

Hof van beroep Antwerpen

15 december 2022 – Kamer B5 E1 Burgerlijke Zaken

Voorzitter: M.-C. WILLEMAERS

Advocaten: Mrs. B. MANNAERT en J. EELEN

NIET-VOLGESTORTE AANDELEN – VRIJSTELLING VAN VOLSTORTINGSPLICHT – BV – ONBESCHIKBAAR EIGEN VERMOGEN – UITKERING – NETTOACTIEFTEST – LIQUIDITEITSTEST – ART. 5:142 EN 5:143 WVV

De vrijstelling van aandeelhouders hun volstortingsplicht betreft een vorm van een uitkering die in de BV onderworpen is aan de dubbele uitkeringstest van art. 5:142 en 5:143 WVV. Een uitkering die in strijd met art. 5:142 en 5:143 WVV werd verricht kan worden teruggevorderd van de aandeelhouder(s) ten behoeve van wie de uitkering was beslist, ongeacht diens goede of kwade trouw.

Ludwig Peeters en Bert Mannaert qq. Curatoren t. / BV DE GAZET VAN OEWELE en [Barbara](#)

(...)

NOOT: Dubbele uitkeringstest in de BV geldt ook voor de vrijstelling van volstorting

1. Situering van het geschil

1. In het hierboven gepubliceerde arrest van het hof van beroep te Antwerpen werd een BVBA door een beslissing van haar algemene vergadering op 8 oktober 2019 vervroegd onderworpen aan de bepalingen van het WVV, waardoor zij werd omgevormd tot een BV. Op diezelfde algemene vergadering werd bovendien het besluit genomen dat de aandeelhouders ervan werden vrijgesteld om het niet-gestorte deel van het kapitaal van de BVBA, hetzij 12.400 euro, te volstorten.

2. Hoewel de eerste rechter aanvankelijk van oordeel was dat deze vrijstelling rechtsgeldig had plaatsgevonden, beschouwt het hof van beroep de vrijstelling van volstorting als een onregelmatige uitkering wegens de miskennis van de dubbele uitkeringstest die conform art. 5:142 en 5:143 WVV in de BV op uitkeringen van toepassing is. Bijgevolg konden de curatoren van de inmiddels failliete BV de uitkering die in strijd met art. 5:142 en 5:143 WVV werd verricht terugvorderen van de aandeelhouder(s) ten behoeve van wie de uitkering was beslist, ongeacht diens goede of kwade trouw.¹

2. Beschikbaarheid eigen vermogen

3. De boekhoudkundige verwerking van het kapitaal bij de omvorming van de BVBA naar een BV vond plaats volgens art. 39, §2, lid 2 van de Invoeringswet van het WVV. Volgens deze regeling wordt het volgestort gedeelte van het kapitaal en de wettelijke reserve van de BVBA van rechtswege en zonder vervulling van enige formaliteit omgevormd in een statutair onbeschikbare eigenvermogensrekening. Het niet-gestorte gedeelte van het kapitaal van de BVBA wordt op dezelfde wijze omgevormd naar een eigenvermogensrekening genaamd ‘niet-opgevraagde inbrengen’. De wet legt niet expliciet een

¹ Art. 5:144, tweede lid WVV.

statutaire onbeschikbaarheid op voor deze rekening. Bij de volstorting dienen de gestorte bedragen op de onbeschikbare eigenvermogensrekening te worden geboekt.²

