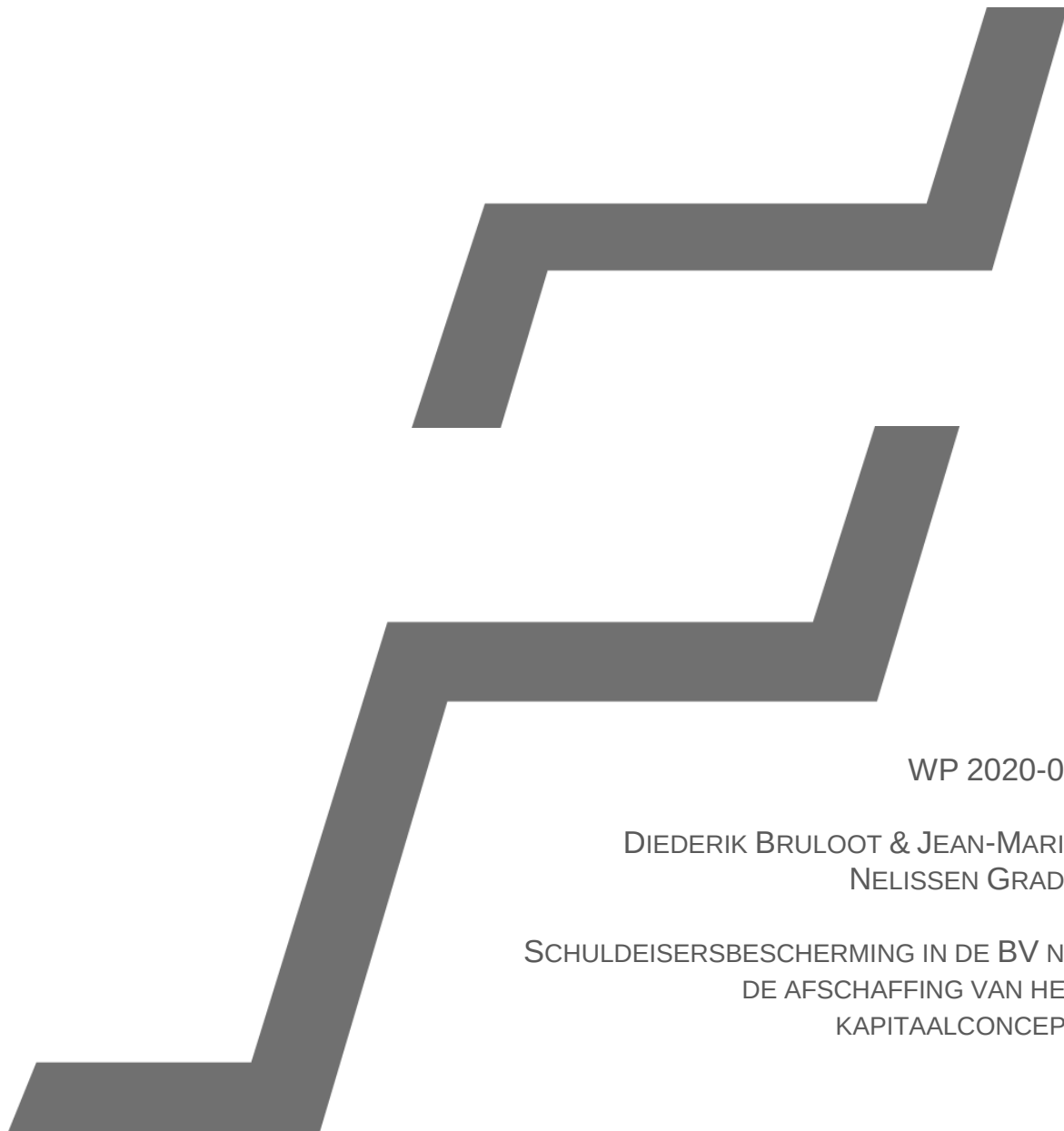


FINANCIAL LAW INSTITUTE

WORKING PAPER SERIES



WP 2020-06

DIEDERIK BRULOOT & JEAN-MARIE
NELISSEN GRADE

SCHULDEISERSBESCHERMING IN DE BV NA
DE AFSCHAFFING VAN HET
KAPITAALCONCEPT

WP 2020-06

DIEDERIK BRULOOT & JEAN-MARIE NELISSEN GRADE

SCHULDEISERSBESCHERMING IN DE BV NA DE AFSCHAFFING VAN HET
KAPITAALCONCEPT

Abstract

Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV) hervormt het BVBA-recht ingrijpend. Enerzijds wordt de flexibiliseringsgedachte die het hoofddoel van de volledige hervormingsoperatie van het vennootschaps- en verenigingsrecht is, in de context van de BVBA meer dan waar ook ten volle tot uitdrukking gebracht. Dit geeft aanleiding tot talrijke nieuwe mogelijkheden die op diverse plekken in dit boek aan bod komen. Anderzijds schaft het WVV voor de BVBA - die bij deze gelegenheid tot BV wordt omgedoopt - het integrale kapitaalconcept af. Onderhavige bijdrage concentreert zich op dit laatste aspect van de hervorming van het BVBA-recht. Na een beknopt overzicht van de motieven die aan deze radicale keuze ten grondslag liggen, worden de nieuwe bepalingen geanalyseerd die in de eerste plaats zijn gericht op de bescherming van schuldeisers na de afschaffing van de regelen inzake kapitaalvorming en –intandhouding.

The authors welcome your comments at Diederik.Bruloot@UGent.be.

The final and revised version of this paper will be published in H. DE WULF en M. WYCKAERT (eds.), *Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen*, Antwerpen, Intersentia, 2021.

The entire working paper series can be consulted at <http://www.law.ugent.be/fli/>.

I. INLEIDING.....	2
II. DE AFSCHAFFING VAN HET VENNOOTSCHAPSRECHTELIJK KAPITAALCONCEPT.	2
A. <i>Motieven</i>	2
B. <i>Implicaties</i>	4
III. DE OPRICHTING EN DE INBRENGEN	5
A. <i>Oprichtingsformaliteiten</i>	5
B. <i>Toereikend aanvangsvermogen en financieel plan</i>	5
C. <i>Plaatsing van de aandelen</i>	6
1. Volledige plaatsing	6
2. Inbreng in natura	6
D. <i>Storting van de inbrengen</i>	7
E. <i>Bijkomende inbrengen</i>	8
IV. DE INSTANDHOUDING VAN HET VERMOGEN VAN DE BV	9
A. <i>Overzicht</i>	9
B. <i>Uitkeringen aan de aandeelhouders en tantièmes</i>	10
1. Bevoegheidsverdeling	10
a. Algemeen	10
b. Interimdividenden.....	10
2. Nettoactietest	12
3. Liquiditeitstest	13
a. Principes.....	13
b. Verslagplicht.....	15
4. Dezelfde regelen voor alle uitkeringen en het verdwijnen van de kapitaalvermindering	15
5. Onrechtmatige uitkeringen	16
C. <i>Verkrijging van eigen aandelen of certificaten</i>	17
D. <i>Financiële steunverlening</i>	18
E. <i>Alarmbelprocedure</i>	19
F. <i>Uittreding en uitsluiting ten laste van het vennootschapsvermogen</i>	21
1. Flexibiliteit in de BV naar het model van de coöperatieve vennootschap	21
2. Uittreding en uitsluiting ten laste van het vennootschapsvermogen.....	21
V. BIJZONDERE OVERGANGSBEPALING: OMVORMING VAN HET KAPITAAL IN EEN STATUTAIR ONBESCHIKBARE EIGEN VERMOGENSREKENING.....	23

I. Inleiding

1. Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV)¹ hervormt het BVBA-recht ingrijpend. Enerzijds wordt de flexibiliseringsgedachte die het hoofddoel van de volledige hervormingsoperatie van het vennootschaps- en verenigingsrecht is, in de context van de BVBA meer dan waar ook ten volle tot uitdrukking gebracht. Dit geeft aanleiding tot talrijke nieuwe mogelijkheden die op diverse plekken in dit boek aan bod komen². Anderzijds schaft het WVV voor de BVBA - die bij deze gelegenheid tot BV wordt omgedoopt - het integrale kapitaalconcept af. Onderhavige bijdrage concentreert zich op dit laatste aspect van de hervorming van het BVBA-recht. Na een beknopt overzicht van de motieven die aan deze radicale keuze ten grondslag liggen, worden de nieuwe bepalingen geanalyseerd die in de eerste plaats zijn gericht op de bescherming van schuldeisers na de afschaffing van de regelen inzake kapitaalvorming en –intandhouding.

II. De afschaffing van het vennootschapsrechtelijk kapitaalconcept.

A. Motieven

2. De grootste ruimte voor vereenvoudiging en flexibilisering binnen het BVBA-recht was terug te vinden bij de regelen inzake kapitaalvorming en – behoud. Het zijn immers net deze regelen die het voorwerp hebben uitgemaakt van het fenomeen van “*goldplating*”, waarbij de Belgische wetgever er – zonder daartoe verplicht te zijn – voor heeft gekozen om de meeste regelen uit de Tweede Europese Richtlijn inzake vennootschapsrecht niet alleen op de NV maar ook op de BVBA toe te passen. Bovendien is het ook net op het vlak van deze regelen dat zich in de ons omringende landen de voorbije jaren grote ontwikkelingen hebben voorgedaan. Het belangrijkste evenwel, en daar hangt het voorgaande uiteraard nauw mee samen, is dat het geheel van regelen inzake kapitaalvorming en -behoud weinig effectief is gebleken in het vervullen van de functies waarvoor zij werden ontwikkeld, dit terwijl de bepalingen relatief veeleisend zijn³.

3. De beslissing tot afschaffing van het kapitaalconcept is gesteund op enkele basisinzichten.

Vooreerst gaat van het zogenaamde “*bufferconcept*”⁴ waaraan de kapitaalregelen vormgeven slechts een zeer beperkte mate van schuldeisersbescherming uit. De omvang van de buffer staat immers op geen enkele manier in verhouding tot het risicoprofiel van de vennootschap en het bedrag kan via de procedure van kapitaalvermindering eenvoudig tot het geheel onbeduidende wettelijke minimum worden gereduceerd. De beperkte bescherming die het kapitaalconcept schuldeisers

¹ Wet van 29 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, BS 4 april 2019.

² Naast onderhavige bijdrage kan in het bijzonder worden verwezen naar de bijdragen van Marieke WYCKAERT en Hans DE WULF inzake *governance* en van Hans DE WULF en Jeroen DELVOIE inzake effecten in dit boek.

³ Zie in dit verband vanuit een Belgische optiek o.m. D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers: Een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeisersbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 824 p.; J.-M. NELISSEN GRADE en M. WAUTERS, “Reforming legal capital: Harmonisation or fragmentation of creditor protection” in K. GEENS en K. HOPT (eds.), *The European company law action plan revisited*, Leuven, Leuven University Press, 2010, 25-59; R. TAS, “Welke rol speelt het maatschappelijk kapitaal nog in het vennootschapsrecht van de 21^{ste} eeuw” in F. HELLEMANS (ed.), *Vennootschapsrecht*, in *Themis School voor postacademische juridische vorming*, Brugge, Die Keure, 2012, 37-75; M. WYCKAERT, “Het kapitaal in het vennootschaps- en boekhoudrecht – waar staan we vandaag met het kapitaalbegrip?” in Y. DE CORDT en E. WYMEERSCH (eds.), *10 jaar Wetboek Vennootschappen in werking*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 233-262; E. WYMEERSCH, “Het statutaire kapitaal van de vennootschappen” in X (ed.), *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 913-935.

⁴ Zijnde de voorwaarde dat principieel te allen tijde een overschot aan activa ten opzichte van de schulden in de vennootschap aanwezig zou moeten zijn ten belope van het kapitaalbedrag.

oplevert, kan dan ook de uitgebreide lijst van regelen inzake kapitaalvorming en – behoud niet verantwoorden. Dit neemt niet weg dat van sommige gedragsregelen die op het kapitaalconcept zijn gebaseerd (bijv. regelen inzake winstuitkering) of daaraan werden vastgeknoopt (bijv. regelen inzake financiële steunverlening) wel een belangrijke derdenwerking uitgaat. Deze regelen blijken evenwel ook – en zelfs beter – te kunnen worden vormgegeven zonder een beroep te doen op de kapitaalfiguur⁵.

