

FICHE

De VZW als gemeentelijk extern verzelfstandigd agentschap met privaatrechtelijke vorm in de zin van het gemeentedecreet

(na wijzigingsdecreet van 23 januari 2009
en op basis van Omzendbrief BB 2009/2 van 5 juni 2009)

Deze tekst is grotendeels overgenomen en gebaseerd op de tekst "Verzelfstandiging van cultuur- en gemeenschapscentra en het gemeentedecreet" die prof. dr. Frederik Vandendriessche & Mr. Stefan Jochems in opdracht van de VVC schreven.

Deel 1: Beschrijving en kenmerken

Begripsbepaling

Het gemeentelijk extern verzelfstandigd agentschap met privaatrechtelijke vorm is – net zoals een autonoom gemeentebedrijf – in de eerste plaats een gemeentelijk extern verzelfstandigd agentschap. Artikel 225, § 1, van het Gemeentedecreet geeft hiervan volgende omschrijving:

"De gemeentelijke extern verzelfstandigde agentschappen zijn diensten met een eigen rechtspersoonlijkheid die door de gemeente worden opgericht of waarin de gemeente deelneemt en die belast zijn met welbepaalde beleidsuitvoerende taken van gemeentelijk belang. Vanuit hun taakstelling inzake beleidsuitvoering kunnen de gemeentelijke extern verzelfstandigde agentschappen tevens betrokken worden bij de beleidsvoorbereiding."

Eigen aan deze rechtsvorm is dat niet een nieuwe rechtsvorm van publiekrechtelijke aard wordt gecreëerd (zoals het autonoom gemeentebedrijf) maar wel dat de privaatrechtelijke vormen opgesteld worden voor de gemeenten. De rechtsvorm van de privaatrechtelijke agentschappen moet dan wel volledig overeenstemmen met de dwingende bepalingen van dat privaatrecht. Onverminderd de voorwaarden waarvan de gemeentelijke deelname afhankelijk wordt gesteld, zijn deze agentschappen dus onderworpen aan de regels die op hun private rechtsvorm van toepassing zijn. Dit geldt onder meer voor de regelgeving inzake personeel, toezicht, bestuurssamenstelling en -verantwoordelijkheid, boekhouding, financiën en ontbinding.

In tegenstelling tot het autonoom gemeentebedrijf zijn de gemeentelijke agentschappen met private rechtsvorm bovendien niet noodzakelijk eenhoofdig. Naast de gemeente kunnen ook private en sommige publieke partners erin deelnemen.

De gemeentelijke externe verzelfstandiging in privaatrechtelijke vorm is niet beperkt tot welbepaalde rechtsvormen. Zowel de commerciële (NV, CVBA, ...) als de niet-commerciële privaatrechtelijke rechtsvormen (vzw en stichtingen) kunnen worden gehanteerd. Die privaatrechtelijke rechtsvormen worden in het bijzonder geregeld in (i) het Wetboek van vennootschappen (vastgesteld bij wet van 7 mei 1999) en (ii) de vzw-wet van 27 juni 1921, gewijzigd door de wet van 2 mei 2002 en de wet van 16 januari 2003 (V&S – wet).

Beheersstructuur

De vzw - wetgeving

De vzw - wetgeving stelt een aantal organen verplichtend in, en vermeldt er andere die niet verplicht zijn. Bovendien deze organen zouden de statuten nog andere organen kunnen inrichten.

Een vzw heeft in ieder geval een algemene vergadering en een raad van bestuur.

De algemene vergadering vertegenwoordigt de leden in de interne werking, en oefent de controle over het bestuur uit. Zij heeft enkel die bevoegdheden die de wet en de statuten haar voorbehouden, zoals daar zijn: de wijziging van de statuten; de benoeming en afzetting van bestuurders, de benoeming en afzetting van commissarissen en de bepaling van hun vergoeding; de kwijting van de bestuurders en de commissarissen; de goedkeuring van de begroting en van de jaarrekening; de ontbinding van de vzw, met inbegrip van de bestemming van het actief en de benoeming van de vereffenaar voor zover de statuten dit niet reeds bepalen; de uitsluiting van een lid; de omzetting van de vzw.

De statuten mogen ook andere bevoegdheden toekennen aan de algemene vergadering.

Het is aan te raden dat de statuten ook bepalingen bevatten inzake de aanwezigheidsquota en de vereiste beslissingsmeerderheid.

De algemene vergadering kan een huishoudelijk reglement of een reglement van inwendige orde aannemen waarin een aantal zaken die niet voldoende werden geregeld in de statuten, verder worden uitgewerkt.