4. De onbeschikbaarheid van het gestort eigen vermogen kan in de BV worden opgeheven middels een statutenwijziging (cf. no. 3), terwijl het betwist is of de beschikbaarstelling van de niet-gestorte inbrengen tevens een statutenwijziging vereist. In tegenstelling tot onder het oud W.Venn. wordt deze beschikbaarstelling voor de BV namelijk niet langer beschouwd als een kapitaalvermindering die een statutenwijziging vereist. Aangezien de wetgever enkel voor gestorte inbrengen de boeking op een statutair onbeschikbare eigenvermogensrekening verplicht,³ lijkt het dat de beschikbaarstelling van niet-gestorte inbrengen in de BV beslist kan worden bij een gewone meerderheid in de algemene vergadering, zonder bijhorende publicatie in het Belgisch Staatsblad. Dit laatste wordt evenwel in vraag gesteld.⁴ Na een geldige beschikbaarstelling kan het eigen vermogen, hier de niet-opgevraagde inbrengen, vervolgens worden ‘uitgekeerd’ via een vrijstelling van de volstortingsplicht, mits een toepassing van de dubbele uitkeringstest van art. 5:142 en 5:143 WVV (de nettoactief- en liquiditeitstest).⁵ Aan deze laatste vereiste werd *in casu* niet voldaan.

3. De vrijstelling van volstorting

3.1 Volstortingsplicht in de BVBA en BV

5. Niet-volgestorte aandelen zijn de aandelen waarvan de vennootschap nog niet de volledige storting heeft opgevraagd, ongeacht of die storting al dan niet reeds opeisbaar is. Zolang de inbrengen niet worden volgestort, *i.e.* effectief ter beschikking van de vennootschap worden gesteld, blijft de vennootschap schuldeiser van de aandeelhouder ten belope van het niet-gestorte gedeelte.⁶ Bij een geldig uitstel van volstorting wordt de verbintenis tot volstorting pas opeisbaar op de datum bepaald in de oprichtingsakte, statuten of uitgiftevoorwaarden, of op het tijdstip waarop het bevoegde orgaan daartoe verzoekt.⁷

6. Voor de BVBA dienden aandelen tegen een inbreng in geld slechts ten belope van één vijfde te zijn gestort ten tijde van de oprichting, of ten tijde van de latere uitgifte van de aandelen.⁸ Het WVV versoepelde dit regime voor de BV, aangezien het de oprichtingsakte, statuten of uitgiftevoorwaarden toelaat om een storting van de volledige inbreng op een later ogenblik te voorzien⁹, voor zover de vennootschap nog steeds over een toereikend aanvangsvermogen beschikt,¹⁰ wat moet blijken uit het

² Art. 39, §2, lid 2 wet 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *BS* 4 april 2019 (hierna: “Invoeringswet WVV”). Voor een bespreking en een concreet (fictief) voorbeeld van de boekhoudkundige regeling voor omvorming van kapitaal bij een BV, zie L. HANSEN, *Vlanot Jaarboek 2022*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 472-474; B. DE COCK en C. MESKENS, *Vademecum Vennootschapsbelasting 2023*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 1352.

³ *Ibid.*

⁴ S. ROELAND, “Notariële aandachtspunten bij vermogensbewegingen in de BV en in het kader van de elektronische algemene vergaderingen” in VLANOT BY FEDNOT (eds.), *Vlanot Jaarboek 2021*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 394-395.

⁵ Zie ook Verslag (O. HENRY en L. DIERICK) over het wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3119/11, 45.

⁶ H. CULOT, “La libération du capital: examen de quelques difficultés pratiques” in J. MALHERBE en E.-J. NAVEZ (eds.), *Droit des affaires et sociétés: actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, 97-126; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 153-154, nr. 315.

⁷ Bv. Gent 7 november 2016, *DAOR* 2017, 135; Brussel 27 september 2012, *TBH* 2014, 866. Zie o.m. H. CULOT en D. VAN GERVEN, “Droit des sociétés – Vennootschapsrecht 2017-2018”, *TRV* 2018, 519, nr. 57; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 154, nr. 316.

⁸ Oud art. 223, tweede lid, 1° W.Venn.

⁹ Art. 5:8 en 5:125 WVV.