Een gelijkaardige conclusie dringt zich vervolgens ook op voor de tweede functie die het kapitaalconcept, naast derdenbescherming, traditioneel in het vennootschapsrecht vervult, namelijk als verdeelsleutel fungeren voor de rechten van aandeelhouders. Dat het kapitaalbegrip daartoe wordt gebruikt, is het gevolg van een uitdrukkelijke keuze en is absoluut geen noodzakelijkheid. Ook andere parameters kunnen voor de verdeling van de aandeelhoudersrechten worden gebruikt. Dit zorgt ervoor dat ook voor deze functie het traditionele kapitaalconcept niet behouden moest blijven en voor een ander aanknopingspunt kon worden gekozen, zeker in het licht van de rigiditeit die onvermijdelijk uitgaat van een systeem waarbij het kapitaal als verdeelsleutel dient.

4. Hoewel het vanuit theoretisch oogpunt al enige tijd duidelijk is dat het kapitaalconcept geen noodzakelijke voorwaarde is voor een goed functionerend BVBA-recht, neemt dit uiteraard niet weg dat een BV(BA)-reglementering waaruit elke verwijzing naar het kapitaalconcept is geschrapt, een behoorlijk revolutionair gegeven is. Dit blijkt ook uit de vaststelling dat geen enkele van onze buurlanden bij de hervorming van hun besloten vennootschapsrecht de voorbije jaren zo ver is gegaan. De afschaffing van het integrale kapitaalconcept gaat immers een stuk verder dan het louter schrappen van de minimumkapitaalplicht.

Deze keuze van de beleidsmakers bij het uittekenen van het nieuwe BV-recht zorgt voor een duidelijke breuk met het verleden, die internationaal zonder twijfel zal worden opgemerkt. Bovendien wordt door de volledige schrapping van het kapitaal uit de BV-reglementering vermeden dat, zoals in Nederland gebeurde, sommige kapitaalregels uiteindelijk toch worden behouden “omdat het altijd zo is geweest”⁶. Verder is het integraal schrappen van het kapitaalconcept misschien wel revolutionair in een Europese context, maar vanuit internationaal perspectief is het dat heel wat minder. In verschillende Angelsaksische jurisdicties en in het bijzonder in de Amerikaanse deelstaten waar het vennootschapsrecht op de *Model Business Corporations Act* is gebaseerd, werd het kapitaalconcept immers reeds langer geheel verbannen⁷. Tot slot, en misschien wel de voornaamste reden waarom de gekozen optie effectief de voorkeur verdient, is dat op die manier definitief komaf wordt gemaakt met het “valse gevoel van veiligheid” dat van de regelen inzake kapitaalvorming en – bescherming uitgaat⁸.

⁵ D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 784.

⁶ Zo werd in Nederland het BV-recht op talrijke punten in verregaande mate geflexibiliseerd en speelt het kapitaalbegrip er op het vlak van de schuldeisersbescherming eigenlijk geen rol van betekenis meer, maar werd uiteindelijk wel besloten om het aan het kapitaalbedrag gekoppelde concept “nominale waarde” te behouden; zie daaromtrent bijv. D. BRULOOT, “Het nieuwe Nederlandse B.V.-recht: overzicht en Belgische aandachtspunten”, *TRV* 2014, 451.

⁷ Ook in Australië en Nieuw-Zeeland is dat sinds enkele jaren het geval; zie voor een overzicht D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 617.

⁸ Zie daaromtrent D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, nrs. 97, 280 en 494.

Dit geldt overigens niet alleen vanuit het oogpunt van de schuldeisers⁹, maar ook vanuit het oogpunt van de vennootschapsbestuurders¹⁰.

B. Implicaties

5. De aansprakelijkheid van de aandeelhouders¹¹ van een BV is nog steeds beperkt tot hun inbreng (art. 5:1). Dit maakt meteen duidelijk dat de vereiste van het verrichten van een inbreng opdat men zou kunnen intekenen op aandelen van de vennootschap onverkort behouden blijft. Alleen zullen voor de BV, anders dan thans het geval is, ter zake geen minimumvereisten meer gelden en wordt de som van alle inbrengen vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt niet meer als “het kapitaal” van de vennootschap aangeduid. Inbrengen vormen, net als overgedragen winsten of reserves, zonder meer een deel van het eigen vermogen van de vennootschap dat, zoals dit thans ook reeds het geval is, het werkelijke beschermingskussen voor de schuldeisers is.

6. Het is de bedoeling om samen met het vennootschapsrechtelijk kapitaalbegrip ook het boekhoudkundig kapitaalbegrip voor de BV te laten verdwijnen. De tegenwaarde van inbrengen zal bijgevolg niet langer onder de balansrubriek ‘kapitaal’ worden geboekt, maar wel onder een nieuw te creëren balanspost ‘inbrengen’. Dit laatste laat toe om het deel van het eigen vermogen dat met inbrengen overeenstemt, blijvend te identificeren. Dit is niet van belang vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt, maar wel vanuit een fiscale optiek. Ingebrachte bestanddelen van het eigen vermogen kunnen op die manier immers nog steeds een onderscheiden fiscale behandeling krijgen.

Om het vooropgestelde principe van de fiscale neutraliteit van de hervorming van het vennootschapsrecht garanderen, werd parallel met het WVV een wet gestemd “tot aanpassing van bepaalde federale fiscale bepalingen aan het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen”¹². Overeenkomstig het door deze wet aangepaste artikel 2, § 1, 6° van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 moet voor vennootschapsvormen die niet over een kapitaal in de vennootschapsrechtelijke zin beschikken (zoals de BV) onder het begrip kapitaal worden verstaan:

⁹ De minister van Justitie verwoordt het daarbij als volgt: “*Het komt er op aan dat [schuldeisers] niet de illusie hebben of behouden dat ze zouden worden beschermd door regels die dat in wezen niet doen. Aangaande het kapitaal van de bvba bijvoorbeeld geldt er thans een extreme en overdreven reglementering, die in feite niet effectief is. De echte beschermingsregels moeten op de voorgrond komen[...]*”; zie Verslag namens de Commissie voor handels- en economisch recht van de gedachtewisseling met de minister van justitie en met deskundigen van het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht over de modernisering van het vennootschapsrecht, 3 december 2015, *Parl. St.* Kamer 2015-2016, nr. 54-1500/001, blz. 26.

¹⁰ Het wordt immers steeds nadrukkelijker duidelijk dat bestuurders bij een bepaalde verrichting hun persoonlijke aansprakelijkheid in het gedrang kunnen brengen wegens een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm, terwijl zij nochtans de toepasselijke regelen inzake kapitaalvorming- en bescherming strikt hebben nageleefd. Dit is het duidelijkst in het kader van winstuitkeringen die, hoewel strikt genomen binnen de grenzen van de nettoactietest van artikel 320/617 W.Venn., in het licht van de concrete financiële situatie van de vennootschap absoluut roekeloos kunnen zijn; zie in dit verband in het bijzonder Gent 11 april 2005, *TRV* 2008, 311, noot S. BOGAERTS; zie ook D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 162-163; H. DE WULF, “Moet de mogelijkheid tot winstuitkering volgens artikel 617 W. Venn. steeds aan de hand van de laatste jaarrekening berekend worden?”, (noot onder Antwerpen 8 mei 2003), *T.B.H.* 2005, 393-400; M. WYCKAERT, “Het kapitaal in het vennootschaps- en boekhoudrecht – waar staan we vandaag met het kapitaalbegrip?” in Y. DE CORDT en E. WYMEERSCH (eds.), *10 jaar Wetboek Vennootschappen in werking*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 247.

¹¹ Er wordt voortaan consequent zowel in NV als BV over ‘aandeelhouders’ gesproken, niet langer over ‘vennoten’.

¹² Tekst goedgekeurd in de Kamer op 28 februari 2019.

“het eigen vermogen van de vennootschap [...], in zoverre het gevormd wordt door inbrengen in geld of in natura, andere dan inbrengen in nijverheid”¹³.

III. De oprichting en de inbrengen

A. Oprichtingsformaliteiten

7. Een authentieke akte blijft vereist voor de oprichting van een BV (art. 5:11). Naar analogie met wat vandaag uitsluitend in de NV kan (art. 450 W.Venn., thans 7:13, tweede lid WVV) wordt het mogelijk om onder de verschillende ‘verschijners’ bij de oprichtingsakte één of meerdere aandeelhouders aan te wijzen die als oprichters zullen worden beschouwd. De andere aandeelhouders zijn dan slechts ‘gewone inschrijvers’ en dragen bijgevolg geen oprichtersaansprakelijkheid. Voorwaarden daartoe zijn dat de aangewezen oprichters minstens een derde van de aandelen bezitten en dat de gewone inschrijvers uitsluitend een inbreng in geld doen en geen bijzondere oprichtersvoordelen genieten.

B. Toereikend aanvangsvermogen en financieel plan

8. De afschaffing van de minimumkapitaalsplicht wordt gecompenseerd door een aangescherpte regeling met betrekking tot het financieel plan en de bijhorende oprichtersaansprakelijkheid.

Vooreerst wordt in een uitdrukkelijke algemene verplichting voor de oprichters voorzien om voor toereikende aanvangsfinanciering te zorgen. De oprichters moeten er meer bepaald op toezien dat de vennootschap bij de oprichting over een eigen vermogen beschikt dat, mede gelet op de andere financieringsbronnen waarover de vennootschap kan beschikken, toereikend is in het licht van de voorgenomen bedrijvigheid (art. 5:3 WVV).

Deze verplichting wordt in de eerste plaats gehandhaafd door middel van het gemeen aansprakelijkheidsrecht. Daarnaast wordt ook de bijzondere oprichtersaansprakelijkheid behouden indien een vennootschap binnen de drie jaar na oprichting failliet gaat en daarbij blijkt dat het aanvangsvermogen van de vennootschap kennelijk ontoereikend was voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar (art. 5:16, 2° WVV).

9. Een belangrijke rol hierbij is weggelegd voor het financieel plan (art. 5:4 WVV). Enerzijds zal het document een cruciale rol spelen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de oprichters wanneer het toereikend karakter van de door hen samengebrachte aanvangsfinanciering in vraag wordt gesteld. Anderzijds wil de vereiste om een financieel plan op te stellen en daarbij bepaalde minimale vereisten in acht te nemen, een dam opwerpen tegen roekeloze of onachtzame oprichtingen. Dit laatste is immers de enige zinvolle functie die de “oude” minimumkapitaalsplicht o.i. nog vervult.

10. In het financieel plan moeten de oprichters het bedrag van het aanvangsvermogen verantwoorden in het licht van de voorgenomen bedrijvigheid van de vennootschap over een periode van ten minste twee jaar (art. 5:4, § 1 WVV). Het financieel plan moet aan de notaris worden overhandigd, maar moet niet openbaar worden gemaakt (art. 5:4, § 1, tweede zin WVV). De bijstand van een ‘cijferberoeper’ werd niet verplicht gemaakt om de kosten van oprichting niet te verzwaren¹⁴, maar zal gelet op de – nogal strenge – inhoudelijke vereisten vermoedelijk wel de regel worden.

¹³ De definitie van het fiscale concept “gestort kapitaal” uit artikel 184 WIB werd bij dezelfde gelegenheid op overeenkomstige wijze aangepast naar: *“Het gestort kapitaal is het kapitaal voor zover dat gevormd wordt door werkelijk gestorte inbrengen in geld of in natura, andere dan inbrengen in nijverheid, en in zoverre er geen terugbetaling of vermindering heeft plaatsgevonden”.*

¹⁴ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p.129.

- Het plan moet minstens de volgende elementen bevatten (art. 5:4, § 2 WVV):
- een nauwkeurige beschrijving van de voorgenomen bedrijvigheid;
 - een overzicht van alle financieringsbronnen bij oprichting met, in voorkomend geval, opgave van de in dat verband verstrekte zekerheden;
 - een openingsbalans gevolgd door geprojecteerde balansen na twaalf en vierentwintig maanden;
 - een geprojecteerde resultatenrekening na twaalf en vierentwintig maanden;
 - een begroting van de verwachte inkomsten en uitgaven voor een periode van minstens twee jaar na de oprichting;
 - een beschrijving van de gehanteerde hypothesen bij de schatting van de verwachte omzet en de verwachte rentabiliteit;
 - in voorkomend geval, de naam van de externe deskundige die bijstand heeft verleend bij de opmaak van het financieel plan.

C. Plaatsing van de aandelen

1. Volledige plaatsing

11. Deelname aan de oprichting van een BV vereist nog steeds een inbreng die, onder het risico van oprichtersaansprakelijkheid, volledig en onvoorwaardelijk moet zijn geplaatst (art. 5:5 WVV).

