CBN-advies C106/1 - Advies horizontale consolidatie in combinatie met administratiekantoren

Aan de Commissie werd een vraag voorgelegd met betrekking tot de horizontale consolidatieplicht van een groep vennootschappen. Drie Belgische holdings (A, B en C) hebben elk een aantal dochterondernemingen en elk van de drie holdings overschrijden afzonderlijk de criteria bedoeld in art. 16 W.Venn. wat impliceert dat in de regel elke holding als moedervennootschap een geconsolideerde jaarrekening en een jaarverslag over de geconsolideerde jaarrekening moet opstellen. Elk van deze drie holdings heeft de rechtsvorm van een commanditaire vennootschap op aandelen. Zij worden elk bestuurd door een verschillende statutaire zaakvoerder rechtspersoon. Holding A door BVBA X, holding B door BVBA Y en holding C door BVBA Z. Elk van deze zaakvoerders heeft conform art. 61, § 2, eerste lid W.Venn. een vaste vertegenwoordiger natuurlijk persoon. Voor BVBA X is dat mevrouw P en voor de BVBA Y en Z is dat haar echtgenoot, de heer Q.

Evenwel zijn de aandelen van elk van de drie Belgische holdings via certificering ondergebracht in een Nederlandse private stichting die fungeert als AdministratieKantoor (AK). Elk van deze AK's wordt bestuurd door de echtlieden P en Q. De uitgegeven certificaten zijn telkens eigendom van enkel beide echtlieden.

De aan de Commissie gestelde vraag was of de drie Belgische holdings samen een consortium vormen omdat ze samen onder centrale leiding staan. Er is conform art. 10, § 1 W.Venn. sprake van een consortium wanneer een vennootschap enerzijds, en één of meer andere vennootschappen naar Belgisch of naar buitenlands recht anderzijds, die geen dochtervennootschappen zijn van elkaar, noch dochtervennootschappen zijn van één en dezelfde vennootschap, onder centrale leiding staan.

In eerste instantie moet verwezen worden naar de Nederlandse regelgeving. Op basis van informatie ingewonnen bij de collega's van de Raad voor de Jaarverslaggeving, blijkt dat een stichting AK ook naar Nederlands recht een bijzonder vehicel is. Op grond van de administratievoorwaarden (certificeringovereenkomst) beschikt het administratiekantoor vrijwel nooit over het economische eigendom van de aandelen. De beschikkingsmacht ligt namelijk bij de certificaathouders. In dat geval is de stichting "leeg". De deelnemingen staan naar Nederlandse regelgeving tegen kostprijs (nihil) of "pro memorie" op de balans met daar tegenover de waarde van de certificaten. De stichtingen zullen dan ook als "klein" classificeren. Kleine ondernemingen zijn ook in Nederland vrijgesteld van consolidatie- en controleplicht. Voor een verdere analyse wordt er dan ook van uitgegaan dat in hoofde van de drie Nederlandse AK's geen enkele consolidatieplicht bestaat. Noch voor elk afzonderlijk, noch voor de drie samen.

In tweede instantie dient vervolgens nagegaan te worden of de drie Belgische holdings onder centrale leiding staan. Het begrip centrale leiding wordt binnen het Wetboek van Vennootschappen gedefinieerd met een onweerlegbaar en een weerlegbaar vermoeden. Een vennootschap wordt onweerlegbaar vermoed onder centrale leiding te staan wanneer de centrale leiding van deze vennootschappen voortvloeit uit tussen deze vennootschappen gesloten overeenkomsten[1] of uit statutaire bepalingen, of wanneer hun bestuursorganen voor het merendeel bestaan uit dezelfde personen (art. 10, § 2 W.Venn.). Behoudens tegenbewijs worden vennootschappen weerlegbaar vermoed onder centrale leiding te staan wanneer de meerderheid van hun aandelen worden gehouden door dezelfde personen (art. 10, § 3 W.Venn.).

1. In een eerste benadering moet de vraag gesteld worden of het feit dat de drie AK's bestuurd worden door telkens dezelfde zaakvoerders, voldoende is om te besluiten tot het onweerlegbaar vermoeden van centrale leiding. Om het onweerlegbaar vermoeden van art. 10, § 2, 2° W.Venn. te kunnen inroepen, dient het sensu stricto te gaan om het bestuursorgaan van de drie consolidatieplichtige holdings A, B en C zelf.[2] De drie bestuursorganen van de drie holdings bestaan niet uit dezelfde personen. Zelfs als rekening gehouden wordt met het aanduiden van de conform art. 61, § 2, eerste lid W.Venn. vaste vertegenwoordiger, zijn die enkel dezelfde voor wat holdings B en C betreft. Gezien de enige vaste bestuurder van BVBA Y en Z de natuurlijke persoon Q is, acht de Commissie de kans groot dat de holdings B en C onder centrale leiding staan. De Commissie is dus de mening toegedaan dat het feit dat de beide bestuursorganen middels hun enige vaste vertegenwoordiger natuurlijk persoon dezelfde zijn, het onweerlegbaar vermoeden van art. 10, § 2, 2° W.Venn. kan doen gelden. Alhoewel in de regel het bestuursorgaan verantwoording verschuldigd is aan een andere aandeelhoudersvergadering, is in deze het feit dat middels de certificaten van de administratiekantoren de aandelen van elke holding toebehoren aan dezelfde aandeelhouders, naar haar mening, doorslaggevend.