¹⁰ Bij de BV geldt geen uitgedrukt minimumvermogen meer aangezien het kapitaalconcept voor deze vennootschapsvorm is afgeschaft, maar geldt wel een veralgemeende vereiste van toereikend aanvangsvermogen. Zie o.m. G. BLOMMAERT, “Financieel plan, toereikend aanvangsvermogen en oprichtersaansprakelijkheid in de kapitaallose BV”, *DAOR* 2021, 16-17,

opgemaakte financieel plan.¹¹ Indien de oprichtingsakte of statuten niets over het uitstel van volstorting bepalen, vereist het WVV wel de onmiddellijke en volledige volstorting van de BV-aandelen.¹²

7. Opeenvolgende aandeelhouders zijn sinds het WVV hoofdelijk tot volstorting gehouden¹³, daar waar onder het oud W.Venn. door de meerderheid werd aangenomen dat de overdragende aandeelhouder minstens gedeeltelijk kon worden bevrijd van de volstortingsplicht na de inschrijving van de overdracht in het aandelenregister.¹⁴ Het WVV voerde de hoofdelijke volstortingsplicht in vanaf 1 januari 2020.¹⁵ De rechtspraak en rechtsleer zijn evenwel verdeeld over de concrete situatie die zich vanaf 1 januari 2020 moet voordoen opdat deze volstortingsplicht daadwerkelijk geldt: de datum van faillissement, de datum van de aandelenoverdracht of de datum van de inschrijving van de overdracht in het aandelenregister.¹⁶

3.2 Vrijstelling van de volstortingsplicht

8. Nadat de niet-opgevraagde inbrengen boekhoudkundig beschikbaar werden gesteld volgens de daartoe aangewezen procedure (*cf.* no. 4), kan de algemene vergadering ertoe beslissen om de aandeelhouders vrij te stellen van hun verplichting om deze niet-betaalde, doch toegezegde inbrengen alsnog te storten. Bijgevolg vervalt de vordering tot volstorting.¹⁷ Onder het oud W.Venn. diende hiervoor de procedure van kapitaalvermindering te worden gevolgd, die gepaard gaat met een statutenwijziging en aldus een publicatie in het Belgisch Staatsblad.¹⁸ Deze procedure geldt na inwerkingtreding van het WVV nog steeds in gelijkaardige vorm voor de NV,¹⁹ maar voor de BV is naar huidig recht geen uitdrukkelijke regeling meer voorzien voor een ‘teruggave’ van inbrengen, zoals de vrijstelling van volstorting.

9. Het is van belang te onderstrepen dat de boekhoudkundige beschikbaarstelling van de niet-opgevraagde inbrengen en de vrijstelling van volstorting twee van elkaar te onderscheiden beslissingen van de algemene vergadering zijn onder het huidig recht. Terwijl het lijkt dat de boekhoudkundige opheffing van de onbeschikbaarheid van de niet-opgevraagde inbrengen geen statutenwijziging vereist (*cf.* no. 4), zal een aanpassing van de statuten wel degelijk nodig zijn om de aandeelhouders vrij te stellen van hun volstortingsplicht indien het initiële uitstel tot volstorting werd toegekend in de oprichtingsakte of statuten. Enkel wanneer dit uitstel in de uitgiftevoorwaarden werd geregeld, kunnen de statuten

nr. 42-45; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 514-515, nr. 1098; M. TISON, F. MERTENS en P. COUSSEMENT, “Oprichters: garantieverplichtingen en oprichtersaansprakelijkheid” in P. ERNST, A. FRANCOIS, S. DE DIER en S. DE GEYTER (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2023, 61-62, nr. 4076.

¹¹ Art. 5:4 WVV.

¹² Art. 5:8 en 5:125 WVV. Zie bv. S. VERVERKEN en T. STEYFKENS, “Het vermogen van de BV” in X (ed.), *De BV in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2020, 574-575.

¹³ Art. 5:66, eerste lid WVV. De hoofdelijke gehoudenheid tot volstorting betreft enkel de *obligatio* van opeenvolgende aandeelhouders, na aanspreking is regres mogelijk op de ultieme aandeelhouder voor zover niet anders overeengekomen.