De raad van bestuur is belast met het bestuur van de vereniging, en heeft alle bevoegdheden die niet aan andere organen worden voorbehouden. De raad van bestuur bestuurt de vereniging en vertegenwoordigt haar in en buiten rechte. Alle bevoegdheden die de wet niet uitdrukkelijk verleent aan de algemene vergadering, worden toegekend aan de raad van bestuur. De statuten kunnen deze bevoegdheden wel beperken. Deze beperkingen, alsook de taakverdeling die de bestuurders eventueel zijn overeengekomen, kunnen niet aan derden worden tegengeworpen, zelfs niet indien zij zijn bekendgemaakt.

De raad van bestuur bestaat uit ten minste drie leden. Het is een collegiaal orgaan dat beslist bij meerderheid. Indien de vzw niet meer dan drie werkelijke leden telt, dan bestaat de raad van bestuur slechts uit twee leden.

Het dagelijks bestuur van de vzw kan worden opgedragen aan één of meer personen (artikel 13bis van de wet van 27 juni 1921).

Er kan ook worden voorzien in een orgaan van vertegenwoordiging (artikel 13, vierde lid van de wet van 27 juni 1921).

De samenstelling van de algemene vergadering en de raad van bestuur volgens het gemeentedecreet

De gemeente dient over een meerderheid (minstens de helft +1) van de stemmen in de algemene vergadering van de vzw te beschikken. In tegenstelling tot de voordracht in de raad van bestuur, betreft het hier wel effectieve gemeenteraadsleden. Maar de gemeente is als gemeente lid van de vzw en kan zich laten vertegenwoordigen door één fysieke persoon die dan over alle stemmen (meerderheid) beschikt. De vertegenwoordiging van de gemeente moet volgens het gemeentedecreet Art. 246 § 2 handelen overeenkomstig de instructies van de gemeenteraad.

Voor wat betreft de vertegenwoordigers van de gemeente in de raad van bestuur, gebeurt de benoeming (door de algemene vergadering) op voordracht van de gemeente. Ook in de raad van bestuur draagt de gemeente de meerderheid van de leden voor. Dit hoeven echter geen effectieve gemeenteraadsleden te zijn en kunnen dus 'derden' zijn, die aangeduid worden als vertegenwoordigers van de politiek. In zo'n geval zijn bepaalde leden van de raad van bestuur geen lid van de algemene vergadering, wat perfect kan volgens de vzw – wetgeving.

Elke fractie kan minstens één lid in de raad van bestuur aanduiden. Op die manier is elke fractie vertegenwoordigd in de raad van bestuur. De overige leden van de raad van bestuur worden als volgt aangeduid:

- eerst wordt het aantal leden evenredig verdeeld onder de fracties die deel uitmaken van het college en de fracties die geen deel uitmaken van het college;

- vervolgens gebeurt er telkens een evenredige verdeling over de fracties die deel uitmaken van het college en over de fracties die geen deel uitmaken van het college.

Als de gewaarborgde vertegenwoordiging echter afbreuk zou doen aan de mogelijkheid voor de fracties die vertegenwoordigd zijn in het college om minstens de helft van de leden van de raad van bestuur aan te duiden, worden de leden aangeduid op volgende wijze:

- eerst wordt het aantal leden evenredig verdeeld onder de fracties die deel uitmaken van het college en de fracties die geen deel uitmaken van het college;
- vervolgens gebeurt er telkens een evenredige verdeling van de toegekende zetels over de fracties die deel uitmaken van het college en over de fracties die geen deel uitmaken van het college.

Een voorbeeld

Een gemeenteraad telt 23 leden. De meerderheidsfracties A en B tellen respectievelijk 9 en 3 leden. De minderheidsfracties C, D, E en F tellen respectievelijk 5, 3, 2 en 1 leden. Elke fractie kan één lid in de raad van bestuur aanduiden. Op die manier zijn reeds 6 bestuursfuncties ingevuld. De 4 andere bestuurders worden verdeeld volgens een bestaand systeem (Imperiali, D'Hondt,...). De evenredige verdeling meerderheid – minderheid levert beide 2 zetels op. De evenredige verdeling binnen de meerderheid kent de twee zetels toe aan fractie A. De evenredige verdeling binnen de minderheid verdeelt de twee zetels tussen fractie C en D.

Als resultaat krijgen we de volgende verdeling: 3A, 1B, 2C, 2D, 1E en 1F. In dit geval heeft de meerderheidsfractie (A en B) niet minstens de helft van de bestuursmandaten: 4 versus 6.

In dit geval laten we de gewaarborgde vertegenwoordiging vallen. We vertrekken van een evenredige verdeling tussen meerderheid en minderheid van elk 5 mandaten. Binnen de meerderheid is de evenredige verdeling: 4A en 1B. Binnen de minderheid is de evenredige verdeling: 3C, 1D en 1E.

Het resultaat is: 4A, 1B, 3C, 1D en 1E. De meerderheidsfracties hebben hier minstens de helft van de zetels (5), maar de fractie F heeft geen vertegenwoordiging.