12. In lijn daarmee blijft het verboden voor een BV om in te schrijven op eigen aandelen en blijft het verbod voor dochtervennootschappen om in te schrijven op de aandelen die de moedervennootschap uitgeeft onverkort behouden (art. 5:6 WVV). Dit is een voorbeeld van een gedragsregel die traditioneel met het kapitaal in verband wordt gebracht, maar die ook buiten iedere kapitaalcontext zinvol is gelet op het grotendeels fictief karakter van deze verrichtingen.

De uitzondering op het verbod van inschrijving op eigen aandelen voor de dochtervennootschap in haar hoedanigheid van professionele effectenhandelaar, beursvennootschap of kredietinstelling die voor de naamloze vennootschap geldt (art. 7:5, § 2 WVV) wordt nu ook in de besloten vennootschap overgenomen (art. 5:6, § 2 WVV).

2. Inbreng in natura

13. Het behoud van de revisorale controle van inbrengen in natura was, gelet op de afschaffing van het kapitaal, minder voor de hand liggend. Toch werd in tegenstelling tot de aanbeveling van de Raad van State¹⁵, de bestaande regeling behouden, zonder mogelijkheid van de oprichters om hieraan te verzaken. De afschaffing van het kapitaal neemt inderdaad niet weg dat het voor de aandeelhouders, in het bijzonder de minderheidsaandeelhouders, belangrijk blijft dat de ingebrachte vermogensbestanddelen die het vermogen van de vennootschap uitmaken, correct worden gewaardeerd. Dit geldt tenminste in geval van uitgifte van aandelen in ruil voor een bijkomende inbreng omdat een dergelijke uitgifte de verhoudingen tussen de bestaande aandeelhouders kan wijzigen (art. 5:121 en 5:133) (*cfr. infra*). De controle van deze waardering is ook nuttig om het toereikend aanvangsvermogen als bedoeld in artikel 5:3 WVV te bepalen. Ten slotte ondersteunt deze controle het getrouw beeld van de jaarrekening¹⁶.

De bestaande uitzonderingen op de verplichte inbrengcontrole werden onverkort behouden (art. 5:7, §2 - oud artikel 219, §2 W.Venn.).

14. De in artikel 5:7 beschreven procedure herneemt grotendeels het artikel 219 W.Venn. De verrichtingen worden evenwel omgedraaid, zoals trouwens in de praktijk gebruikelijk was. De

¹⁵ Advies van de Raad van State nr. 63.9106/2 van 9 oktober 2017, *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/002, i.v.m. het principe : p. 57 – 58, nr. 1 en i.v.m. de onmogelijkheid aan deze procedure te verzaken : p. 58 – 59, nr. 3.

¹⁶ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 130 en 175.

oprichters stellen eerst een verslag op dat betrekking heeft op het belang van de inbreng voor de vennootschap, en dat een beschrijving en waardering van de inbreng in natura bevat. Daarna beoordeelt de bedrijfsrevisor de waardering door de oprichters. Ten slotte moet het verslag in voorkomend geval aangeven waarom het afwijkt van de waardering door de bedrijfsrevisor¹⁷.

Dezelfde procedure geldt voor bijkomende inbrengen (art. 5:133 WVV, voorheen artikel 313 W.Venn.).

15. Een eerste flexibilisering in deze context vloeit voort uit de afschaffing van de regelen inzake quasi-inbreng (zie de artikelen 220-222 W.Venn.). Volgens de memorie van toelichting bieden de regels inzake belangenconflicten op dit punt de nodige garanties¹⁸.

16. Een tweede belangrijke ontwikkeling in dit verband is dat voortaan ook de inbreng van nijverheid principieel wordt toegelaten. De belangrijke waarde die dergelijke inbrengen kunnen vertegenwoordigen en de vaststelling dat deze reeds vroeger, zij het via hinderlijke omwegen, gebeurde, pleiten voor een principiële toelating van deze inbrengen in de BV¹⁹. De inbreng van nijverheid geldt als een bijzondere verschijningsvorm van de inbreng in natura (art. 1:8, § 2, derde lid WVV) en wordt derhalve aan de daarop toepasselijke procedure inzake inbrengcontrole onderworpen. Aandelen die een inbreng van nijverheid vertegenwoordigen zijn in principe aan eenzelfde regime inzake overdraagbaarheid onderworpen als alle andere aandelen, zij het dat daarvan in de statuten kan worden afgeweken. Het leek niet noodzakelijk bijzondere beperkingen op te leggen op de overdraagbaarheid van tegen inbrengen van nijverheid uitgegeven aandelen, nu, overeenkomstig de nieuwe algemene regeling ter zake, de overdrager en overnemer hoofdelijk gehouden zijn tot volstorting (zie art. 5:66 WVV)²⁰. Alleen wat betreft de eigenlijke volstorting van de inbreng van nijverheid en eventuele incidenten daarbij werd in een aantal bijzondere bepalingen voorzien (*cf. infra* nr. 19)

D. Storting van de inbrengen

17. Op het vlak van de regelen inzake de volstorting van inbrengen werd gestreefd naar een oplossing die eenvoudig is en de nodige garanties biedt aan de aandeelhouders en de schuldeisers, maar toch voldoende flexibel is²¹. Het Nederlandse BV-model was daarbij inspirerend²². Ongeacht de aard van de inbreng moeten inbrengen voortaan immers meteen volledig worden volgestort. Dit is echter slechts een suppletieve regel waarvan de statuten kunnen afwijken (art. 5:8 WVV).

18. Ingeval van inbreng in geld werd aanvankelijk overwogen de storting op een geblokkeerde rekening achterwege te laten²³. Op verzoek van de bedrijfswereld, in het bijzonder van het bankwezen, werd evenwel beslist het bestaande regime van artikel 224 W.Venn principieel te behouden (art. 5:9 en, voor het geval van bijkomende inbrengen, art. 5:132 WVV). Bij amendement²⁴ werd gepreciseerd dat voortaan elke in de Europese Economische Ruimte gevestigde kredietinstelling

¹⁷ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 130.

¹⁸ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 131.

¹⁹ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 130.

²⁰ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 131.

²¹ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 131.

²² Zie artikel 2:191 BW.

²³ Het Voorontwerp bevat geen regeling van het bankattest: *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 530.

²⁴ Amendement nr. 432 en 433 van de h. Van der Donckt c.s., *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/013, p. 51 en 52.

de geblokkeerde rekening kan aanbieden. De termijn waarna het geld bij niet-oprichting terug ter beschikking wordt gesteld van de deposanten wordt thans op één maand bepaald²⁵.

19. Wat inbrengen in nijverheid betreft, geldt de levering van de beloofde prestaties, waarvan het ritme statutair kan worden vastgelegd, als volstorting. Het verdient aanbeveling dat in de statuten uitgebreid aandacht wordt besteed aan de problemen die zich kunnen voordoen bij de levering van de beloofde prestaties. De wet voorziet slechts in een summiere suppletieve regeling voor het geval de schuldenaar van de inbreng in nijverheid wegens een vreemde oorzaak (zoals een ernstige ziekte of overlijden) in de onmogelijkheid verkeert zijn verbintenissen na te komen. Is deze onmogelijkheid definitief, dan komen de aandelen te vervallen en geven de aandelen enkel *prorata temporis* recht op een eventueel dividend met betrekking tot het lopende boekjaar (art. 5:10, eerste lid WVV)²⁶. Is deze onmogelijkheid niet definitief, maar duurt ze wel langer dan een periode van drie maanden, dan worden de maatschappelijke rechten die aan de aandelen zijn verbonden opgeschort voor de duur die de periode van drie maanden overstijgt (art. 5:10, tweede lid WVV).²⁷

E. Bijkomende inbrengen

20. De regelen inzake inbreng, plaatsing en volstorting die bij de oprichting gelden zijn van overeenkomstige toepassing op bijkomende inbrengen die op een later tijdstip gebeuren (art. 5:120 e.v. WVV). Meestal gebeuren deze inbrengen tegen de uitgifte van nieuwe aandelen, hetgeen een statutenwijziging vereist. In dat geval legt artikel 5:121 bovendien een bijzondere verslagplicht op. Zie daarover de bijdrage van Hans DE WULF en Marieke WYCKAERT in dit boek.

21. Op te merken valt in dit verband dat het WVV uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid in de BV om bijkomende inbrengen te doen zonder de uitgifte van nieuwe aandelen. Een dergelijke verrichting heeft een ander karakter dan een inbreng tegen uitgifte van nieuwe aandelen. Zodanige inbreng vereist inderdaad geen statutenwijziging in een kapitaallose vennootschap aangezien het bedrag van het eigen vermogen niet in de statuten is vermeld en het aantal uitgegeven aandelen ongewijzigd blijft. Voorts geeft de verrichting aanleiding tot minder risico's voor de bestaande aandeelhouders nu een inbreng zonder uitgifte van nieuwe aandelen de waarde van de bestaande aandelen verhoogt zonder wijziging van de verhouding tussen de aandeelhouders. Dit gebeurt meestal in gevallen waar alle aandeelhouders een inbreng van gelijke waarde doen, bijvoorbeeld bij inbreng van een onroerend goed waarvan zij in gelijke delen mede-eigenaars zijn²⁸. Om die reden wordt de revisorale controle

²⁵ Het wetsontwerp had de termijn van drie maanden (art. 224 W.Venn., derde lid) verminderd tot 15 dagen. Deze termijn werd bij amendement weer verlengd tot één maand: amendement nr. 239 van de h. Vanherstraeten c.s., 2018-2019, 3119/008, p. 95.

²⁶ Ten onrechte oefent de Raad van State kritiek uit op deze regeling omdat "dividenden hier behandeld worden als intresten" (advies nr. 63.9106/2/V van 13 september 2018, *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/007, p. 13.) Hoewel de klassieke opvatting dat dividenden "burgerlijke vruchten" zijn die *pro rata temporis* worden verkregen thans betwist wordt (zie reeds: Van Ryn, *Principes de droit commercial*, I, nr. 783), kan de wetgever uiteraard bepalen dat in het geval een dividend wordt uitgekeerd dit dividend, in een bepaalde hypothese *pro rata temporis* wordt verkregen.

²⁷ Deze regeling is verantwoord door de eigen aard van de inbreng van nijverheid die betrekking heeft op toekomstige prestaties waarvan de uitvoering zich over een lange periode kan uitstrekken en dwanguitvoering in natura niet mogelijk of minstens niet voor de hand liggend is. Zie evenwel het kritische advies van de Raad van State in dit verband: advies nr. 63.9106/2/V van 13 september 2018, *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/007, p. 14.

²⁸ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 170.

van dergelijke inbrengen niet opgelegd wanneer zij in natura plaatsvinden²⁹. De regeling van het bankattest bij storting in geld blijft daarentegen wel van toepassing (art. 5:132 WVV)³⁰.

Met het oog op een adequate bescherming van de aandeelhouders wordt bepaald dat inbrengen zonder uitgifte van nieuwe aandelen een besluit van de algemene vergadering³¹ en de tussenkomst van een notaris vereisen (art. 5:120, § 2 WVV). Aangezien de statuten niet worden gewijzigd kan de algemene vergadering dit besluit nemen met gewone meerderheid. Het bestuursorgaan zorgt voor de boekhoudkundige verwerking van deze inbrengen. Er wordt geen bijzondere bekendmaking opgelegd daar deze verrichting geen nadeel aan derden kan toebrengen en in ieder geval in de jaarrekening moet worden tot uitdrukking gebracht³².

IV. De instandhouding van het vermogen van de BV

A. Overzicht

22. De afschaffing van het vennootschapsrechtelijke kapitaalbegrip heeft niet alleen belangrijke gevolgen voor de regelen inzake kapitaalvorming. Ook de huidige regelen inzake kapitaalbehoud of kapitaalinstandhouding moeten bij afwezigheid van de kapitaalfiguur worden herdacht. Waar voor de regelen inzake kapitaalvorming overigens nog twijfel kan bestaan over de vraag of na de afschaffing van het kapitaalbegrip wel nog in een vervanging van deze regelen moet worden voorzien, is dat helemaal niet het geval voor wat betreft de regelen inzake kapitaalbehoud. Als het vennootschapsrecht op het vlak van schuldeisersbescherming één rol te vervullen heeft, dan situeert deze zich daar. Het is immers precies wanneer uitkeringen aan de aandeelhouders worden verricht dat de belangen van aandeelhouders en schuldeisers diametraal tegenover elkaar staan, zelfs bij een perfect gezonde vennootschap.