¹⁴ Zoals laatst bevestigd door het Hof van Cassatie in Cass. 9 oktober 2020, *TRV* 2021, 951, noot A. STEENO; Cass. 2 september 2022, AR C.22.0002.N, www.juportal.be.

¹⁵ Art. 39, §1, eerste lid Invoeringswet WVV.

¹⁶ Zie o.m. T. VANCOPPERNOLLE, “De intertemporele toepassing van het WVV (in het bijzonder van zijn artikel 5:66, eerste lid) op bestaande vennootschappen” (noot onder Orb. Gent 1 december 2022), *TRV* 2021, 959-969; F. MERTENS, “De intertemporele werking van de hoofdelijke volstortingsplicht na de overdracht van aandelen: gezond verstand troef” (noot onder Orb. Brussel 29 april 2022), *TIBR* 2022, afl. 2, 159-163; K. MARESCEAU en V. VAN EESSEL, “Ook na het cassatie-arrest van 2 september 2022 blijft de mate van gehoudenheid van de overdrager tot volstorting van de overgedragen BV(BA)-aandelen de gemoederen beroeren”, *TBH* 2023, in druk.

¹⁷ In de voorbereidende werken van het WVV werd gesteld dat het in dit soort geval gaat om “een terugbetaling van een, weliswaar nog niet gestorte, maar wel toegezegde inbreng”. De bewoording ‘terugbetaling’ is in deze context evenwel verwarrend daar zij volledig fictief is, en valt *o.i.* te vermijden. Zie Verslag O. HENRY en L. DIERICK, Gedr. St. Kamer 2018-19, DOC 54, 3119/011, 45.

¹⁸ Oud art. 316 W.Venn.

¹⁹ Zie art. 7:208-7:210 WVV.

onaangepast blijven en lijkt een gewone meerderheid in de algemene vergadering voldoende, al is ook hier omzichtigheid geboden.

3.3 Kwalificatie als uitkering

10. Rechtstreekse uitkeringen, zoals die van dividenden, hebben in wezen een verarming van de vennootschap tot gevolg door het verdwijnen van liquiditeiten (*cash*) uit haar vermogen. Men zou in theorie kunnen beargumenteren dat bij het vrijstellen van niet-volgestorte inbrengen een dergelijke verarming (in de zin van het verdwijnen van *cash*) niet plaatsvindt, wat de kwalificatie als uitkering betwistbaar maakt.²⁰ Zo zou men kunnen aanvoeren dat dit soort uitkering ‘fictief’ is, in de zin dat zij simpelweg een correctie langs de passiefzijde van de balans uitmaakt (bij de eigenvermogensrekening), die op zich geen directe impact heeft op het uitstaande nettoactief.²¹

Deze argumentatie is o.i. niet overtuigend, nu kan worden aangenomen dat de volstortingsvordering door de vennootschap op de actiefzijde van de balans (onder vlottende activa) zal zijn geboekt, waardoor er wel degelijk een effect zal zijn op de uitstaande activa van de vennootschap. Om die reden dienen vrijstellingen van niet-volgestorte inbrengen evenzeer als uitkering te worden gekwalificeerd. Het valt enigszins te betreuren dat deze argumentatie door de rechter in eerste aanleg niet werd ontwikkeld. Om de vrijstelling van volstorting niet als een uitkering te kwalificeren, baseerde de eerste rechter zich op het loutere feit dat de uitkeringstesten tekstueel onder een andere afdeling van het WVV zijn ondergebracht. Dit standpunt snijdt o.i. geen hout, omdat men aan de (tussen)titels van het WVV allicht geen bindende kracht kan toekennen, aangezien zij een louter ondersteunende interpretatiewaarde hebben.²²

11. Het beperken van uitkeringen aan aandeelhouders vindt zijn oorsprong in de bescherming van vennootschapsschuldeisers.²³ Terwijl sommige schuldeisers bij een vereffening van de vennootschap een preferentieel verhaalsrecht hebben op het vermogen en chirografaire schuldeisers in elk geval voorrang hebben op de aandeelhouders (aan wie slechts een achtergestelde schuldvordering toekomt), zorgen uitkeringen tijdens het bestaansleven van de vennootschap ervoor dat dit vermogen wordt aangetast ten voordele van de aandeelhouders.²⁴ Is de insolventie nakend, dan is het evident dat de schuldeisers benadeeld zullen zijn door de vermindering van hun onderpand.