Man - vrouw verhouding

Ten hoogste twee derde van de door de gemeente voorgedragen leden van de raad van bestuur is van hetzelfde geslacht. Een dergelijke regel geldt niet voor de vertegenwoordiging van de gebruikers en het middenveld (strekkingen). Als aan deze voorwaarde niet is voldaan op basis van de aangeduide kandidaten, geldt de vereiste van de hiervoor vermelde maximale twee-derde-regel zowel voor de fracties die deel uitmaken van het college als voor de fracties die geen deel uitmaken van het college. Als aan die vereiste niet wordt voldaan, duiden de grootste fracties in afnemende volgorde het lid van het andere geslacht aan totdat voldaan is aan de vereiste dat maximum twee derde van de leden van de raad van bestuur van hetzelfde geslacht moet zijn.

Om verwarring te vermijden over deze aanduiding door de grootste fracties, is het nuttig hierbij een voorbeeld te geven. Indien er drie fracties (= groep A) tot het college behoren en twee fracties (= groep B) niet tot het college behoren, moeten zowel groep A als groep B zorgen dat voldaan is aan de een-derde-twee-derde-regel (de zogenaamde gendervertegenwoordiging). Binnen elke groep (A én B) moet niet alleen de grootste fractie personen van het andere geslacht leveren tot voldaan is aan deze vereiste maar moeten ook de andere fracties personen van het andere geslacht leveren in afnemende volgorde van grootte.

De mandaten van de vertegenwoordigers van de gemeente kunnen te allen tijde herroepen worden door de gemeenteraad of door de vertegenwoordigers van de gemeente in de algemene vergadering. Aan de mandaten van de vertegenwoordigers van de gebruikers en strekkingen wordt een einde gesteld conform de statutaire bepalingen. De bestuurder kan ook te allen tijde (maar niet ontijdig) ontslag nemen, zonder dat de instemming van de vzw vereist is. Een bestuursmandaat neemt ook een einde door overlijden of onbekwaamverklaring.

Alle aanwijzingen en voordrachten worden herroepen door de volledige vernieuwing van de gemeenteraad. De vertegenwoordigers blijven in functie totdat hun vervangers zijn aangewezen of benoemd.

Relatie met het Cultuurpact

Er stelt zich een groot probleem met de bepaling dat de vertegenwoordigers van de gemeente in de algemene vergadering moeten handelen overeenkomstig de instructies van de gemeenteraad. Deze bepaling is duidelijk in strijd met de Cultuurpactwetgeving die bepaalt dat alle politieke strekkingen aan bod moeten komen.

Het decreet lokaal cultuurbeleid bepaalt dat de cultuur – en gemeenschapscentra moeten beschikken over een beheersorgaan conform de bepalingen van het decreet van 28 januari 1974 betreffende het cultuurpact. Dit decreet voorziet in artikel 9 drie vormen:

- 9a: de evenredige vertegenwoordiging van de politieke strekkingen die bestaan in de betrokken overheid. In dat geval wordt het beheersorgaan bijgestaan door een vaste commissie van advies waarin alle vertegenwoordigende verenigingen van gebruikers en alle filosofische en ideologische strekkingen zijn opgenomen;
- 9b: de vereniging van afgevaardigden van de betrokken overheid met de vertegenwoordigers van de gebruikers en van de strekkingen op basis van het beginsel van de evenredige vertegenwoordiging;
- 9c: de zelfstandige vereniging van specialisten of gebruikers, al dan niet voorzien van een rechtsstatuur, waaraan de betrokken overheid het beheer opdraagt.

De bepalingen van het gemeentedecreet maakt de keuze voor formule 9c onmogelijk. In deze formule is er immers geen gewaarborgde vertegenwoordiging van de politici, een eis die het gemeentedecreet stelt.

Een beheer volgens formule 9a is weinig zinvol omdat er dan naast de twee verplichte organen (algemene vergadering en raad van bestuur) nog een vaste commissie van advies moet zijn bestaande uit vertegenwoordigers van gebruikers en strekkingen.

Beter is dus te kiezen voor formule 9b, waarin naast vertegenwoordigers van de politieke fracties, die de meerderheid moeten vormen, ook de vertegenwoordigers van de gebruikers en de strekkingen evenwaardig – en met beslissingsbevoegdheid – zetelen. Dit zal bovendien de participatie en de motivatie van deze vertegenwoordigers stimuleren in tegenstelling tot formule 9a waarin ze enkel een adviserende bevoegdheid hebben.

Autonomie van de gemeentelijke vzw

Beginsel : een ruime autonomie

De autonomie van het extern verzelfstandigd agentschap in vzw-vorm is de regel, de beperkingen hierop de uitzondering.

Beperking van de autonomie door de controle vanuit de gemeente en de Vlaamse overheid

Indien gekozen wordt voor een privaatrechtelijke vormgeving, zullen de beslissingen van het privaatrechtelijk agentschap in principe niet onderworpen kunnen worden aan een bestuurlijk schorsings- en vernietigingstoezicht. Voor de regeling van het toezicht kan enkel gebruik gemaakt worden van privaatrechtelijke toezichtmechanismen: aansprakelijkheid van bestuurders, benoeming en ontslag bestuurders, controle op de rekeningen en boekhouding, ...