23. In het traditionele Europese model zijn de regelen die grenzen stellen aan de mogelijkheid om uitkeringen aan de aandeelhouders te doen, gebaseerd op de kapitaalfiguur: een uitkering mag er niet toe leiden dat het nettoactief van de vennootschap daalt tot beneden het bedrag van het kapitaal en de onbeschikbare reserves (art. 320 W.Venn.). Deze nettoactieftest moet niet alleen worden toegepast bij gewone en tussentijdse winstuitkeringen, maar ook bij de zogenaamde onrechtstreekse uitkeringen, zoals de inkoop van eigen aandelen en de financiële steunverlening bij de verwerving van eigen aandelen door een derde. Nu de kapitaalfiguur verdwijnt, is het duidelijk dat naar een alternatief voor de nettoactieftest op zoek moest worden gegaan en dat bij voorkeur meteen ook de belangrijke tekortkomingen daarvan worden weggewerkt³³. Alle regelen in dat verband worden in het WVV samengebracht onder de noemer regelen inzake 'instandhouding van het vermogen van de BV' (boek 5, titel 5, hoofdstuk 2 WVV), in opvolging van de benaming 'instandhouding van het maatschappelijk kapitaal'.

²⁹ Zie de kritiek van de Raad van State op artikel 5:100 van het voorontwerp (advies nr. 63.9106/2 van 9 oktober 2017, *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/002, p. 74) dat op dat punt gedeeltelijk werd gewijzigd.

³⁰ Gewijzigd door Amendement nr. 293 van de h. Verherstraeten c.s., *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/008, p.103.

³¹ Een besluit van de algemene vergadering leek verkieslijk, boven de afhandeling door het bestuursorgaan alleen, omdat de verrichting de belangen van de aandeelhouders raakt. In kleinere vennootschappen zullen echter meestal alle aandeelhouders aan de verrichting deelnemen. Merk ook op dat in dit geval het bijzonder verslag van het bestuursorgaan zoals bedoeld in artikel 5:121 niet vereist is. Zie nochtans de kritiek van de Raad van State, advies nr. 63.9106/2/V van 13 september 2018, *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/007, p. 16.

³² Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 170 – 171.

³³ Zie voor een overzicht van deze tekortkomingen D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 595 e.v.

24. De afschaffing van het kapitaalbegrip heeft in deze sfeer ook nog andere gevolgen. Zo verdwijnt samen met het kapitaal ook de kapitaalvermindering als verrichting uit het BV-recht. De uitkering aan de aandeelhouders van eerder ingebrachte vermogensbestanddelen wordt in het WVV op dezelfde manier behandeld als een uitkering van winsten of reserves (*cf. infra*).

25. Verder zorgt het WVV ook voor een nieuwe vorm van uitkering aan de aandeelhouders in de BV. Het betreft de uitkering van een scheidingsaandeel aan een aandeelhouder uit het vennootschapsvermogen in het kader van een uittreding of uitsluiting. Dit laatste kan momenteel enkel in coöperatieve vennootschappen. Aangezien het evenwel de bedoeling is het gebruik van de CV-vorm voor te behouden voor de échte coöperatieve ondernemingen en alle andere ondernemingen naar de BV-vorm af te leiden, werd het noodzakelijk geacht om ook in de BV in een mogelijkheid te voorzien om uit te treden of uit te sluiten ten laste van het vennootschapsvermogen (*cf. infra*).

26. Naast de regelen inzake rechtstreekse en onrechtstreekse uitkeringen aan de aandeelhouders worden onder de noemer 'regelen inzake kapitaalinstandhouding' traditioneel ook de regelen met betrekking tot de alarmbelprocedure gerekend (artikelen 332-333 W.Venn.). Nu deze regelen evenzeer rechtstreeks met de kapitaalfiguur zijn verbonden, moest ook hiervoor naar een alternatieve formulering op zoek worden gegaan.

27. Als algemene opmerking geldt dat de hier weergegeven wijzigingen strikt beperkt blijven tot de BV en aldus de bestaande regelen voor de NV onverlet laten.

B. Uitkeringen aan de aandeelhouders en tantièmes

1. Bevoegheidsverdeling

a. Algemeen

28. De regelen inzake uitkeringen aan de aandeelhouders worden in de BV volledig hertekend. Doelstellingen daarbij zijn een betere schuldeisersbescherming en een duidelijkere bevoegdheids- en aansprakelijkheidsverdeling tussen bestuur en algemene vergadering. Wat dit laatste betreft, wordt de wisselwerking tussen beide organen die bij een uitkering aan de aandeelhouders in principe steeds aan de orde is, in het ontwerp expliciet tot uitdrukking gebracht. Artikel 5:141 WVV bevestigt nu uitdrukkelijk dat de algemene vergadering bevoegd is tot bestemming van de winst en tot vaststelling van de uitkeringen. Nieuw is dat een dergelijke beslissing slechts uitwerking krijgt eens ook het bestuursorgaan zich over de toelaatbaarheid van de uitkering heeft uitgesproken (art. 5:142 WVV).

29. De beslissingsketen en overeenkomstige verantwoordelijkheden inzake uitkeringen aan de aandeelhouders zal er concreet als volgt uitzien: i) voorstel inzake bestemming van de winst door het bestuursorgaan; ii) beslissing inzake bestemming van de winst door de algemene vergadering; iii) goedkeuring van de uitkeringsbeslissing door het bestuursorgaan; iv) effectieve uitbetaling van de uitkering door het bestuursorgaan.

b. Interimdividenden

30. Naar analogie met wat tot dusver enkel in de NV kon, voorziet het wetboek in de mogelijkheid om aan het bestuursorgaan de bevoegdheid te delegeren zogenaamde interimdividenden uit te keren (art. 5:141, tweede lid WVV). De invoering van de bevoegdheidsdelegatie tot uitkering van interimdividenden in de BV is te situeren tegen de achtergrond van de verwachting dat in de toekomst ook grotere ondernemingen volop van de BV-vorm gebruik zullen maken. Bovendien zorgt het voor een oplossing voor de vaststelling dat op vandaag reeds in BVBA's *de facto* volop opnames uit de winst

van het lopende boekjaar gebeuren die boekhoudkundig worden verwerkt via boekingen in rekening-courant zonder aangepast juridisch kader.

31. De regels lopen geheel gelijk met de nieuwe bepalingen die gelden in de NV, die in vergelijking met artikel 618 W.Venn. aanzienlijk werden versoepeld (art. 7:213 WVV). De wetgever had inderdaad in de wet van 5 december 1984 tot omzetting van de richtlijn 77/91/EEG de bevoegdheid tot het uitkeren van interimdividenden strenger omlijnd dan in de richtlijn was opgelegd. In een mooi staaltje van *goldplating* had hij, zonder enige verantwoording, bijkomende waarborgen ingevoegd ter bescherming van de aandeelhouders en van de schuldeisers. Deze maatregelen beperkten evenwel de uitkering van interimdividenden meer dan nodig. Vooral het verbod om tot uitkering over te gaan binnen de eerste zes maanden van het boekjaar, en de verplichting om drie maanden tussen twee uitkeringen te laten verlopen, werd in de praktijk als storend ervaren.

In de artikelen 5:141, tweede lid en 7:213 WVV worden voortaan deze termijnen achterwege gelaten. Bovendien mogen voortaan, naar Frans model, interimdividenden niet enkel worden uitgekeerd uit de winst van het lopende boekjaar, maar ook uit de winst van het voorgaande boekjaar zolang de jaarrekening van dat boekjaar nog niet is goedgekeurd. Interimdividenden kunnen dus worden uitgekeerd uit de resultaten van het jaar n tijdens dat jaar en tijdens het jaar $n + 1$ tot de datum van goedkeuring van de jaarrekening van het jaar n , terwijl in het jaar $n + 1$ ook interimdividenden uit de winsten van dat boekjaar kunnen worden uitgekeerd. De winst wordt blijkens art. 5:142, tweede lid WVV bepaald op grond van de laatste goedgekeurde jaarrekening of van een recentere staat van activa en passiva. Zoals in het verleden wordt deze winst in voorkomend geval verminderd met het overgedragen verlies of vermeerderd met de overgedragen winst³⁴.

32. Een bevoegdheidsoverdracht aan het bestuur inzake interim-dividenden is niet vrijblijvend. De bevoegdheid die in de statuten aan het bestuursorgaan wordt gegeven om interimdividenden uit te keren uit de winst van het lopende (en nu ook van het vorige boekjaar) blijft, zoals de beste rechtsleer in het verleden had aangenomen³⁵, een exclusieve bevoegdheid van dit orgaan³⁶. De bevoegdheidsdelegatie doet evenwel niets af aan de bevoegdheid van de algemene vergadering om op eender welk tijdstip over te gaan tot een uitkering uit de beschikbare reserves of uit de beschikbare eigenvermogensrekening “inbrengen” (*cf. supra* nr. 6)³⁷. Voor de uitkering van deze eigenvermogensrekeningen blijft steeds een beslissing van de algemene vergadering vereist. In dat geval wordt immers teruggekomen op een eerdere beslissing van de algemene vergadering of de oprichters³⁸.

Wat de overgedragen winsten betreft, is de situatie enigszins anders. Hoewel de bevoegdheidsoverdracht aan het bestuur inzake interimdividenden ook daarop betrekking heeft, lijkt niet zomaar te mogen worden aangenomen dat de algemene vergadering haar beslissingsmacht over deze balanspost verliest. Enerzijds is de algemene vergadering immers als enige bevoegd inzake resultaatbestemming, anderzijds moet rekening worden gehouden met het cassatiearrest van 31 januari 1957³⁹ waarin de overgedragen winst voor uitkeringsdoeleinden met een uitkeerbare reserve

³⁴ Zie verder: Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 267 – 269.

³⁵ L. Simont en P.A. Foriers, “La distribution de reserves disponibles en cours d’exercice”, in: X (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 596 (609 – 610). K. Selleslagers, commentaar bij art. 618 W.Venn., in: Kluwer, *Vennootschappen en verenigingen*, Artikelsgewijze commentaar, 618 – 6 tot 8, en de verdere verwijzingen onder voetnoot 3.

³⁶ De memorie van toelichting sluit zich uitdrukkelijk aan bij het standpunt van de heersende rechtsleer in de commentaar op art. 7:213 betreffende de NV (p. 269).

³⁷ Zoals het Hof van Cassatie in zijn principearrest van 23 januari 2003 (C.01.0536.F) heeft beslist; zie Cass. 23 januari 2003, *R.C.J.B.* 2003, 557, noot D. WILLERMAIN, *RPS* 2003, 379, noot M. DE WOLF, *TBH* 2003, 836, noot D. HEENEN, *T.R.V.* 2003, 541, noot R. TAS, *NjW* 2004, 52, noot H. DE WULF, *J.D.S.C.* 2004, 145, noot J. GOFFIN, E. VIATOUR, *J.D.S.C.* 2004, 243, noot M. DELVAUX, *J.T.* 2004, 155, noot A. BERTRAND.

³⁸ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 177.

³⁹ *Pas.*, 1957, I, 634.

wordt gelijkgesteld⁴⁰. Wat de overgedragen winsten betreft, verdient het dan ook aanbeveling om in de statutaire clausule waarin de bevoegdheid inzake uitkeringen aan het bestuursorgaan wordt toegekend, te verduidelijken wie effectief over de overgedragen winsten kan beschikken: het bestuursorgaan, de algemene vergadering of beide.

33. Tot slot moet worden opgemerkt dat met de hier bedoelde “interimdividenden” specifiek wordt verwezen naar de uitkering uit de winst van het lopende (en eventueel voorgaande) boekjaar en de overgedragen resultaten *door het bestuursorgaan* op basis van de haar in de statuten toegekende bevoegdheid. Deze interimdividenden moeten worden onderscheiden van de uitkeringen uit de winst van het lopende boekjaar die bij toepassing van het nieuwe BV-recht kunnen gebeuren op beslissing van de algemene vergadering wanneer geen gebruik werd gemaakt van de door artikel 5:141, tweede lid WVV geboden mogelijkheid om deze bevoegdheid toe te kennen aan het bestuursorgaan.

Dit vormt een belangrijk verschilpunt met het oude en ook het nieuwe NV-recht waarvoor wordt aangenomen dat de uitkering uit de winst van het lopende boekjaar een exclusieve bevoegdheid van het bestuursorgaan is⁴¹. Een belangrijke flexibilisering die het WVV op dit punt evenwel brengt *voor de BV* is dat een uitkeringsbeslissing niet alleen kan worden genomen op basis van de laatst goedgekeurde jaarrekening, maar ook op basis van een recentere staat van activa en passiva (*cf. infra* nr. 36). Wanneer van deze laatste mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, kan in de BV ook de algemene vergadering overgaan tot een uitkering uit de winst van het lopende boekjaar, althans op voorwaarde dat het deze bevoegdheid niet aan het bestuursorgaan heeft overgedragen zoals in het vorige randnummer uiteengezet.