12. De overtuiging dat een vrijstelling van volstorting, zoals *in casu* beschreven, kwalificeert als een uitkering waarop de nettoactief- en liquiditeitstest dienen te worden toegepast, werd al meermaals in de rechtsleer verdedigd.²⁵ Ook de Commissie voor Boekhoudkundige normen bevestigde in haar advies

²⁰ Voor zo ver wij weten, wordt dit standpunt in de rechtsleer door niemand verdedigd. Voor de ontwikkeling van dit theoretische argument, zie S. ROELAND, “Notariële aandachtspunten bij vermogensbewegingen in de BV en in het kader van de elektronische algemene vergaderingen” in VLANOT BY FEDNOT (eds.), *Vlanot Jaarboek 2021*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 393.

²¹ *Ibid.*

²² Zie bijvoorbeeld WEINBERGER, volgens wie de titels van wetteksten niet noodzakelijk rechtsgevolgen met zich meebrengen, ook wel aangeduid als “*Rubrica legis non est lex*”. M. WEINBERGER, “La responsabilité des intermédiaires financiers” in C. Jassogne, D. Blommaert en D. Raes (eds.) *Traité pratique de droit commercial: Droit bancaire et financier*, tome 5, vol 2., 2016, Kluwer, Waterloo, 879.

²³ R. TAS en O. ROODHOOF, “Conceptueel verschillend, functioneel vergelijkbaar? Uitkeringstesten in de BV, CV en NV onder het WVV” in S. COOLS, R. FORIERS, F. HELLEMANS, O. ROODHOOF, R. TAS, B. VAN BAELEN, T. VOS en M. WYCKAERT (eds.), *Themis 117 - Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 65, nr. 1. Zie ook (voor de NV, maar naar analogie) C. CLOTTENS, S. COOLS, S. DE DIER, K. GEENS, Y. LE PAIGE, B. VAN BAELEN, J. VAN EETVELDE en M. WYCKAERT (eds.), “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen en verenigingen (2012-2019): De naamloze vennootschap. Kapitaal, aandelen en andere effecten van de NV”, *TPR* 2022, nr. 4, 1923.

²⁴ R. TAS en O. ROODHOOF, “Conceptueel verschillend, functioneel vergelijkbaar? Uitkeringstesten in de BV, CV en NV onder het WVV” in S. COOLS e.a. (eds.), *Themis 117 - Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 65, nr. 1.

²⁵ *Ibid.*, 84, nr. 23; C. CLOTTENS, S. COOLS, S. DE DIER, K. GEENS, Y. LE PAIGE, B. VAN BAELEN, J. VAN EETVELDE en M. WYCKAERT (eds.), “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen en verenigingen (2012-2019): De BVBA”, *TPR*

van 2020 dat een niet-opgevraagde inbreng “een schuldvordering [is] op de vennootschap in inbreng in eigen vermogen, wat tot gevolg heeft dat een dergelijke kwijtschelding als een onrechtstreekse uitkering moet worden aangemerkt”.²⁶ Hoewel de wetgever de vrijstelling van volstorting niet expliciet als onrechtstreekse uitkering aanmerkt, lijkt het – de *ratio legis* van de uitkeringstest indachtig – ons wenselijk dat deze interpretatie *in casu* door de rechtspraak wordt bevestigd.

