwaarschijnlijk is. Dit kan dus een zeer kostelijke zaak zijn voor de werkvennootschap.

De schijnzelfstandige zelf draagt dus weinig risico en kan zelf voordeel halen uit de herkwalificatie omdat eerder betaalde bijdragen worden teruggestort (ook al werden die via de vennootschap betaald). Het kan dus van belang zijn om bij het beëindigen van overeenkomst een dading op te stellen die dit risico probeert in te dekken.

Schijnzelfstandigheid situeert zich voornamelijk op het vlak van sociale zekerheid.

⁴ Deze kosten kunnen best door de werkvennootschap doorgefactureerd worden aan de managementvennootschap. De managementvennootschap kan deze kost dan eveneens doorrekenen naar de manager privé of het beschouwen als een voordeel alle aard (te vermelden op de fiche). Bij terbeschikkingstelling van personeel moet men wel in acht nemen dat hier in principe een verbod op rust tenzij aan voorwaarden wordt voldaan.

⁵ Dit is op zich niet meer bepalend voor de herkwalificatie naar arbeidsovereenkomst.

⁶ De verjaringstermijn van vijf jaar gaat in op de laatste dag van de maand volgend op het kwartaal waarvoor de bijdragen verschuldigd zijn.

Daarnaast kan ook de fiscus de nieuwe samenwerkingsvorm tussen exploitatievennootschap, managementvennootschap en manager in vraag stellen. Simulatie kan worden ingeroepen als de economische realiteit niet strookt met juridische werkelijkheid. Diegene die simulatie inroept dient hiervan het bewijs te leveren. Hierbij heeft de fiscus enkel een marginaal toetsingsrecht. Hij kan de inhoud van de beslissing zelf niet beoordelen, maar enkel nagaan of het op correcte manier is ontstaan en of de gevolgen worden aanvaard.

Als simulatie bewezen werd, zal de belasting op basis van de werkelijke situatie worden geheven en niet op de onbestaande of geveinsde rechtshandelingen.

Het antirechtsmisbruik is opgenomen in artikel 344 § 1 WIB 1992 en stelt:

'Aan de administratie der directe belastingen kan niet worden tegengeworpen, de juridische kwalificatie door de partijen gegeven aan een akte alsook aan afzonderlijke akten die een zelfde verrichting tot stand brengen, wanneer de administratie door vermoedens of door andere in artikel 340 vermelde bewijsmiddelen vaststelt dat die kwalificatie tot doel heeft de belasting te ontwijken, tenzij de belastingplichtige bewijst dat die kwalificatie aan rechtmatige financiële en economische behoeften beantwoordt.'

In het geval van de managementvennootschap zou dit kunnen toegepast worden op de managementovereenkomst zelf. De fiscus moet wel een andere juridische kwalificatie in de plaatst stellen. Dit zal niet mogelijk zijn als men oordeelt over de oprichting van de managementvennootschap op zich of over haar benoeming tot bestuurder.

Als feitelijke omstandigheden bewijzen dat de managementfunctie in de werkelijkheid is uitgeoefend buiten de juridische structuur van de managementvennootschap, zal er dus een probleem kunnen ontstaan.

De vergoeding zou dan kunnen beschouwd worden als een persoonlijke bezoldiging.

De belastingplichtige mag een fiscaal gunstige constructie kiezen, ook al is die minder gebruikelijk, als alle gevolgen aanvaard worden en als er geen regels worden overtreden. De 'anti-rechtsmisbruik bepaling' heeft hieraan toegevoegd dat er wel meer moet zijn dan het ontwijken van belastingen alleen, er moet ook een financiële of economische noodzaak aangetoond worden. Het probleem is hier dat het niet altijd mogelijk is om een andere juridische kwalificatie in de plaats te stellen.

In elke situatie waar men overweegt om schijnzelfstandigheid, simulatie en/of antirechtsmisbruik in te roepen, zullen verschillende feitelijke bewijzen samen worden bekeken om een oordeel te vormen.

Aansprakelijkheid binnen vennootschappen

Eén van de belangrijkste nadelen van het werken als zelfstandig manager is het feit dat er geen onderscheid is tussen het privévermogen van de natuurlijke persoon (en zijn gezin) en het beroepsvermogen (**onbeperkte en hoofdelijke aansprakelijkheid**). Als de manager een hogere functie heeft in het bedrijf zijn hier verantwoordelijkheden aan verbonden. Het tekortschieten in deze verplichtingen kan leiden tot aansprakelijkheid en eventuele compensaties. Een zelfstandig bedrijfsleider staat dus ook met zijn privébezittingen in voor het betalen van deze compensaties of beroepsschulden. In dit geval zullen eventueel toekomstige inkomsten moeten worden aangewend tot het aflossen van de schulden.

Door de oprichting van de managementvennootschap wordt een afzonderlijke rechtspersoon gecreëerd met een afzonderlijk vermogen. Indien het een vennootschap is met beperkte aansprakelijkheid kan het privévermogen niet direct worden aangesproken, de aansprakelijkheid is immers in principe beperkt tot de inbreng. Er zijn hierop een aantal uitzonderingen die men niet uit het oog mag verliezen.