Gelet op het gewaarborgde overzicht van de gemeente en de fracties in het extern verzelfstandigd agentschap in privaatrechtelijke vorm, kan echter niet gesproken worden van een democratisch deficit.

Er wordt verder ook aanvaard dat een aangepaste vorm van overheidscontrole wordt uitgewerkt. Zo zijn erkenningsvoorwaarden vastgesteld en wordt toezicht uitgeoefend op de naleving ervan. De toekenning van subsidies of andere middelen aan de vzw, kan door de gemeente of de Vlaamse overheid bovendien gekoppeld worden aan voorwaarden die de goede besteding van de middelen waarborgen. Aldus kan ook het gebruik van personeel, gebouwen en andere activa aan voorwaarden worden gekoppeld. Bovendien moeten luidens artikel 247 van het Gemeentedecreet voorwaarden

opgenomen worden in een samenwerkingsovereenkomst tussen enerzijds het privaatrechtelijk agentschap en anderzijds de betrokken gemeente.

Aansprakelijkheid

Het gemeenrechtelijk aansprakelijkheidregime voor de verenigingen is van toepassing op de gemeentelijke vzw's. Er dient onderscheid gemaakt te worden tussen de problematiek van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon enerzijds en deze van het management anderzijds.

Aansprakelijkheid van de vzw

Ten aanzien van derden

Aangezien het verzelfstandigd agentschap over eigen rechtspersoonlijkheid beschikt, zal niet de gemeente of de andere leden maar de gemeentelijke vzw worden aangesproken om verantwoording af te leggen voor eventuele fouten.

Ten aanzien van de gemeente

Er wordt niet in een bijzondere aansprakelijkheidsregeling tussen de gemeente en de gemeentelijke vzw voorzien. Ter zake geldt derhalve in beginsel het gemeen recht, zij het dat in de samenwerkingsovereenkomst specifieke voorschriften hierover kunnen worden opgenomen.

Persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders

De bestuurders zijn niet persoonlijk gebonden door de verbintenissen van de gemeentelijke vzw.

Elke bestuurder is ten aanzien van de vzw echter aansprakelijk voor een correcte uitvoering van het opgedragen mandaat. De bestuurders zijn dan ook elk individueel (i.e. zonder hoofdelijkheid) aansprakelijk voor de tekortkomingen in de normale uitoefening van hun bestuur. De bestuurder is verantwoordelijk voor foutief of wanbeleid.

De bestuurders zijn eveneens ten aanzien van derden aansprakelijk op basis van artikel 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, i.e. bij onrechtmatige daad (te weten bij de schending van een wettelijke norm of van de algemene zorgvuldigheidsplicht). De aansprakelijkheid is niet hoofdelijk.

Het niet tijdig aanklagen van onregelmatigheden begaan door andere bestuurders, waarvan men weet heeft, moet ook als een onrechtmatigheid worden beschouwd in hoofde van de lijdzame bestuurder.

De algemene vergadering van de vzw beslist jaarlijks na de goedkeuring van de jaarrekening, over de aan de bestuurders te verlenen kwijting. Door de kwijting doet de vzw, afstand van de aansprakelijkheidsvordering tegen de bestuurders voor fouten begaan tijdens het boekjaar waarop de kwijting betrekking heeft. De kwijting verbindt derden niet.

De kwijting is alleen rechtsgeldig als de ware toestand van de vzw niet wordt verborgen door enige weglating of onjuiste opgave in de rekeningen of in de rapportering betreffende de uitvoering van de beheersovereenkomst.

Personeel

Eigen personeel

Het eigen personeel van de gemeentelijke vzw is onderworpen aan het privaatrecht. Dit betekent dat dit personeel via arbeidsovereenkomst wordt tewerkgesteld en o.m. de CAO-wetgeving van toepassing is (Paritair Comité 329.01)

Personeel vanuit de gemeente

De terbeschikkingstelling van werknemers ten behoeve van gebruikers wordt principieel verboden door artikel 31 van de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers. Deze bepaling is in beginsel wel enkel van toepassing op de contractuele werknemers van de gemeenten.

Er zal steeds *in concreto* nagegaan moeten worden of de terbeschikkingstelling van contractueel gemeentepersoneel aan een erkend cultureel centrum dat wordt beheerd in de vzw-vorm, binnen de toepassings sfeer van de wet valt en of er sprake is van een terbeschikkingstelling.

Artikel 144bis van de nieuwe gemeentewet voert echter een afwijking op artikel 31 van de wet van 24 juli 1987 in, ondermeer ten voordele van de vereniging zonder winstoogmerk, mits een aantal voorwaarden worden nageleefd opgesomd in voormeld artikel.