4. Bescherming van schuldeisers bij vrijstelling van volstortingsplicht

4.1 Analogie met kapitaalvermindering onder W.Venn. : opvangnet voor afgeschaff recht op zekerheidsstelling

13. Het hof maakt *in casu* een analogieredenering met een reële (werkelijke²⁷) kapitaalvermindering door middel van vrijstelling van de volstortingsplicht. Oud art. 317 W.Venn. bood schuldeisers bij een kapitaalvermindering de mogelijkheid om binnen de twee maanden vanaf de bekendmaking ervan een zekerheid te eisen voor hun schuldvorderingen die reeds voor die bekendmaking ontstaan zijn.²⁸ Hoewel er voor een kapitaalvermindering onder het oud W.Venn. dus geen uitkeringstest gold, konden de belangen van de schuldeisers alsnog worden gewaarborgd door middel van een zekerheidsstelling. Omdat er in de kapitaallose BV onder het WVV geen kapitaalverminderingen meer kunnen plaatsvinden, kunnen niet-gestorte inbrengen van aandeelhouders worden vrijgesteld van volstorting *zonder* dat de schuldeisers een gelijkaardig recht toekomt om een zekerheid te vragen. Opdat schuldeisers toch een gelijkaardige bescherming zou toekomen, bevestigt het hof *in casu* dat in dit geval de dubbele uitkeringstest (nettoactief- en liquiditeitstest²⁹) moet worden toegepast.³⁰ Ook al zijn de bewoordingen van het hof hier enigszins onduidelijk (nr. 6), volgens ons is enkel deze lezing van de ‘analogie’ waarop wordt gealludeerd, verdedigbaar.³¹

14. De vraag rijst of de bestaande uitkeringstesten in de BV, in het bijzonder de liquiditeitstest, de vennootschapsschuldeisers meer zekerheid op betaling bieden dan het recht om een vervangende zekerheid te eisen. Wanneer een beoogde uitkering de dubbele uitkeringstest niet doorstaat, kan ze simpelweg niet plaatsvinden. Het hoeft weinig betoog dat het *ab initio* voorkomen van een uitkering meer soelaas biedt dan het toelaten ervan, om dan achteraf een vervangende zekerheid toe te kennen aan de schuldeisers die dat wensen. In het eerste geval verdwijnt geen actief uit de vennootschap, in het tweede geval wel. Het klopt dat het oud W.Venn. een wachttijd instelde tussen de publicatie van het uitkeringsbesluit en de uitvoering van de uitkering tot zolang de zekerheid eisende schuldeisers

2022, afl. 4, 1939; C. LAUWERS en T. CARNEWAL, *Vlanot Jaarboek 2022*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 395; L. HANSEN, *Vlanot Jaarboek 2022*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 474; D. BRULOOT en J-M. NELISSEN GRADE “Schuldeisersbescherming in de BV na de afschaffing van het kapitaalconcept” in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Morsel, Intersentia, 2021, 75.

²⁶ CBN-advies 2020/XX, Winstuitkering: de nieuwe uitkeringstesten voor de BV en CV: ontwerpadvies van 4 maart 2020, 2.

²⁷ D.w.z. een kapitaalvermindering die niet is bedoeld om verliezen aan te zuiveren of om een reserve aan te leggen die dient als dekking voor voorzienbare verliezen, maar plaatsvindt door terugbetaling aan de aandeelhouders of vrijstelling van volstorting. In de eerste twee gevallen sloot oud art. 318 W.Venn. het recht op zekerheidsstelling voor schuldeisers uit.

²⁸ “Een eis tot zekerheidsstelling heeft tot gevolg dat de betrokken vennootschap de kapitaalvermindering niet kan doorvoeren zolang de eisende schuldeiser geen voldoening heeft gekregen (tenzij de rechter anders beslist)”, zie C. CLOTTENS e.a., “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen en verenigingen (2012-2019): De naamloze vennootschap. Kapitaal, aandelen en andere effecten van de NV”, *TPR* 2022, afl. 4, 1922.

²⁹ Art. 5:142 en 5:143 WVV.

³⁰ Over de schuldeiserbescherming stelde de CBN eerder al dat “Een belangrijk onderdeel voor het behoud van het vermogen van de vennootschap voor de schuldeisers, is zonder twijfel de regelgeving inzake de mogelijke (winst)uitkeringen”, zie CBN-advies 2020/XX, Winstuitkering: de nieuwe uitkeringstesten voor de BV en CV: ontwerpadvies van 4 maart 2020, 2.