Artikel 229 van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt wanneer *oprichters* persoonlijk gehouden kunnen zijn tegenover belanghebbenden.

Oprichters moeten ervoor zorgen dat de verplichtingen met betrekking tot de kapitaalbreng (volstortingsplicht, minimumkapitaal, geldige inschrijving, ...) correct worden voldaan. Daarnaast moeten zij erop toezien dat de oprichting op een correcte manier en met naleving van alle wettelijke verplichtingen gebeurt. De inhoud van de statuten moet dus volledig en correct zijn. Inbreuken kunnen ertoe leiden dat de oprichters de schade die onmiddellijk hieruit volgt, moeten vergoeden.

De laatste paragraaf van het wetsartikel (artikel 229, 5°, W.Ven.) bepaalt dat “oprichters tegenover belanghebbenden hoofdelijk gehouden zijn voor de verbintenissen van de vennootschap in geval van faillissement uitgesproken binnen drie jaar na de oprichting, indien het maatschappelijk kapitaal bij de oprichting kennelijk ontoereikend was voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar”. Deze bepaling maakt het belang van het financieel plan, dat bij oprichting bij de notaris wordt neergelegd, duidelijk. Een financieel plan maakt in principe deel uit van het ondernemingsplan en verantwoordt het maatschappelijk kapitaal. Er is geen wettelijke vorm vastgelegd, maar in het plan wordt een raming van de te verwachten kosten en opbrengsten gemaakt.

Deze verplichting is opgenomen in de wetgeving om te vermijden dat vennootschappen met onvoldoende kapitaal zouden worden opgericht en draagt dus een bijzondere verantwoordelijkheid op aan de oprichters. De accountant kan hierbij een belangrijke raadgever zijn.

De aansprakelijkheid die hieruit voortvloeit, bestaat van rechtswege en is dus hoofdelijk. Het is voldoende dat het kapitaal ‘kennelijk ontoereikend’ is en er moet geen oorzakelijke band met het faillissement worden gelegd. Deze aansprakelijkheid kan niet buiten het faillissement ontstaan.

Ook de *bestuurder/zaakvoerder* kan in bepaalde situaties persoonlijk aansprakelijk worden gesteld. De aansprakelijkheid van de bestuurder/zaakvoerder kan als volgt worden opgedeeld:

- Aansprakelijk voor gewone fouten en tekortkomingen in de uitvoering van zijn mandaat: de zaakvoerder moet zijn verantwoordelijkheid opnemen en zijn taak correct (zoals een goede huisvader) uitoefenen (artikel 527, W.Ven.). De algemene vergadering zal in principe jaarlijks kwijting verlenen.
- Aansprakelijkheid in het kader van het Burgerlijk Wetboek (artikelen 1382 en 1383) wanneer een derde schade heeft geleden door de fout van de zaakvoerder en er een oorzakelijk verband bestaat tussen de fout en de geleden schade.
- Aansprakelijkheid naar aanleiding van inbreuken op de wet of de statuten: overtredingen in dit kader zijn de verantwoordelijkheid van de bestuurder/zaakvoerder, tenzij hij kan aantonen dat hem geen schuld treft en dat hij de overtreding op de eerste algemene vergadering (na kennisname van de overtreding) heeft aangeklaagd.
- Aansprakelijkheid bij faillissement: indien de bestuurder/zaakvoerder kennelijk grove fouten heeft begaan die hebben bijgedragen tot het faillissement, kan hij hiervoor ook persoonlijk aansprakelijk voor worden gesteld (dit is evenwel niet van toepassing op kleine BVBA's⁷).

De aansprakelijkheden in het kader van kapitaalverhoging en van belangenconflicten zullen hier niet uitgebreid worden behandeld.

Let wel, er werd op vlak van bestuurdersaansprakelijkheid een regel van transparantie ingevoerd (men kijkt door de vennootschap heen). Sinds de regelgeving van the Corporate Governance moet een vennootschap die een mandaat opneemt steeds een vaste vertegenwoordiger benoemen. De bestuurdersaansprakelijkheid kan hierdoor niet meer worden ontlopen via het oprichten van een vennootschap die het mandaat opneemt. De vaste vertegenwoordiger is immers burgerrechtelijk en strafrechtelijk aansprakelijk alsof hij zelf de opdracht uitoefent voor eigen rekening en in persoonlijke naam. De vaste vertegenwoordiger kan dus verplicht worden om de gehele schade te vergoeden.

Op andere vormen van aansprakelijkheid is de nieuwe reglementering echter niet van toepassing. Dus om als privépersoon aansprakelijk te worden gesteld, als men kiest voor een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, zal er een fout of nalatigheid moeten aangetoond worden. Een managementvennootschap kan dus het risico om aansprakelijk te worden gesteld, wel reduceren.

⁷ Kleine BVBA betekent hier de laatste drie jaar vóór het faillissement: omzet excl. B.T.W. < 620.000 € en balanstotaal < 370.000 €.