- De vereniging zonder winstoogmerk moet ten minste één lid tellen dat door de gemeenteraad is aangewezen.
- De terbeschikkingstelling moet een beperkte tijd hebben en betrekking hebben op een opdracht die rechtstreeks verband houdt met een gemeentelijk belang.
- De arbeidsvoorwaarden en het loon, met inbegrip van de vergoedingen en voordelen, van de terbeschikkinggestelde werknemer mogen niet lager liggen dan deze die hij zou genieten mocht hij bij de gemeente zijn tewerkgesteld. Gedurende de periode waarin de werknemer ter beschikking wordt gesteld, is de vzw verantwoordelijk voor de toepassing van de bepalingen van de wetgeving inzake de reglementering en de bescherming van de arbeid.
- De voorwaarden en de duur van de terbeschikkingstelling evenals de aard van de opdracht moeten worden vastgesteld in een geschrift, goedgekeurd door de gemeenteraad en ondertekend door de gemeente, de vzw en de werknemer en dit voor het begin van de terbeschikkingstelling.
- De terbeschikkingstelling is maar mogelijk voorzover de vzw zelf de werknemer had kunnen aanwerven onder de voorwaarden waaronder hij is aangeworven door het gemeentebestuur.

Het statutair personeel kan ter beschikking worden gesteld van of overgedragen aan de vzw indien en in de mate het personeelsstatuut van de gemeente hierin voorziet. Dit personeelsstatuut bepaalt ook de rechtspositie van het ter beschikking gestelde personeel.

Gesco's

De extern verzelfstandigde agentschappen in de vorm van een vzw kunnen momenteel in beginsel wel beroep doen op de Gesco-regelgeving voor de plaatselijke besturen. Deze vzw's zullen immers (mede) opgericht zijn door het plaatselijk bestuur en het plaatselijk bestuur zal ook beschikken over een meerderheid van de stemmen in de algemene vergadering en een meerderheid van de bestuurders in de raad van bestuur (en dus "een overwegende rol spelen"). Vanzelfsprekend zullen bij de eventuele aanwerving van Gesco's door de gemeentelijke vzw ook de overige voorwaarden van de reglementering nageleefd moeten worden (bv. principiële verplichting – waarop bepaalde afwijkingen mogelijk zijn – om minstens 60% eigen personeel te hebben).

Begroting en boekhouding

Begroting en boekhouding zijn onderworpen aan de wetgeving op de vzw's. Dit wordt geregeld in artikel 17 van de wet van 27 juni 1921.

Ieder jaar en ten laatste binnen zes maanden na afsluitingsdatum van het boekjaar, legt de raad van bestuur de jaarrekening van het voorbije boekjaar alsook de begroting van het volgende boekjaar, ter goedkeuring voor aan de algemene vergadering.

De verenigingen voeren een vereenvoudigde boekhouding die tenminste betrekking heeft op de mutaties in contant geld of op de rekeningen, overeenkomstig een door de Koning vastgesteld model.

De verenigingen houden evenwel hun boekhouding en maken hun jaarrekening op overeenkomstig de bepalingen van de wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding van de ondernemingen, wanneer bij de afsluiting van het boekjaar, met betrekking tot ten minste twee van de volgende drie criteria de onderstaande cijfers op hen van toepassing zijn :

1° het equivalent, gemiddeld over het jaar, van 5 voltijdse werknemers ingeschreven in het personeelsregister dat wordt gehouden overeenkomstig het koninklijk besluit nr. 5 van 23 oktober 1978 betreffende het bijhouden van sociale documenten;

2° in totaal 250.000 EUR aan andere dan uitzonderlijke ontvangsten, exclusief de belasting over de toegevoegde waarde;

3° een balanstotaal van 1.000.000 EUR.

De vorige regels zijn niet van toepassing op verenigingen die wegens de aard van hun hoofdactiviteit onderworpen zijn aan bijzondere, uit een wetgeving of een overheidsreglementering voortvloeiende regels betreffende het houden van hun boekhouding en betreffende hun jaarrekening, voorzover zij minstens gelijkwaardig zijn aan die bepaald op grond van deze wet. Het Gemeentedecreet lijkt echter geen bijzondere boekhoudkundige regels voor de gemeentelijke vzw's op te leggen.

Fiscaal statuut

BTW - statuut

Het kiezen voor de rechtsvorm van een vereniging zonder winstoogmerk heeft geen invloed op de BTW-belastingplicht. Het al dan niet maken of streven naar winst is immers geen criterium om al dan niet de hoedanigheid van BTW-belastingsplichtige te verkrijgen.

Of de handelingen van de vzw al dan niet aan de verplichtingen inzake BTW onderworpen zijn en welke verplichtingen dat met zich mee brengt, dient geval per geval te worden onderzocht. We verwijzen hier naar de beschouwingen die werden gemaakt naar aanleiding van het autonoom gemeentebedrijf over de verschillende aspecten van een mogelijke vrijstelling onder artikel 44 §2, 9° W.BTW.