2. Nettoactietest

34. De klassieke nettoactietest wordt vervangen door een dubbele uitkeringstest. Het eerste luik daarvan is een aangepaste nettoactietest (art. 5:142 WVV). Het betreft een eenvoudige versie van de vroegere test die daarmee de eigenschap deelt dat het een door eenieder eenvoudig toe te passen en te verifiëren vuistregel is. Op basis van deze test is een uitkering slechts toegelaten voor zover het nettoactief van de vennootschap niet negatief is of door de uitkering negatief zou worden. In essentie betekent dit dat alle posten van het eigen vermogen, inclusief de tegenwaarde van de ingebrachte vermogensbestanddelen, principieel voor uitkering in aanmerking komen. Het is binnen de grenzen aangegeven door deze test dat de algemene vergadering haar uitkeringsbeslissing moet nemen.

35. De nieuwe nettoactietest verschilt van de vroegere versie omdat daarbij niet langer rekening moet worden gehouden met het kapitaalbedrag. Wel nog steeds aanwezig is evenwel de ‘surplus-gedachte’: een uitkering moet beantwoorden aan een overschot aan activa in vergelijking met de schulden, waarbij dat surplus, anders dan vroeger, zowel kan voortkomen uit winsten als uit inbrengen. Met het behoud van deze surplus-gedachte onderscheidt het Belgische recht zich duidelijk van het Nederlandse BV-recht dat de surplus-gedachte liet varen en aldus ruimte laat voor de – hoogst opmerkelijke – mogelijkheid tot uitkering van toekomstige winstcapaciteit.⁴²

⁴⁰ V. COLAERT “Commentaar bij artikel 617 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, 2006, §.III; H. DE WULF, “Moet de mogelijkheid tot winstuitkering volgens artikel 617 W. Venn. steeds aan de hand van de laatste jaarrekening berekend worden?”, (noot onder Antwerpen 8 mei 2003), *TBH* 2005, 395; L. SIMONT en P.A. FORIERS, “La distribution de reserves disponibles en cours d’exercice”, in: X (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 606 – 607.

⁴¹ K. SELLESLAGS, “Commentaar bij artikel 618 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, 2006, §.II.A; R. TAS, “Een dividend voor elk seizoen. Over de mogelijkheid van tussentijdse dividenduitkeringen”, *TRV* 2003, 504-505.

⁴² D. BRULOOT, “Het nieuwe Nederlandse B.V.-recht: overzicht en Belgische aandachtspunten”, *TRV* 2014, 463; E. HOLTMAN, “Goorloofde uitkeringen in de zin van artikel 2:216 van het Burgerlijk Wetboek”, *Vennootschap & Onderneming* 2013, 69.

In de realiteit zal de nieuwe nettoactietest vaak overigens nog dichter bij de vroegere versie liggen dan hierboven geschetst. Wanneer de BV over eigenvermogensbestanddelen beschikt die niet mogen worden uitgekeerd, dan moet de nettoactietest immers aldus worden begrepen dat de uitkering er niet mag toe leiden dat het nettoactief daalt beneden het bedrag van deze onbeschikbare eigenvermogensrekeningen. Zo wordt uitdrukkelijk bepaald dat voor de toepassing van deze test het niet afgeschreven gedeelte van de herwaarderingsmeerwaarden als onbeschikbaar wordt beschouwd (art. 5:142, eerste lid, laatste zin). Verder gaat het daarbij om statutair onbeschikbare reserves, maar ook om het vroegere 'kapitaal' van alle bestaande BV's. Inderdaad wordt bij wijze van overgangsmaatregel het kapitaal van alle BVBA's bij de inwerkingtreding van de wet van rechtswege omgevormd tot een statutair onbeschikbare eigenvermogensrekening (cf. *infra* nr. 80).

36. De nettoactietest kan in de eerste plaats worden toegepast op de laatst goedgekeurde jaarrekening of samen met de goedkeuring daarvan, wat ongetwijfeld de standdaardsituatie zal zijn. Om komaf te maken met de discussies waartoe dit concept in bepaalde omstandigheden aanleiding geeft⁴³ en om uitkeringen uit de winst van het lopende boekjaar eenvoudiger te maken, wordt echter ook in een alternatief voorzien. De netto-actietest mag namelijk evenzeer worden toegepast op een staat van actief en passief van recentere datum dan de laatst goedgekeurde jaarrekening. Enkel in de vennootschappen waarin een commissaris is benoemd, moeten deze cijfers door deze laatste worden beoordeeld. Deze flexibiliteit op het vlak van de vertrekbasis voor de nettoactietest ligt in de lijn van wat het geval is in de buitenlandse regimes die model hebben gestaan bij de uitwerking van de nieuwe uitkeringsbeperkingen⁴⁴.

37. Wat betreft de berekening van het nettoactief wordt bij het bestaande begrippenkader aangeknoopt. Zoals in artikel 320 W.Venn. wordt onder nettoactief verstaan het totaal bedrag van de activa verminderd met de voorzieningen en de schulden. Voor winstuitkeringen moeten van het nettoactief bovendien worden afgetrokken de nog niet afgeschreven bedragen van de oprichtings- en uitbreidingskosten en de kosten van onderzoek en ontwikkeling, behoudens uitzonderlijke gevallen die specifiek in de toelichting bij de jaarrekening moeten worden vermeld en gemotiveerd. Kosten van onderzoek mogen niet meer worden geactiveerd, maar ze worden nog vermeld voor die vennootschappen waar er nog historische geactiveerde kosten van onderzoek zouden zijn⁴⁵.

3. Liquiditeitstest

a. Principes

38. De nieuwe nettoactietest is soepeler dan de vorige versie van die test, zeker in het licht van de flexibiliteit die wordt geboden op het vlak van de cijfers waarop de test moet worden toegepast. De extra veiligheidsmarge die onder toepassing van de nettoactietest van art. 320 W.Venn. voortvloeit uit de kapitaalbuffer die in stand moet worden gehouden, wordt bij toepassing van het nieuwe BV-recht vervangen door een verfijnder en gericht mechanisme: *de liquiditeitstest*, het tweede luik van de nieuwe dubbele uitkeringstest (art. 5:143 WVV). Deze regel komt tegemoet aan de twee voornaamste tekortkomingen van de nettoactietest, namelijk dat deze op geen enkele manier rekening houdt met toekomstige ontwikkelingen, noch met de impact van een uitkering op de liquiditeitspositie van de vennootschap.

⁴³ Zie o.m. H. DE WULF, "Moet de mogelijkheid tot winstuitkering volgens artikel 617 W. Venn. steeds aan de hand van de laatste jaarrekening berekend worden?", (noot onder Antwerpen 8 mei 2003), *T.B.H.* 2005, 395; L. SIMONT en P.A. FORIERS, "La distribution de réserves disponibles en cours d'exercice" in X (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 609.

⁴⁴ Zie in het bijzonder artikel 2:216 BW wat Nederland betreft en artikel 6.40 wat betreft de Amerikaanse *Model Business Corporation Act* (MBCA).

⁴⁵ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 178.

39. Anders dan de nettoactief test rust de verantwoordelijkheid op het vlak van de liquiditeitstest bij het bestuursorgaan. De beslissing van de algemene vergadering tot uitkering binnen de grenzen van de nettoactief test krijgt slechts uitwerking nadat het bestuursorgaan de liquiditeitstest heeft uitgevoerd. Bij het nemen van dit besluit vindt de belangenconflictregering bedoeld in de artikelen 5:76, 5:77 en 5:78 WvV geen toepassing⁴⁶, zo niet zou het delicaat evenwicht tussen de taak van het bestuursorgaan en de rol van de algemene vergadering in het gedrang komen.

Bij de liquiditeitstest vergewist het bestuursorgaan zich ervan of de vennootschap, volgens de redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen, na de uitkering nog zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar schulden naarmate deze opeisbaar worden. De regel is aldus een uitdrukking van de gedachte dat moet worden vermeden dat uitkeringen aan de aandeelhouders kunnen worden verricht op kosten van de schuldeisers. Het bestuursorgaan neemt bij de beoordeling een periode van minstens twaalf maanden in ogenschouw. Deze tijdshorizon wil enerzijds vermijden dat prognoses zouden moeten worden gemaakt over onrealistisch lange periodes, maar anderzijds ook dat het bestuursorgaan abstractie zou kunnen maken van belangrijke gebeurtenissen die verder dan twaalf maanden zijn verwijderd maar op het ogenblik van de uitkering wel reeds zijn gekend.

40. De oefening die het bestuursorgaan moet maken, sluit aan bij de beoordeling van de boekhoudkundige continuïteitshypothese en is bijgevolg niet geheel nieuw. De liquiditeitstest is anders dan de balans test geen abstracte regel en behoeft steeds een concrete beoordeling. Om die reden kan de regel niet worden herleid tot de toepassing van bepaalde ratio's, zoals de *quick ratio*⁴⁷, zij het dat dergelijke ratio's wel een nuttig hulpmiddel kunnen zijn. Hetzelfde geldt voor de vaststelling dat een geplande uitkering slechts een fractie van een stevig en stabiel eigen vermogen betreft. Om dezelfde reden vormt de liquiditeitstest ook geen principieel beletsel om de uitkering van een dividend met schulden te financieren of om de vordering voortvloeiend uit een toegekend dividend in rekeningcourant te boeken. Het volstaat dat het bestuur zich ervan heeft vergewist dat de vennootschap de in de context van de uitkering aangegane schuld zal kunnen voldoen naarmate deze opeisbaar wordt⁴⁸. Wat de boeking in rekening-courant betreft, kan dit ertoe nopen beperkingen te stellen op het vlak van de opvraagbaarheid.

41. Niet uitdrukkelijk geregeld is het precieze tijdstip waarop het bestuur de test moet uitvoeren of zich bij het uitvoeren van de test moet plaatsen. Dit hangt evenwel samen met de "*in concreto*" beoordeling die eigen is aan de liquiditeitstest. Het bestuur moet de uitkeringsbeslissing van de algemene vergadering binnen een redelijke termijn of overeenkomstig in dat verband gegeven instructies *uitvoeren*, zoals dat ook onder het oude recht het geval is. Het is in het kader van deze uitvoering dat het bestuursorgaan de liquiditeitstest moet toepassen. Aangezien de test ertoe strekt de impact van de uitkering op de liquiditeitspositie van de vennootschap te onderzoeken moet de test worden uitgevoerd op een tijdstip dat zo dicht mogelijk aanleunt bij het ogenblik van de effectieve uitbetaling.

42. Dat het bestuursorgaan voortaan expliciet een zekere bevoegdheid en verantwoordelijkheid krijgt in het kader van uitkeringsbeslissingen, geeft een nieuwe dimensie aan conflicten die in dat verband tussen de algemene vergadering en het bestuursorgaan kunnen ontstaan.

⁴⁶ Zie art. 5:143, derde lid WvV, zoals ingevoerd bij artikel 104/1 van de wet van 28 april 2020 tot omzetting van Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende vennootschaps- en verenigingsbepalingen, BS 6 mei 2020.

⁴⁷ Zijnde de vlottende activa verminderd met de vorderingen op meer dan één jaar en de voorraden ten opzichte van de schulden op ten hoogste één jaar verminderd met de overlopende rekeningen.

⁴⁸ Zie verder: Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 178 – 179.

Dit is in het bijzonder het geval wanneer het bestuur, in het kader van de zelfstandige bevoegdheid die het op basis van de liquiditeitstest heeft, tot de vaststelling komt dat de uitkering, zoals door de algemene vergadering beslist, de liquiditeitspositie van de vennootschap in gevaar zal brengen. Overeenkomstig de bewoordingen van artikel 5:143 WvV heeft het besluit van de algemene vergadering in dat geval “geen uitwerking”. Het bestuur lijkt in dit geval over meerdere opties te beschikken. De veiligste optie is om zo snel mogelijk een nieuwe algemene vergadering samen te roepen met het oog op de herziening van de eerdere uitkeringsbeslissing. Het bestuursorgaan kan echter ook geen nieuwe algemene vergadering samenroepen en de beslissing niet of slechts gedeeltelijk uitvoeren. Het besluit van de algemene vergadering blijft dan voorlopig bestaan in afwachting van gewijzigde omstandigheden die een uitkering eventueel wel toelaten of van de eerstvolgende algemene vergadering die het eerdere besluit kan hervormen. Wanneer het bestuur voor deze tweede optie kiest, lijkt het aangewezen dat de aandeelhouders op deze algemene vergadering daaromtrent duidelijk worden geïnformeerd.

b. Verslagplicht

43. Gelet op de concrete beoordeling die de liquiditeitstest behoeft, werd het nodig geacht het bestuursorgaan te verplichten zijn beslissing in een verslag te verantwoorden (art. 5:143, tweede lid, eerste zin WvV). Dit document is niet op straf van nietigheid voorgeschreven, is aan geen enkele vormvereiste onderworpen en moet niet openbaar worden gemaakt. Het heeft een dubbel doel: 1) het spoort het bestuursorgaan aan bij het uitvoeren van de liquiditeitstest met de nodige voorzichtigheid tewerk te gaan, en 2) het biedt het bestuursorgaan de gelegenheid bewijsmateriaal samen te stellen voor het geval de rechtsgeldigheid van een uitkering naderhand zou worden betwist⁴⁹.