³¹ Het hof overweegt dat het “in een dergelijk geval gaat (...) om de vrijstelling van een toegezegde maar nog niet gestorte inbreng, die, naar analogie met de kapitaalsvermindering door middel van vrijstelling van de volstortingsplicht onder het oude recht, als een uitkering moet worden beschouwd”. Deze stelling zou foutief kunnen worden geïnterpreteerd in die zin dat onder het oude recht een kapitaalvermindering door middel van vrijstelling van de volstortingsplicht evenzeer een uitkering was, waarvoor de balans moest worden gevolgd, *quod non*. Zoals besproken, komt onder de oude regeling wel het recht toe aan de vennootschapsschuldeisers om een zekerheid te eisen.

voldoening hadden gekregen.³² Schuldeisers konden onder dat regime echter niet rechtstreeks verhinderen dat de uitkering plaatsvond, terwijl de huidige dubbele uitkeringstest hen wel die automatische rem biedt zonder dat ze hiertoe enige actie moeten ondernemen.³³ Anderen prijzen de dubbele uitkeringstest aan omwille van de derdenwerking die er van uitgaat,³⁴ al bestaan er natuurlijk ook mechanismen om de vervangende zekerheden aan derden tegenwerpelijk te stellen. Toch kan men stellen dat het onderpand van de schuldeisers, het vermogen van de vennootschap, het minst aangetast wordt als een vrijstelling van volstorting in de eerste plaats kan worden voorkomen. Bovendien beschikt de vennootschap in dat geval over een betere liquiditeitspositie, wat haar overlevingskansen vergroot. De nettoactief- en liquiditeitstest zijn hier het beste instrument voor.

4.2 Nut van de uitkeringstesten bij volstortingsvrijstelling

15. De vraag rijst of een toepassing van de liquiditeitstest wel nut heeft bij het afboeken van een actief dat geen actuele waarde in de vennootschap vertegenwoordigt, namelijk de vordering tot volstorting. Sommigen beargumenteren dat de liquiditeitstest, hoewel ze wel degelijk toepassing moet vinden, louter formeel is. Er verdwijnt immers geen geld uit de vennootschap, dus de volstortingsvrijstelling zou de capaciteit van de vennootschap om over een periode van 12 maanden haar schulden af te betalen naarmate zij opeisbaar worden, niet beïnvloeden.³⁵ Deze redenering vangt bot, aangezien een toekomstige volstorting van de toegezegde inbrengen, tijdens de komende 12 maanden, er daadwerkelijk kan voor zorgen dat de vennootschap haar huidige of toekomstige schulden zal kunnen voldoen. Het vooruitzicht om een inbreng te laten volstorten kan dus wel degelijk een positief effect hebben op de betalingscapaciteit van de vennootschap ten aanzien van haar schuldeisers, aangezien dit een toekomstige potentiële financieringsbron voor de vennootschap uitmaakt.³⁶ Niet zozeer de huidige liquiditeitspositie, maar de toekomstige liquiditeitspositie (binnen de 12 maanden) wordt hierdoor verbeterd.

16. Hoewel de toegevoegde waarde van de nettoactiefstest (de balanstest) met Europese oorsprong³⁷ reeds jaar en dag wordt betwist in de rechtsleer,³⁸ bestaat er geen twijfel over dat deze test wel degelijk nut heeft in het geval van een vrijstelling van volstorting. In die gevallen waar het bestuur zou kunnen oordelen dat een vrijstelling van volstorting de liquiditeitstest doorstaat (aangezien deze niet onmiddellijk *cash* uit de vennootschap haalt en de volstorting bijvoorbeeld het komende jaar nog niet opeisbaar is), zal de balanstest toch een ultieme rem vormen wanneer het nettoactief van de vennootschap negatief dreigt te worden door het afboeken van de volstortingsvordering. Het is de taak van de algemene vergadering, waaraan de bevoegdheid tot resultaatsbestemming toekomt,³⁹ om de balanstest toe te passen (in de praktijk, zoals voorbereid door het bestuur naar aanleiding van de bijeenroeping van de algemene vergadering).⁴⁰

³² Art. 317, laatste lid W.Venn.