Vennootschapsbelasting of rechtspersonenbelasting

De wetgever onderwerpt de vzw aan de vennootschapsbelasting zodra deze een "onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard" (artikel 2, § 2, 1°, al. 1 *juncto* 179 en 220, 3° W.I.B. 1992). Deze voorwaarde is een feitenkwestie. Hierbij moet men geen acht slaan op de aard van de verrichtingen die winst of baten afwerpen.

Er kan verdedigd worden dat de als gemeentelijke vzw uitgebate cultuur- en gemeenschapscentra genieten van de uitzondering toegekend in artikel 220, 3°, *juncto* artikel 182, 3°, van het wetboek van de inkomstenbelasting (zie randnummer 104). Voorzichtigheidshalve dient echter geval per geval te worden onderzocht of aan de voorwaarden in deze artikelen is voldaan.

Een vzw die aan de rechtspersonenbelasting wordt onderworpen is niet belastbaar op subsidies, giften, ledenbijdragen of ontvangsten uit sponsoring en evenmin op inkomsten uit winstgevende activiteiten.

Komt de vzw echter in het stelsel van de vennootschapsbelasting terecht, dan worden alle voormelde (netto-)inkomsten daarentegen globaal belast aan het basistarief.

Registratierechten

De gemeente-vzw's kunnen niet genieten van de uitzonderingsbepaling (mbt de kosteloze registratie) voorzien in artikel 161, 2°, van het wetboek registratie-, hypotheek- en griffierechten. Wel moet opgemerkt worden dat in het Vlaamse Gewest bepaalde gunstige maatregelen werden ingevoerd inzake registratierechten (b.v. 7% op de schenking of gratis inbreng in een vzw, afkomstig van een individu of rechtspersoon).

DEEL 2: De omvorming van een bestaande vzw of de oprichting van een gemeentelijke vzw onder het Gemeentedecreet ?

Wanneer?

1. Het hersteldecreeet van 25 januari 2009 bepaalt dat bestaande rechtspersonen die door de gemeente zijn belast met taken van gemeentelijk belang hun werking en statuten tegen uiterlijk 1 januari 2013 moeten aangepast hebben aan de regelgeving van het gemeentedecreet. Concreet betekent dit dat **bestaande** vzw's moeten omgevormd zijn tegen 1 januari 2013.
2. Hetzelfde geldt voor de omvorming van een bestaande vzw in een nieuwe AGB. Hier geldt geen sperperiode (zie punt 3) omdat een AGB een lichtere vorm van verzelfstandiging is.
3. Maar... artikel 227 GD bepaalt dat er in de loop van een periode van twaalf maanden voor de datum van de volledige vernieuwing van de gemeenteraden geen beslissing kan worden genomen tot oprichting van of deelname in een gemeentelijk extern verzelfstandigd agentschap. Wordt er een **nieuwe** vzw opgericht dan geldt er een sperperiode van 12 maanden voor het einde van de legislatuur. Een **nieuwe** vzw binnen de huidige legislatuur moet dus opgericht zijn voor 1 januari 2012.

Hoe?

De oprichting kan worden onderverdeeld in 6 opeenvolgende fasen :

- het oprichtingsverslag
- de oprichtingsbeslissing
- de goedkeuring door toezicht
- de eigenlijke oprichting
- het sluiten van een beheersovereenkomst
- de opvolging.

Eerste fase: het verslag

Het college van burgemeester en schepenen dient een verslag op te maken waarin :

- de voor- en nadelen van de externe verzelfstandiging tegen elkaar worden afgewogen
- wordt aangetoond dat het beheer binnen de rechtspersoonlijkheid van de gemeente noch in de vorm van een autonoom gemeentebedrijf niet dezelfde voordelen kan bieden.

Tweede fase : (principiële) beslissing om over te gaan tot de oprichting van of deelname aan de vereniging

De gemeenteraad neemt de beslissing om al dan niet over te gaan tot de oprichting of deelname aan de vereniging. Deze bevoegdheid kan niet worden overgedragen aan het college van burgemeester en schepenen (artikel 43, § 2, 5°, van het Gemeentedecreet). De oprichtingsbeslissing omvat de identiteit van de leden die partij zijn tot de overeenkomst (zie verder), de statuten, de omschrijving van eventuele inbrengen, de benoeming van de eerste bestuurders en andere organen van de vzw, etc.

De gemeente bereidt eveneens de eigenlijke oprichting voor, dit vereist het opstellen van het ontwerp van de statuten.

Aan de vzw moeten minstens drie leden deelnemen, waarvan de gemeente er één moet zijn. Het lijkt logisch dat de andere leden enerzijds gemeenteraadsleden of vertegenwoordigers van de gemeente zijn en anderzijds vertegenwoordigers van de verschillende strekkingen en gebruikers (waarvan

sprake in het Cultuurpactdecreet en die in de beheers- en bestuursorganen dienen vertegenwoordigd te worden).