44. In vennootschappen waar een commissaris is benoemd, moet het verslag aan diens beoordeling worden onderworpen. De commissaris moet de historische en prospectieve boekhoudkundige en financiële gegevens van het verslag beoordelen. In zijn jaarlijks controleverslag moet hij vervolgens vermelden dat hij deze opdracht heeft uitgevoerd (art. 5:143, tweede lid, tweede en derde zin WvV). Indien de beslissing van het bestuursorgaan niet onmiddellijk na de algemene vergadering, of tenminste korte tijd daarna wordt genomen, zal hij deze beoordeling pas na de algemene vergadering kunnen uitvoeren en de bevestiging dat deze opdracht werd uitgevoerd derhalve pas in het controleverslag van het volgende boekjaar kunnen opnemen.

45. Alhoewel het voor de hand ligt dat ook in andere vennootschapsvormen, zoals de NV, de vennootschap niet tot uitkering van winst mag overgaan indien de betaling van haar schulden daardoor in het gedrang komt, wordt de verplichting om een liquiditeitstest uit te voeren en daarvan een verslag op te stellen enkel formeel in de BV opgelegd als flankerende maatregel bij de afschaffing van het kapitaal⁵⁰.

4. Dezelfde regelen voor alle uitkeringen en het verdwijnen van de kapitaalvermindering

46. De regelen inzake uitkeringen aan de aandeelhouders worden op verschillende vlakken geüniformiseerd in vergelijking met het oude recht. Zo wordt vooreerst duidelijk gemaakt dat het nettoactief bij alle gevallen van uitkering op dezelfde wijze moet worden berekend (*cf. supra*)⁵¹.

⁴⁹ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 180.

⁵⁰ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 180.

⁵¹ Zie wat deze discussie onder het huidige recht betreft o.m. M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des sociétés aux deuxième et quatrième directives européennes (Loi du 5 décembre 1984)*, Brussel, Swinnen, 1985, 168; R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 154-158.

47. Een tweede, meer fundamentele evolutie is dat bij een uitkering aan de aandeelhouders niet langer een onderscheid wordt gemaakt tussen een uitkering die vanuit boekhoudkundig oogpunt aangerekend wordt op (overgedragen) winsten of reserves, dan wel op de tegenwaarde van de door de vennoten verrichte inbrengen. Anders uitgedrukt: de verrichting die vandaag gekend staat als de kapitaalvermindering met terugbetaling aan de aandeelhouders, wordt onder toepassing van het nieuwe BV-recht op dezelfde manier behandeld als alle andere uitkeringen aan de aandeelhouders. Dit betekent meteen ook dat niet langer een statutenwijziging en dus een notariële akte is vereist om over te gaan tot terugbetaling van eerdere inbrengen⁵². In een kapitaalloos systeem wordt het bedrag van de inbrengen immers niet in de statuten vermeld.

Merk op dat de vennootschapsrechtelijke gelijkschakeling tussen de uitkering van winsten en inbrengen uiteraard niet wegneemt dat op het fiscale vlak wel nog steeds een onderscheid tussen beide verrichtingen wordt gemaakt⁵³.

48. Een derde uniformisering is dat beide testen steeds moeten worden toegepast ongeacht het tijdstip van de uitkering en ongeacht welk deel van het eigen vermogen wordt uitgekeerd. Zoals aangegeven moet de uitkeringsbeslissing niet langer worden gebaseerd op de laatst goedgekeurde jaarrekening, maar kan ook van een meer recente staat van actief en passief gebruik worden gemaakt. Op basis van dit laatste kan de algemene vergadering, steeds met toepassing van de dubbele test, in principe ook zonder probleem overgaan tot een uitkering uit de winst van het lopende boekjaar. Dit is slechts anders wanneer de algemene vergadering deze bevoegdheid in de statuten zou hebben overgedragen aan het bestuursorgaan (*cf. supra* nr. 32).

5. Onrechtmatige uitkeringen

49. Het WVV besteedt bijzondere aandacht aan het lot van onrechtmatige uitkeringen. Daarbij wordt gestreefd naar een evenwicht tussen de belangen van de leden van het bestuursorgaan en deze van de aandeelhouders. Het is ten aanzien van de eersten dat de voornaamste regel inzake uitkeringen (de liquiditeitstest) is gericht zodat een degelijk handavingsmechanisme daarvoor noodzakelijk is. De tweede groep, de aandeelhouders, zijn evenwel de enige begunstigden van dividenduitkeringen, zodat het volkomen disproportioneel zou zijn om de gevolgen van een onrechtmatige uitkering integraal op de leden van het bestuursorgaan af te wentelen, zonder de aandeelhouders daar enig gevolg te laten van dragen.

50. Tegen deze achtergrond wordt enerzijds voorzien in een specifieke aansprakelijkheidsgrond voor bestuurders in het kader van de liquiditeitstest en anderzijds in een mogelijkheid om onrechtmatige uitkeringen eenvoudig van de aandeelhouders terug te vorderen.

51. De leden van het bestuursorgaan zijn aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van het verrichten van een uitkering wanneer zij wisten of behoorden te weten dat de vennootschap na de uitkering kennelijk niet meer in staat zou zijn om haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden (art. 5:144, eerste lid WVV). Het woord “kennelijk” verwijst hier naar het marginaal karakter van de beoordeling door de rechter⁵⁴. De aansprakelijkheid rust hoofdelijk op alle leden van het bestuursorgaan en geldt zowel ten aanzien van de vennootschap als ten aanzien van derden. Het loutere feit dat de vennootschap een zekere tijd na het verrichten van een uitkering failliet gaat,

⁵² Zie evenwel wat betreft de overgangsregeling op dat vlak voor de bestaande vennootschappen *infra* randnummers 80 e.v.

⁵³ Zie in dat verband de bijdrage van Luc DE BROE en Jan VERHOEYE in dit boek.

⁵⁴ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 180 dat hiermee antwoordt op een opmerking van de Raad van State (advies nr. 63.9106/2 van 9 oktober 2017, *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/002, p. 80).

volstaat niet om tot aansprakelijkheid te besluiten. Vereist is dat een fout wordt aangetoond in hoofde van het bestuursorgaan bij het uitvoeren van de liquiditeitstest.

52. Wanneer vaststaat dat een uitkering onrechtmatig is geweest, hetzij omdat de grenzen van de nettoactietest werden overschreden, hetzij omdat fouten werden gemaakt bij de uitvoering van de liquiditeitstest, dan kan deze worden teruggevorderd van de aandeelhouders of alle andere personen ten behoeve van wie de uitkering is beslist⁵⁵. De vordering is voorbehouden aan de vennootschap. Dat de betrokken persoon te goeder trouw is, is irrelevant. Terugvordering is mogelijk ongeacht de kennis in hoofde van de aandeelhouder van het onrechtmatige karakter van de verrichting (art. 5:144, tweede lid WVV). De terugvordering is immers geen sanctie voor de aandeelhouder, doch slechts een herstel van de fundamentele rangorde tussen aandeelhouder en schuldeiser. Deze materie is dus in de kapitaallose BV strenger geregeld dan in de NV waar, overeenkomstig de kapitaalrichtlijn⁵⁶, de terugvordering enkel toegelaten is indien degenen die de uitkering hebben ontvangen te kwader trouw zijn in objectieve zin, met name indien zij van de onregelmatigheid op de hoogte waren of daarvan, gezien de omstandigheden, niet onkundig konden zijn (art. 7:214 WVV).

53. De inhoudelijke verplichting om de nettoactietest en de liquiditeitstest in acht te nemen wordt strafrechtelijk gesanctioneerd. Dit is evenwel niet het geval voor het louter nalaten van het opstellen van het door artikel 5:143, tweede lid WVV voorgeschreven verslag.⁵⁷

C. Verrijking van eigen aandelen of certificaten

54. Anders dan bij de NV is het nut van de verkrijging van eigen aandelen in de BV eerder beperkt, zeker nu het tijdperk van de erg interessante fiscale voorwaarden waaronder de transactie lange tijd kon plaatsvinden reeds enige tijd achter ons ligt. Gelet op de nieuwe mogelijkheid om rechtstreeks uit te treden ten laste van het vennootschapsvermogen (*cf. infra*), moest de verkrijging bovendien ook niet langer met dat doel worden behouden. Niettemin werd besloten om de mogelijkheid om eigen aandelen of certificaten te verkrijgen ook voor de BV open te houden.

De basisstructuur van de huidige reglementering blijft grotendeels overeind, maar de bepalingen worden op een aantal punten verduidelijkt en geflexibiliseerd. Zie daarover verder de bijdrage van Hans De Wulf en Marieke Wyckaert in dit boek.

55. Voor onderhavig onderwerp dient enkel te worden benadrukt dat het voor de verkrijging van eigen aandelen of certificaten uitgetrokken bedrag uitkeerbaar moet zijn overeenkomstig de artikelen 5:142 en 5:143 WVV (art. 5:145, eerste lid, 2° WVV). Ook deze verrichting kan dus enkel worden uitgevoerd mits aan de nettoactief – en liquiditeitstests is voldaan.

⁵⁵ In de oorspronkelijke tekst was bepaald dat de terugvordering “*van de aandeelhouders*” kon geschieden. Ondertussen werd gepreciseerd dat de terugvordering ook kan gebeuren ten laste van “*alle andere personen ten behoeve van wie de uitkering is beslist*”. Daarmee worden in het bijzonder de bestuurders bedoeld die ten onrechte tantièmes hebben ontvangen, maar niet de kredietinstelling bij dewelke de betrokken aandeelhouders of bestuurders een rekening hebben geopend (Wetsvoorstel Mw. L. Dierick, *Gedr.St.*, Kamer, 2019, 553/001, p. 38, toelichting op art. 89 en amendement nr. 119 Mw. Houtmeyers, *Gedr.St.*, Kamer, 2019, 0553/04, p. 131); zie artikel 110 wet van 28 april 2020 tot omzetting van Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende vennootschaps- en verenigingsbepalingen, *BS* 6 mei 2020.

⁵⁶ Thans: art. 57 richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017.

⁵⁷ Artikel 5:158, 3° WVV zoals gewijzigd door artikel 116 van de wet van 28 april 2020 tot omzetting van Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende vennootschaps- en verenigingsbepalingen, dat enkel betrekking heeft op de schending van artikel 5:142 en 5:143, eerste lid WVV (amendement nr. 65 Mw. Dierick, *Parl. St.* Kamer 2019, 0553/004, p. 63).

D. Financiële steunverlening

56. Het WVV kiest ervoor een specifieke reglementering met betrekking tot het verlenen van financiële steunverlening bij de verkrijging van eigen aandelen door een derde ook in de BV te behouden. Anders dan voor de NV is de Belgische wetgever daar voor de BV nochtans niet toe verplicht. Nu de meeste vraagtekens rond het toepassingsgebied van de huidige reglementering sinds het cassatiearrest van 30 januari 2015⁵⁸ eindelijk zijn weggewerkt en gelet op de diversiteit en complexiteit van de belangenconflicten die bij de verrichting aan de orde zijn⁵⁹, werd het evenwel aangewezen geacht ook in de BV een reglementering inzake financiële steunverlening te behouden.

57. Bij het uitwerken van de nieuwe BV-regelen inzake financiële steunverlening werd getracht te verhelpen aan de aspecten van het huidige wettelijke kader die ervoor zorgen dat dit momenteel maar zelden wordt gebruikt.⁶⁰ Het uitgangspunt is dat het principieel toegelaten is vanuit het vennootschapsvermogen financiële bijstand te verlenen aan degene die de vennootschap wenst over te nemen of anderszins aandelen van de vennootschap wil verwerven. Dergelijke bijstand mag evenwel niet worden geleverd met miskenning van de rechten van minderheidsaandeelhouders en mag evenmin de continuïteit van de vennootschap in het gedrang brengen⁶¹.