³³ Het uitwinnen van een zekerheid, daarentegen, vergt wel een actief ingrijpen van de schuldeiser.

³⁴ D. BRULOOT, "Krachtlijnen van het nieuwe BV-recht" in X (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer; Inleidende beschouwingen bij het nieuwe Wetboek Vennootschappen*, Mechelen, Kluwer, 2018, 58-59, nr. 12.

³⁵ S. ROELAND, "Notariële aandachtspunten bij vermogensbewegingen in de BV en in het kader van de elektronische algemene vergaderingen" in VLANOT BY FEDNOT (eds.), *Vlanot Jaarboek 2021*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 394.

³⁶ Zie ook R. TAS en O. ROODHOOFT, "Conceptueel verschillend, functioneel vergelijkbaar? Uitkeringstesten in de BV, CV en NV onder het WVV" in S. COOLS (ed.), *Themis 117 - Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 84, nr. 23.

³⁷ Thans voorzien in art. 5:142 WVV.

³⁸ Zie bv. D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers - Een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeisersbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 595-596, nr. 853-856.

³⁹ Art. 5:141, eerste lid WVV.

⁴⁰ R. TAS en O. ROODHOOFT, "Conceptueel verschillend, functioneel vergelijkbaar? Uitkeringstesten in de BV, CV en NV onder het WVV" in S. COOLS (ed.), *Themis 117 - Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 68, nr. 5; B. DE COCK en C. MESKENS, *Vademecum Vennootschapsbelasting 2023*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 1087-1088.

5. Conclusie

17. Met deze uitspraak bevestigt het hof van beroep te Antwerpen het in de rechtsleer gevestigde standpunt dat de vrijstelling van aandeelhouders hun volstortingsplicht een uitkering betreft die in de BV is onderworpen aan de dubbele uitkeringstest van art. 5:142 en 5:143 WVV, *i.e.* de nettoactief- en liquiditeitstest. Hoewel de vrijstelling van volstorting niet onmiddellijk middelen uit de vennootschap doet verdwijnen, zorgt zij wel degelijk voor een verarming die de toekomstige liquiditeitspositie van de vennootschap in het gedrang kan brengen.

In essentie komt de dubbele uitkeringstest als beschermingsmechanisme voor schuldeisers in de plaats van de mogelijkheid tot zekerheidsstelling die onder het oude vennootschapsrecht gold voor reële kapitaalverminderingen in de BVBA. In de kapitaallose BV beoogt de dubbele uitkeringstest het onderpand van de schuldeisers veilig te stellen. Sterker nog, in deze bijdrage werd geargumenteed dat zij – in vergelijking met het uitwinnen van een zekerheid na faillissement van de vennootschap – een adequater middel vormt om *a priori* in schuldeiserrechtelijke bescherming te voorzien door een uitkering (in de vorm van een vrijstelling van volstortingsplicht) die de vennootschap richting insolventie duwt, te beletten. De wachttermijn en zekerheidsstelling onder het oude recht verhinderde een uitkering immers niet. Deze vernieuwing vormt een wenselijk tegenwicht voor de verlichte procedure waarin aandeelhouders in sommige gevallen bij gewone meerderheid van hun volstortingsplicht kunnen worden vrijgesteld. Voorkomen is beter dan genezen.

Floris Mertens⁴¹ en Louise Van Marcke⁴²

⁴¹ Doctorandus Instituut voor Financieel Recht, Universiteit Gent; Aspirant Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek (FWO).

⁴² Doctoranda Instituut voor Financieel Recht, Universiteit Gent; met financiering van het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek (FWO.OPR.2020.0064.01O).