Bij de oprichting van de gemeentelijke vereniging of stichting moet het gelijkheidsbeginsel en de regelgeving inzake mededinging en staatssteun in acht worden genomen.

Luidens artikel 2 van de wet van 27 juni 1921 vermelden de statuten van een vzw tenminste :

“ 1° de naam, voornamen, woonplaats, van iedere stichter, of ingeval het een rechtspersoon betreft, de naam, de rechtsvorm en het adres van de zetel;

2° de naam en het adres van de zetel van de vereniging, alsook de vermelding van het gerechtelijk arrondissement waaronder zij ressorteert;

3° het minimumaantal leden, dat niet minder mag zijn dan drie;

4° de precieze omschrijving van het doel of van de doeleinden waarvoor zij is opgericht;

5° de voorwaarden en de formaliteiten betreffende toetreding en uittreding van de leden;

6° de bevoegdheden van de algemene vergadering en de wijze van bijeenroeping ervan, alsook de wijze waarop haar beslissingen aan de leden en aan derden ter kennis worden gebracht;

7° a) de wijze van benoeming, ambtsbeëindiging en afzetting van de bestuurders, de omvang van hun bevoegdheden en de wijze waarop zij die uitoefenen, ofwel alleen, ofwel gezamenlijk, ofwel als college, en de duur van hun mandaat;

b) in voorkomend geval, de wijze van benoeming, ambtsbeëindiging en afzetting van de personen gemachtigd de vereniging overeenkomstig artikel 13, vierde lid, te vertegenwoordigen, de omvang van hun bevoegdheden en de wijze waarop zij die uitoefenen, ofwel alleen, ofwel gezamenlijk, ofwel als college;

c) in voorkomend geval, de wijze van benoeming, ambtsbeëindiging en afzetting van de personen aan wie het dagelijks bestuur van de vereniging is opgedragen overeenkomstig artikel 13bis , eerste lid, de omvang van hun bevoegdheden en de wijze waarop zij die uitoefenen, ofwel alleen, ofwel gezamenlijk, ofwel als college;

8° het maximumbedrag van de bijdragen of van de stortingen ten laste van de leden;

9° de bestemming van het vermogen van de vereniging ingeval zij wordt ontbonden, welk vermogen tot een belangloze doelstelling moet worden aangewend;

10° de duur van de vereniging ingeval zij niet voor onbepaalde tijd is aangegaan.”

Bij het vaststellen van de statuten zal vanzelfsprekend rekening gehouden moeten worden met de specificiteit van de gemeentelijke vzw. Het betreft dan met name:

- de verplichting dat de gemeente een meerderheid van de stemmen heeft in de algemene vergadering;
- de verplichting dat een meerderheid van de leden de raad van bestuur door de gemeente worden voorgedragen
- de verplichting in de statuten te bepalen dat de vertegenwoordigers van de gemeente in de organen of de leden die deelnemen op grond van hun hoedanigheid als gemeentelijk vertegenwoordiger, van rechtswege ontslagnemend zijn bij het verlies van die hoedanigheid.

Derde fase: de goedkeuring door de Vlaamse Regering

De beslissing tot oprichting (of deelname) wordt samen met het verslag waarin de voor- en nadelen tegen elkaar worden afgewogen, en het ontwerp van de statuten(wijziging) binnen de dertig dagen

overgemaakt aan de Vlaamse Regering per aangetekende zending of afgegeven tegen ontvangstbewijs.

Binnen de honderd dagen na verzending keurt de Vlaamse Regering de beslissing al dan niet goed. Als die termijn verstrijkt zonder dat de Vlaamse Regering een beslissing heeft genomen en die beslissing verzonden heeft aan de gemeente, dan wordt de goedkeuring geacht te zijn verleend.

Vierde fase: de oprichting van (of het nemen van de deelname in) de vzw

Eenmaal de Vlaamse Regering zijn goedkeuring heeft gegeven, wordt de oprichtingsbeslissing definitief.

Bij een nieuwe vzw keurt de stichtingsvergadering de statuten goed en duidt de bestuurders aan. Bij een omvorming van een bestaande vzw keurt de vernieuwde algemene vergadering de statuten goed en duidt de bestuurders aan.

De statuten worden bij authentieke of bij onderhandse akte vastgesteld. De vereniging bezit rechtspersoonlijkheid vanaf de dag dat haar statuten, de akten betreffende de benoeming van de bestuurders en in voorkomend geval van de personen gemachtigd om de vereniging in en buiten rechte te vertegenwoordigen, worden neergelegd op de griffie van de rechtbank van koophandel.

Vijfde fase: de beheersovereenkomst

Tussen de gemeente en het privaatrechtelijk agentschap wordt een samenwerkingsovereenkomst gesloten betreffende de uitvoering van de toevertrouwde taken van gemeentelijk belang. De bevoegdheid inzake de goedkeuring van de beheersovereenkomst, kan niet worden toevertrouwd aan het college van burgemeester en schepenen en komt dus enkel aan de gemeenteraad toe.