58. De regeling van de verrichting wordt in vergelijking met artikel 329 W.Venn. vereenvoudigd. Het toepassingsgebied blijft onveranderd, met inbegrip van de daaraan door de rechtspraak gegeven invulling⁶². Geviseerd wordt: het voorschieten van middelen, het toestaan van leningen of het stellen van zekerheden door een BV met het oog op de verkrijging van haar aandelen door derden. Gelet op de mogelijkheid die in de BV wordt geboden om aandelen ook te certificeren, wordt de regeling uitgebreid tot certificaten die betrekking hebben op aandelen (art. 5:152, § 1 WVV). De bestaande uitzonderingen op de basisregels voor financiële steun aan personeelsleden blijven eveneens behouden (art. 5:152, § 2 WVV).

59. Centraal in de nieuwe reglementering is dat de verrichting enkel met voor uitkering vatbare middelen mag geschieden (art. 5:152, § 1, eerste lid, 3° WVV). Ook hier moet m.a.w. de nettoactief- en liquiditeitstest worden toegepast zoals in het kader van een gewone uitkering aan de aandeelhouders. Op die manier wordt vermeden dat het voornaamste risico dat met steunverleningstransacties gepaard gaat, zich kan manifesteren, namelijk dat de verrichting de solvabiliteit en, meer nog, de liquiditeitspositie van de vennootschap in het gedrang brengt. Om te vermijden dat hetzelfde uitkeerbare vermogen meerdere keren wordt aangewend, moet ten belope van het bedrag van de verleende steun een onbeschikbare reserve worden aangelegd. De reserve mag worden teruggenomen naarmate de omvang van de steunverlening afneemt (art. 5:152, § 1, eerste lid, 4° WVV).

60. Verder wordt ook aandacht besteed aan de belangen van de aandeelhouders. De verrichting vereist een individueel besluit van de algemene vergadering genomen met naleving van de aanwezigheids- en meerderheidsvereisten voorgeschreven voor een statutenwijziging (art. 5:152, § 1, eerste lid, 2° WVV). Ter voorbereiding van deze beslissing moet het bestuur een verslag opstellen met

⁵⁸ Cass. 15 januari 2015 *Arr. Cass.* 2015, 256; *DAOR* 2015, afl. 115, 23, noot; *Pas.* 2015, 243; *RPS* 2015, 137, noot WILLERMAIN, D.; *TBH* 2015, 427, noot POTTIER, E.; *TRV* 2015, 458.

⁵⁹ Zie meer uitgebreid over beide fenomenen D. BRULOOT, "Financiële steunverlening bij de verwerving van eigen aandelen door een derde in de BVBA: Wat moeten we daarmee?" in E. DIRIX, R. HOUBEN en E. WYMEERSCH (eds.), *In het vennootschapsbelang: Liber Amicorum Herman Braeckmans*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 19-36.

⁶⁰ Omdat meestal de voorkeur wordt gegeven aan relatief veilige ontwijkingsconstructies, zoals de met schulden gefinancierde dividenduitkering.

⁶¹ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 183.

⁶² Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 183

de nodige toelichting omtrent de verrichting (art. 5:152, § 1, eerste lid, 2° WVV). Het verslag moet echter, anders dan in artikel 329 W.Venn. was voorgeschreven, niet openbaar worden gemaakt. Het bestaan van het verslag moet enkel in de agenda van de algemene vergadering worden vermeld en de aandeelhouders kunnen er een kopie van bekomen overeenkomstig artikel 5:84 WVV. (art. 5:152, § 2, eerste zin WVV). Voorts wordt nu uitdrukkelijk bepaald dat wanneer dit verslag ontbreekt, het besluit van de algemene vergadering nietig is (art. 5:152, § 2, tweede zin WVV).

61. De vereiste dat de verrichting tegen billijke marktvoorwaarden en tegen een billijke prijs moet geschieden (art. 329, § 1, 1° en 5° W.Venn.) wordt niet langer formeel gesteld. Op die manier wordt de onzekerheid vermeden die aan de orde was wanneer een transactie voorligt waarvoor niet echt valt te bepalen wat precies de marktvoorwaarden zijn.⁶³ Uiteraard is dit geen vrijgeleide om de transactie tegen eender welke voorwaarden te laten verlopen; de transactie moet immers nog steeds stroken met het vennootschapsbelang.

62. Geheel in lijn met de algemene benadering in het nieuwe wetboek om het aantal strafrechtelijke bepalingen te beperken⁶⁴, wordt de specifieke strafrechtelijke handhaving van de regelen achterwege gelaten.

E. Alarmbelprocedure

63. Net zoals dit voor de financiële steunverlening het geval is (*cf. supra*), is de Belgische wetgever er in het licht van het beperkte toepassingsgebied van de Europese regelen inzake vennootschapskapitaal⁶⁵, evenmin toe gehouden om voor de BV bepalingen te behouden met betrekking tot de alarmbelprocedure (huidige artikelen 332-333 W.Venn.). Dit is des te meer het geval nu de bepalingen in hun huidige vorm in ieder geval niet behouden kunnen blijven⁶⁶. Bovendien wordt sinds de hervorming van het insolventierecht de functie van de alarmbelprocedure nu ook gedeeltelijk via het insolventierecht bewerkstelligd.⁶⁷ Artikel XX.227 WER bevat immers een *wrongful trading*-regel, die er net als de alarmbelprocedure op is gericht om het gedrag van bestuurders in het belang van de schuldeisers bij te sturen wanneer de vennootschap op insolventie afstevent.

64. Desondanks werd ervoor gekozen om in het WVV ook voor de BV nog steeds in regelen te voorzien in de traditie van de huidige alarmbelprocedure (art. 5:153 WVV). De klemtoon daarvan ligt evenwel op het informeren van de aandeelhouders, zoals de alarmbelprocedure in de meeste Europese landen wordt opgevat⁶⁸, eerder dan op de bescherming van schuldeisers.

65. De systematiek van de bestaande alarmbelprocedure wordt grotendeels behouden. Wat betreft de nieuwe maatstaf waartegen de verliezen moeten worden afgemeten, wordt evenwel een parallel getrokken met de nieuwe regelen inzake uitkeringen. Concreet betekent dit dat niet alleen rekening

⁶³ Zie o.m. D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 276; W. KUPERS en C. HAVERANS, "Financiële steunverlening: van absoluut verbod naar principiële toelating onder voorwaarden" in J. CATTARUZZA, W. KUPERS en I. PEETERS (eds.), *Liber amicorum Achille Cuypers*, Gent, Larcier, 2009, 171.

⁶⁴ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 11 – 12.

⁶⁵ Thans art. 58 richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017.

⁶⁶ Bij de alarmbelprocedure wordt immers precies het bedrag van het kapitaal als graadmeter gebruikt om de impact van de verliezen af te meten, zodat in ieder geval naar een alternatieve maatstaf op zoek moet worden gegaan.

⁶⁷ Zie Wet van 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen", in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandavingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht, *BS* 11 september 2017.

⁶⁸ Zie voor een overzicht D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 333 e.v.

moet worden gehouden met de impact van verliezen op het eigen vermogen of netto-actief van de BV, maar ook op haar liquiditeitspositie. Dit leidt tot een ontdebelling van de alarmbelprocedure.

Vooreerst dient het bestuursorgaan actie te ondernemen wanneer het vaststelt dat het netto-actief van de vennootschap negatief is of dreigt te worden (art. 5:153, § 1, eerste lid WVV).⁶⁹ Met dit laatste wordt de situatie bedoeld waarin het eigen vermogen nog niet daadwerkelijk negatief is, maar wel bijna geheel door verliezen is uitgewist. De algemene vergadering die het bestuursorgaan als gevolg van het overschrijden van de drempel dient te organiseren, moet uiterlijk binnen de twee maanden na de vaststelling worden gehouden.

Daarnaast wordt de verplichting om de algemene vergadering samen te roepen, in lijn met het criterium uit de liquiditeitstest, eveneens geactiveerd wanneer het bestuursorgaan vaststelt dat het niet langer vaststaat dat de vennootschap, volgens de redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen, in staat zal zijn om de volgende twaalf maanden haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden (art. 5:153, § 2 WVV). Aldus moeten ook bestuurders van vennootschappen die met ernstige liquiditeitsproblemen kampen de algemene vergadering waarschuwen, ook al is de vennootschap vanuit balansmatig oogpunt schijnbaar nog solvabel.

66. De nieuwe regelen leggen verder wat betreft de verplicht te houden algemene vergadering, anders dan vandaag⁷⁰, de klemtoon op het voorstellen van maatregelen die de continuïteit van de vennootschap kunnen vrijwaren, eerder dan op het voorstellen van de ontbinding van de vennootschap. De minister van Justitie bevestigde overigens in de Kamercommissie dat de ontbinding van de vennootschap slechts één van de opties is⁷¹.

67. Verder wordt ook verduidelijkt hoe moet worden omgegaan met situaties waarin de problemen langere tijd blijven aanhouden. Nadat de procedure “bedoeld in paragrafen 1 en 2” een eerste maal werd nageleefd, is het bestuursorgaan gedurende twaalf maanden volgend op de aanvankelijke bijeenroeping niet meer verplicht de algemene vergadering “om dezelfde reden” opnieuw bijeen te roepen (art. 5:153, § 4 WVV). De precisering die met de hierboven gecursiveerde woorden in de tekst is aangebracht, betekent dat wanneer de procedure met toepassing van de nettoactief test (§ 1), of van de liquiditeitstest (§ 2) werd uitgevoerd, binnen de termijn van twaalf maanden geen toepassing moet worden gemaakt van dezelfde test. Indien echter de procedure werd gevoerd omdat bijvoorbeeld het nettoactief negatief was of dreigde te worden, dan moet in voorkomend geval de procedure opnieuw worden doorlopen indien naderhand de liquiditeitspositie van de vennootschap in gevaar komt (§ 2), ook al gebeurt dit binnen een periode van twaalf maanden nadat de procedure al eens was toegepast. Dit heeft de minister van Justitie tijdens de bespreking in de Kamercommissie voor handels – en economisch recht uitdrukkelijk bevestigd⁷². Concreet doen bestuurders er bijgevolg goed aan beide criteria steeds samen te onderzoeken om zo overbodige herhalingen van de procedure te vermijden.

68. Net zoals dat vandaag het geval is, geldt de strenge regel dat bij niet-naleving van de procedure de door derden geleden schade wordt vermoed het gevolg te zijn van de niet-naleving. Het wettelijk vermoeden van oorzakelijk verband kan evenwel worden weerlegd (art. 5:153, § 3 WVV).

69. Wat niet wordt hernomen, zijn de onderscheiden regelingen en gevolgen naargelang de mate van aantasting van het eigen vermogen (huidige artikelen 332, derde lid en 333 W.Venn.). Ongeacht de

⁶⁹ In de statuten kan desgewenst ook voor een strenger criterium worden gekozen.

⁷⁰ Zie bijv. S. DE SCHRIJVER, “Commentaar bij artikel 633 W.Venn.” in H. BRAECKMANS, K. GEENS en E. WYMEERSCH (eds.), *Comm V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 5; K. MARESCAU, “De alarmbelprocedure: een gewaarschuwd bestuurder...”, *TRV* 2008, 565; R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 606.

⁷¹ Verslag O. HENRY en L. DIERICK, *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/011, p. 47.

⁷² Verslag O. HENRY en L. DIERICK, *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/011, p. 46.

omvang van de verliezen vereist de ontbinding van de vennootschap dus een statutenwijziging waartoe wordt besloten met inachtneming van de vormvereisten, het aanwezigheidsquorum en de meerderheid die het wetboek voorschrijft (art. 2:70 *jo* 5:157).

70. De vordering tot ontbinding wanneer het nettoactief gedaald is beneden een bepaald bedrag (art. 333 en 634) W.Venn.) wordt in de NV behouden (art. 7:229), maar in de BV achterwege gelaten. De minister van Justitie liet in dit verband terecht opmerken dat deze vordering in de BVBA weinig betekenis had omdat zij slechts kon worden ingesteld als het nettoactief was gedaald beneden het bedrag van 6 200 euro en de rechter aan de vennootschap een termijn kon opleggen om de toestand te regulariseren. Volgens de minister werd zij, blijkens de gepubliceerde rechtspraak, slechts zeer zelden en soms oneigenlijk (bijvoorbeeld door concurrenten) toegepast⁷³.