2. Een tweede benadering kan vertrekken van het weerlegbaar vermoeden van art. 10, § 3 W.Venn. dat stelt dat als de meerderheid van de aandelen wordt gehouden door dezelfde personen, de centrale leiding weerlegbaar wordt vermoed. Wellicht bedoelt de wetgever met dit vermoeden dat de aandelen van verscheidene vennootschappen moeten worden gehouden door dezelfde natuurlijke personen of rechtspersonen andere dan vennootschappen.[3] In deze moet rekening gehouden worden met de bepalingen van art. 7 W.Venn. Zoals de Commissie reeds aanstipte in haar advies 178/1 met betrekking tot de boekhoudkundige aspecten van de certificatie van aandelen van handelsvennootschappen[4], is in de huidige Belgische en Europese wetgeving, de controle op onweerlegbare wijze verbonden met het bezit van het stemrecht. Daarbij dient rekening te worden gehouden, naast de persoon die over het stemrecht beschikt, met de persoon voor wiens rekening krachtens een overeenkomst, het stemrecht wordt uitgeoefend. Bij de certificatie van aandelen komt het stemrecht per definitie steeds toe aan de emittent van de certificaten die immers ook eigenaar is van de aandelen. De vraag is evenwel terecht of de emittent het stemrecht voor eigen rekening uitoefent, dan wel voor rekening van een andere persoon aan wie het stemrecht alsdan wordt toegerekend . Om te bepalen wie over de controle beschikt na een certificatieverrichting, moet dus worden onderzocht voor wiens rekening het stemrecht dat de emittent van de certificaten bezit, wordt uitgeoefend. Dat onderzoek moet geval

per geval plaatsvinden en uitgaan van de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen zoals die blijkt uit de certificatieovereenkomst, of in voorkomend geval, uit het geheel van overeenkomsten die er nauw mee zijn verbonden. Naar de mening van de Commissie kunnen in deze de drie AK's met de certificeringsovereenkomst beschouwd worden "als een overeenkomst met een gelijkwaardige uitwerking" als een tussenpersoon zoals bedoeld in art. 7, § 2 W.Venn. Uit alles blijkt dat de certificaten van de drie AK's telkens toebehoren aan de echtlieden P en Q. en dat het bestuursorgaan van de drie AK's telkens bestaat uit beide echtlieden samen. Het leveren van het tegenbewijs voorzien in art. 10, § 3 W.Venn. zal naar de mening van de Commissie moeilijk zijn vermits de certificaten aan steeds dezelfde natuurlijke personen toebehoren.

Op basis van deze tweede redenering is de Commissie de mening toegedaan dat naar Belgisch recht, in de veronderstelling dat de AK's naar Nederlands recht niet consolideren, de drie holdings A, B en C onder centrale leiding staan. Bijgevolg is naar de mening van de Commissie art. 111 W.Venn. van toepassing dat stelt dat in geval van een consortium een geconsolideerde jaarrekening moet worden opgesteld waarin alle vennootschappen worden opgenomen die het consortium vormen, alsook hun dochterondernemingen. Elk van de vennootschappen die het consortium vormen, wordt als een consoliderende vennootschap beschouwd. De vennootschappen die het consortium vormen, staan gezamenlijk in voor de opstelling en de openbaarmaking van de geconsolideerde jaarrekening en het jaarverslag over de geconsolideerde jaarrekening.

---

1 Aan deze voorwaarde zal niet vaak worden voldaan. Het is eerder zeldzaam dat twee of meer vennootschappen onderling zouden overeenkomen dat ze zich onder een centrale leiding zullen plaatsen, temeer daar de uitwerking van een dergelijke overeenkomst op tal van wettelijke bezwaren zal stuiten. Ook aan het vermoeden dat een centrale leiding voorligt op grond van de statutaire bepalingen zal niet frequent voldaan zijn. (BYTTEBIER, K., "art. 5 -13 W.Venn.", In X., Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Begrip controle over een vennootschap, Kluwer, losbladig, p. 43 -45).

2 Volledigheidshalve kan hier aangestipt worden dat de regels vervat in art. 7 W.Venn. enkel gelden voor het vaststellen van de controlebevoegdheid.

3 BYTTEBIER, K., op. cit.

4 Bull. CBN, nr. 47, mei 2002, blz. 45.