In uitvoering van artikel 247 van het Gemeentedecreet regelt de samenwerkingsovereenkomst de volgende aangelegenheden:

“1° in voorkomend geval de aanwending van de aan het agentschap ter beschikking gestelde of overgedragen personeelsleden, middelen en infrastructuur;

2° binnen de perken en overeenkomstig de toekenningsvoorwaarden, bepaald door de Vlaamse Regering, het presentiegeld en de andere vergoedingen die in het kader van de bestuurlijke werking van het agentschap worden toegekend,

3° de wijze waarop de gemeentelijke vennootschap, vereniging of stichting zal voorzien in een systeem van interne controle;

4° de instemming van de gemeentelijke vennootschap, vereniging of stichting met de toekenning aan een externe auditcommissie of één of meer commissarissen van audittaken in de gemeentelijke vennootschap, vereniging of stichting overeenkomstig artikel 265, en de wijze waarop de externe auditcommissie of commissaris deze audittaken uitoefent.”

Zesde fase : opvolging

- Openbaarmakingsformaliteiten

Er is voorzien in een viervoudig systeem van openbaarmaking :

1) De goedgekeurde oprichtings- of deelnemingsbeslissing en de statuten van de gemeentelijke vennootschap, vereniging of stichting worden samen met het verslag dat de voor- en nadelen afweegt, ter inzage neergelegd op het secretariaat van de gemeente.

2) Op de griffie van de rechtbank van koophandel wordt een dossier gehouden voor iedere Belgische vereniging zonder winstoogmerk die haar zetel heeft in het arrondissement.

Dit dossier bevat :

1° de statuten van de vereniging;

2° de akten betreffende de benoeming of de ambtsbeëindiging van de bestuurders, van de personen aan wie het dagelijks bestuur is opgedragen, van de personen gemachtigd om de vereniging te vertegenwoordigen en van de commissarissen;

3° een kopie van het register van de leden;

4° de beslissingen betreffende de nietigheid of de ontbinding van de vereniging, de vereffening ervan en de benoeming en de ambtsbeëindiging van de vereffenaars, bedoeld in artikel 23, eerste lid; de rechterlijke beslissingen moeten slechts bij het dossier worden gevoegd als zij in kracht van gewijsde zijn gegaan of uitvoerbaar zijn bij voorraad;

5° de jaarrekening van de vereniging, opgemaakt overeenkomstig artikel 17;

6° de wijzigingen in de in 1°, 2°, 4° en 5°, bedoelde akten, stukken en beslissingen;

7° de gecoördineerde tekst van de statuten na de wijzigingen ervan.

Wanneer wijzigingen optreden in de samenstelling van de vereniging moet een bijgewerkte ledenlijst neergelegd worden binnen één maand te rekenen van de verjaardag van de neerlegging van de statuten.

Eenieder kan met betrekking tot een bepaalde vereniging kosteloos kennis nemen van de neergelegde stukken. Tegen betaling van de griffierechten kan, op mondelinge of schriftelijke aanvraag, een volledig of gedeeltelijk afschrift ervan worden verkregen. Deze afschriften worden eensluidend verklaard met het origineel, tenzij de aanvrager van deze formaliteit afziet.

Een aantal akten, stukken en beslissingen en de wijzigingen eraan, moeten bovendien op kosten van de betrokkenen bij uittreksel bekendgemaakt worden in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad. De bekendmaking moet binnen dertig dagen na de neerlegging plaatsvinden op straffe van schadevergoeding ten laste van de ambtenaren aan wie het verzuim of de vertraging te wijten is.

Op alle akten, facturen, aankondigingen, bekendmakingen en andere stukken die uitgaan van de gemeentelijke vzw, moeten ten slotte steeds een aantal gegevens betreffende deze vzw vermeld worden: de naam van de vzw; onmiddellijk voorafgegaan of gevolgd door de rechtsvorm, nl. de woorden "vereniging zonder winstoogmerk" of de afkorting "vzw"; en ook onmiddellijk gevolgd of voorafgegaan door het adres van de zetel van de vzw.

- Periodieke verantwoording aan de gemeenteraad

Het Gemeentedecreet bevat geen bepalingen die een periodieke verantwoording van het zelfstandig agentschap in privaatrechtelijke vorm aan de gemeenteraad opleggen.

Evenwel dient het agentschap in te stemmen in de samenwerkingsovereenkomst met de toekenning aan een externe auditcommissie of één of meer commissarissen van audittaken overeenkomstig artikel 265. Een dergelijke verplichting is pas zinvol indien zij ook inhoudt dat het jaarlijkse rapport vervolgens niet alleen aan het agentschap maar ook aan de gemeente in kwestie wordt overgemaakt.