F. Uittreding en uitsluiting ten laste van het vennootschapsvermogen

1. Flexibiliteit in de BV naar het model van de coöperatieve vennootschap

71. Een van de kenmerken van de hervorming is de beperking van het aantal vennootschapsvormen. Naast de afschaffing van, onder meer, de coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid, krijgt de coöperatieve vennootschap zijn oorspronkelijke eigenheid terug nl. een onderneming voeren op basis van het coöperatief gedachtengoed⁷⁴. Coöperatieve vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid die niet beantwoorden aan de definitie van CV in artikel 6:1 WVV en die zich op 1 januari 2024 niet hebben omgezet in een andere rechtsvorm, worden op die dag van rechtswege omgezet in een BV (art. 37 van de wet)⁷⁵. Zo is het de bedoeling dat professionele vennootschappen, die meestal niet zullen beantwoorden aan de definitie van CV en zich zullen omvormen (of van rechtswege zullen worden omgevormd) in een BV, in deze laatste rechtsvorm een gelijkaardige flexibiliteit terugvinden als in de coöperatieve vennootschap.

72. Zo kan het intreden als vennoot gebeuren door in te schrijven op aandelen die door het bestuursorgaan worden uitgegeven in het kader van de bevoegdheidsdelegatie die nu ook in de BV mogelijk wordt (art. 5:134 – 5:137). Daarbij kunnen de bestaande aandeelhouders vooraf unaniem afstand doen van het voorkeurrecht (art. 5:130, § 2). Om de flexibiliteit van de CV zoveel mogelijk in de BV door te trekken, voorziet artikel 5:137, § 2 WVV bovendien in de statutaire mogelijkheid om uitgiftes door het bestuursorgaan slechts éénmaal per jaar notarieel te laten vaststellen⁷⁶.

Naast deze nieuwe mogelijkheid tot soepele toetreding tot de BV, wordt daarnaast ook de mogelijkheid tot uittreding en uitsluiting ten laste van het vennootschapsvermogen in de BV geïntroduceerd, naar analogie met wat traditioneel enkel in coöperatieve vennootschappen kon.

2. Uittreding en uitsluiting ten laste van het vennootschapsvermogen

73. De statuten van een BV kunnen bepalen dat aandeelhouders, het recht hebben uit de vennootschap te treden ten laste van het vermogen (art. 5:154 WVV), zoals in een CV (art. 6:9 WVV). De regeling moet in de BV bijgevolg statutair worden “geactiveerd”. Wanneer dit het geval is, bepaalt artikel 5:154 WVV telkens uitdrukkelijk welke bepaling dwingend is en van welke bepaling statutair kan worden afgeweken. Uiteraard kunnen de statuten ook strenger zijn dan de wettelijke regels.

⁷³ Verslag O. HENRY en L. DIERICK, *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/011, p. 47.

⁷⁴ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 11 en 190 – 192. Zie verder de bijdragen van Alain François en Frank Hellemans, en van Mathias Wauters.

⁷⁵ Zie verder de bijdrage van J.M. Nelissen Grade.

⁷⁶ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 175 – 176.

74. De belangrijkste kenmerken van deze uittredingsregels zijn de volgende (art. 5:154, § 1, tweede lid)⁷⁷:

- 1° de uittreding van de oprichters is pas met ingang van het derde boekjaar na de oprichting toegelaten; deze bepaling is dwingend;
- 2° tenzij de statuten anders bepalen, kunnen de aandeelhouders slechts uittreden gedurende de eerste zes maanden van het boekjaar;
- 3° tenzij de statuten anders bepalen, treedt een aandeelhouder met al zijn aandelen uit en worden de aandelen vernietigd. De uittreding wordt dus als een gedeeltelijke vereffening beschouwd;
- 4° tenzij de statuten anders bepalen, heeft de uittreding uitwerking op de laatste dag van de zesde maand van het boekjaar, en het bedrag van het scheidingsaandeel moet ten laatste één maand nadien worden uitbetaald;
- 5° tenzij de statuten anders bepalen, is het bedrag van het scheidingsaandeel van de betrokken aandelen gelijk aan het bedrag van de voor deze aandelen werkelijk gestorte en nog niet terugbetaalde inbreng, zonder evenwel het bedrag van de nettoactiefwaarde van deze aandelen zoals blijkt uit de laatst goedgekeurde jaarrekening te overschrijden .

75. Voorts kunnen de statuten bepalen dat in geval van overlijden, faillissement, kennelijk onvermogen of onbekwaamverklaring van een aandeelhouder deze geacht wordt van rechtswege uit te treden. De aandeelhouder of zijn erfgenamen, schuldeisers of vertegenwoordigers hebben dan recht op de uitkering van de waarde van het scheidingsaandeel maar kunnen de vereffening van de vennootschap niet vorderen (art. 5:156, § 1 WVV). De statuten kunnen ook bepalen dat de aandeelhouder die niet langer beantwoordt aan de statutaire vereisten om aandeelhouder te worden, geacht wordt van rechtswege uit te treden (art. 5:156, § 2 WVV).

76. Ten slotte kunnen de statuten ook bepalen dat de vennootschap een aandeelhouder om een wettige reden of omwille van een andere in de statuten vermelde reden kan uitsluiten (art. 5:155 WVV)⁷⁸, volgens modaliteiten die overeenstemmen met deze die in de CV gelden (art. 6:11 WVV). Alleen de algemene vergadering is bevoegd om een uitsluiting uit te spreken.

77. De regelen inzake uitkeringen zijn onverkort van toepassing op al deze verrichtingen (art. 5:154, 6° WVV). Een uittreding of uitsluiting kan slechts doorgang vinden mits het verschuldigde scheidingsaandeel uitkeerbaar is binnen de grenzen van de nettoactief- en liquiditeitstest. Indien deze tests niet toelaten het scheidingsaandeel uit te keren, dan wordt het recht op betaling daarvan opgeschort totdat uitkeringen opnieuw zijn toegelaten. Het op het scheidingsaandeel nog verschuldigde bedrag wordt uitgekeerd vóór elke andere uitkering aan de aandeelhouders. Op dit bedrag is geen interest verschuldigd. Deze regels zijn dwingend (art. 5:541, § 1, derde lid).

78. Uiteraard is ook de regeling inzake onrechtmatige uitkeringen onverkort op de uitkering van een scheidingsaandeel van toepassing. Wanneer dit in het licht van de balans- of liquiditeitstest onrechtmatig blijkt te zijn uitbetaald, kan het worden teruggevorderd van de degene die het heeft ontvangen, ongeacht diens goede of kwade trouw (art. 5:144, tweede lid WVV). Op die manier wordt in belangrijke mate vermeden dat de uittreding ten laste van het vennootschapsvermogen zou worden gebruikt om aandeelhouders toe te laten hun vennootschap te verlaten kort voorafgaand aan de insolventie ervan.

79. Het bestuursorgaan moet op de eerstvolgende gewone algemene vergadering verslag uitbrengen over de verzoeken tot uittreding gedurende het vorige boekjaar en alle relevante informatie mededelen over de toegelaten uittredingen (art. 5:154, § 2, eerste lid WVV). Gelet op het feit dat de

⁷⁷ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 186 – 188.

⁷⁸ Amendement nr. 251 van de h. Verherstraeten c.s., *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/008, p.108.

aandelen van de uitgetreden aandeelhouders worden vernietigd, moet het bestuursorgaan ook het aandelenregister bijwerken na elke uittreding (art. 5:154, § 2, tweede lid, eerste zin WVV) of uitsluiting (art. 5:155, § 4 WVV).

Anders dan in de CV (art. 6:9 WVV), werd het in de BV aangewezen geacht de tussenkomst van een notaris te behouden voor de aanpassing van de statuten die de wijziging van het aantal aandelen meebrengt. Om geenodeloos belastende formaliteiten en kosten op te leggen wordt deze bijwerking in de BV evenwel slechts éénmaal per jaar opgelegd, zowel voor de uittreding (art. 5:154, § 3 WVV)⁷⁹ als voor de uitsluiting (art. 5:155, § 5 WVV). Een tussenkomst van de algemene vergadering is hierbij niet vereist.

V. Bijzondere overgangsbepaling: omvorming van het kapitaal in een statutair onbeschikbare eigen vermogensrekening

80. Vanaf de datum waarop het wetboek op hen van toepassing wordt (1 januari 2020 of voordien in geval van “opt-in”)⁸⁰, wordt het volgestorte gedeelte van het kapitaal en de wettelijke reserve van de BVBA's en het (gestorte gedeelte van) het vaste gedeelte van het kapitaal en de wettelijke reserve van de CVBA's, van rechtswege en zonder vervulling van enige formaliteit, omgevormd in een statutair onbeschikbare eigen vermogensrekening. Het niet gestorte gedeelte van het (vast gedeelte van) kapitaal wordt op dezelfde wijze omgevormd in een eigen vermogensrekening “niet-opgevraagde inbrengen”. Bij volstorting worden de gestorte bedragen op de onbeschikbare eigen vermogensrekening geboekt.

Met deze onbeschikbare eigenvermogensrekening wordt concreet verwezen naar het onbeschikbare gedeelte van de nieuwe balansrubriek “inbrengen” (cf. *supra* randnr. 6). Nieuwe inbrengen die na de inwerkingtreding van de wet worden verricht, komen onder dezelfde balansrubriek terecht, zij het onder het *beschikbare* gedeelte daarvan. Overeenkomstig de nieuwe nettoactief-test komen inbrengen immers, net als winsten en beschikbare reserves, principieel voor uitkering aan de aandeelhouders in aanmerking (cf. *supra* randnr. 47). Wat de inbrengen betreft die onder toepassing van het oude recht werden verricht, werd het evenwel niet raadzaam geacht deze zonder meer beschikbaar te maken en werd gekozen voor een regime waarbij de inbrengen enerzijds statutair onbeschikbaar zijn, maar waarbij anderzijds niet langer de strikte regels inzake kapitaalvermindering uit het oude recht moeten worden gevolgd.

81. Dat het kapitaal en de wettelijke reserve van rechtswege in een *statutair* onbeschikbare eigenvermogensrekening wordt omgevormd, betekent dat de betrokken vennootschappen wel over deze balansposten kunnen beschikken mits een statutenwijziging en uiteraard met naleving van de nettoactief- en liquiditeitstest van de artikelen 5:142 en 5:143 WVV. Een dergelijke statutenwijziging gebeurt uiteraard bij voorkeur samen met de integrale aanpassing van de statuten van de BVBA of CVBA aan het nieuwe recht, maar kan eventueel ook nog op een later tijdstip. Vennootschappen kunnen er bij de aanpassing van hun statuten aan het nieuwe recht overigens ook voor kiezen de onbeschikbare eigenvermogensrekening beschikbaar te maken, zonder meteen tot de uitkering daarvan over te gaan. In dat geval dienen de nettoactief- en liquiditeitstest niet te worden toegepast en volstaat een statutenwijziging⁸¹.

⁷⁹ Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/001, p. 188 waarin op een opmerking van de Raad van State wordt geantwoord (advies nr. 63.9106/2 van 9 oktober 2017, *Gedr. St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/002, p. 80).

⁸⁰ Art. 39, § 1, tweede lid van de wet tot invoering van het WVV en houdende diverse bepalingen, *BS* 4 april 2019.

⁸¹ Uiteraard moeten de tests wel worden toegepast wanneer naderhand tot uitkering van de beschikbaar gemaakte eigenvermogensrekening wordt overgegaan.

82. Wat het niet gestorte gedeelte van het kapitaal betreft, kunnen de desbetreffende vennootschappen hun aandeelhouders door een statutenwijziging vrijstellen van hun stortingsverplichting. In een dergelijk geval gaat het om de vrijstelling van een toegezegde maar nog niet gestorte inbreng die, naar analogie met de kapitaalvermindering door middel van vrijstelling van de volstortingsplicht onder het oude recht, als een uitkering moet worden beschouwd. Bijgevolg moet bij de statutenwijziging waarbij aandeelhouders van hun volstortingsplicht worden vrijgesteld de nettoactief – en liquiditeitstest worden toegepast zoals voorgeschreven door de artikelen 5:142 en 5:143 WVV.⁸²

⁸² Verslag O. HENRY en L. DIERICK, *Gedr.St.*, Kamer, 2018-2019, 3119/011, p. 45.

FINANCIAL LAW INSTITUTE

WORKING PAPER SERIES

The Financial Law Institute is a research and teaching unit in the Faculty of Law and Criminology of Ghent University, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The Working Paper Series, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. The working papers are provisional.