

2015•2016
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Schuldeiserbescherming bij dividenduitkering in vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

Promotor :
Prof.dr. Veerle COLAERT

Lisa De Bruyne

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2015•2016
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Schuldeiserbescherming bij dividenduitkering in
vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

Promotor :
Prof.dr. Veerle COLAERT

Lisa De Bruyne

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

Samenvatting

In de herfst van 2015 werd door de minister van justitie, Koen Geens, een voorstel gelanceerd tot een grondige hervorming van het wetboek vennootschappen. Eén van de speerpunten van de mogelijke hervorming van de bvba naar het beeld van de Nederlandse BV. Een vennootschap zonder wettelijk minimumkapitaal dat kan wedrijven met *de light vehicles* die zich overal in Europa ontwikkelen.

Het maatschappelijk kapitaal is de basis voor de uitkering van een dividend in de bvba, bij de afschaffing van het maatschappelijk kapitaal zal dit ook gevolgen hebben voor de wijze waarop het dividend zal worden uitgekeerd. De uitkering van een dividend houdt een groot risico in voor de schuldeisers van de vennootschap. Zij zien activa van de vennootschap wegvloeien voor hun schuld voldaan is. Als er te veel activa zouden wegvloeien dan zou dit tot onvermogen kunnen lijden bij de vennootschap. Dit is een punt dat zeker aandacht verdient bij de toekomstige wetwijziging

De oefening die de Belgische wetgever nu maakt is reeds gemaakt door de Nederlandse wetgever bij de omvorming van de BV naar de flex-BV in 2012.

Deze meesterproef gaat na welke wettelijke beschermingsmechanismen een schuldeiser ter beschikking staan bij een dividenduitkering in een bvba en welke mogelijk worden aangetast door de potentiële wetwijziging. Dit in een rechtsvergelijkte perspectief met Nederland.

Er wordt eerst gekeken naar de wijze waarop een dividend kan worden uitgekeerd, het onderscheid tussen de eigenlijk en de oneigenlijke uitkeringen door een vennootschap worden belicht en de vergelijking met de mogelijke uitkeringen in Nederland wordt gemaakt. Vervolgens worden de wettelijke beschermingsmechanisme bestudeerd. De Belgische beschermingsmechanisme lopen bijna gelijk met deze die door de Europese Unie zijn opgelegd in de tweede richtlijn voor de grote vennootschappen. Dit omdat België bijna alle bepalingen van deze richtlijn ook van toepassing heeft gemaakt op de bvba. Nederland heeft met de omvorming naar de Flex-BV geprobeerd een vennootschap te creëren die buiten het toepassingsgebied van de tweede richtlijn valt dus heeft bepaalde vormen van schuldeiser bescherming niet of op een andere wijze ingevuld. De Belgische wetgever kan hier inspiratie uit putten bij het omvormen van de bvba.

Ten slotte wordt er gekeken naar de actuele stand van de potentiële wetsherziening en de valkuilen die hierbij horen. De wetsherziening zit nog een vroege fase en de voorstellen zijn nog niet heel concreet. De wetgever moet opletten dat hij de juiste balans vindt tussen het ontwikkelen van een vennootschapsvorm die aantrekkelijk genoeg is voor ondernemers zonder de rechten van de derde, waaronder de schuldeiser uit te hollen.

Dankwoord

Na mijn bachelor- en masteropleiding aan de Universiteit Hasselt vormt deze meesterproef het sluitstuk van mijn opleiding. Ik ben in de eerste plaats heel dankbaar dat ik mij in dit actuele en interessante onderwerp hebben mogen verdiepen voor mijn meesterproef. Ik ben dit academiejaar reeds de ManaMa vennootschapsrecht aangevangen en ben zeker dat de grondig studie van die onderwerp mij op lange termijn zal helpen bij mijn toekomstige professionele activiteit als advocaat-stagiaire.

Ik ben geen persoon die graag schrijft en daarom is het schrijven van een meesterproef een kleine marteling. Ik zou mijn co-promoter S. De Dier willen bedanken voor het delen van zijn kennis en motivatie en Prof. V. Collaert om mij de kans te geven mij in dit onderwerp te verdiepen.

Daarnaast wil ik ook diegene bedanken die mij gedurende de laatste zeven jaar van zeer nabij en verder hebben bijgestaan en in mij zijn blijven geloven. Mijn ouders die mij de kans hebben geboden om deze studie aan te vatten en verder te zetten in de moeilijke momenten. Mijn zussen die naar mijn jarenlang geklaag hebben moeten luisteren en mijn vrienden met wie ik zeven mooie jaren heb beleefd.

Lisa De Bruyne
2^e Master Rechtsbedeling
Mei 2016

Inhoudsopgave

I. Situering Problematiek	- 1 -
II. Onderzoeksvraag	- 4 -
III. Relevantie van het onderzoek	- 5 -
1. Winstuitkeringen	- 7 -
1.1 De aard van winstuitkeringen	- 7 -
1.2 De beslissing tot winstuitkering	- 9 -
1.2.1 België	- 9 -
1.2.2 Nederland	- 11 -
1.3 Wanneer mag er worden uitgekeerd?	- 13 -
1.3.1 België	- 13 -
1.3.2. Nederland	- 15 -
1.4 Types van winstuitkering	- 17 -
1.4.1 België	- 17 -
1.4.2 Nederland	- 26 -
2. Beschermingsmechanisme	- 29 -
2.1. Preventieve beschermingsmechanismen	- 29 -
2.1.1 België	- 29 -
2.1.2 Nederland	- 31 -
2.2 Handhavingsmechanismen	- 35 -
2.2.1 Gemeenrechtelijke remedies	- 35 -
2.2.2 Specifieke vennootschapsrechtelijke remedies	- 43 -
3. Mogelijke wijziging in de stijgers	- 51 -
3.1 Gedachtewisseling	- 51 -
3.2 Vennootschappelijk gerelateerde gevolgen van de drang naar competitiviteit van het wetboek vennootschappen: een evaluatie van de mogelijk wetswijziging ...-	54 -
3.2.1 Efficiënte en effectieve toepassing van de schuldeiserbescherming	- 54 -

3.2.2 De werkelijk en de statutaire zetelleer	- 54 -
3.2.3 De noodzaak van inkantelen van bepaalde bepalingen insolventierecht in het wetboek vennootschappen	- 56 -
3.2.4 Taalwetgeving.....	- 57 -
4. Besluit.....	- 59 -
5. Bibliografie.....	- 61 -

I. Situering Problematiek

EERSTE AGENCY PROBLEEM- In het Belgische recht zijn er drie tegenstrijdige belangen die binnen vennootschappen spelen. Deze tegenstelling worden de *agency*-problemen genoemd. De eerste tegenstelling is deze tussen de belangen van de aandeelhouders en de belangen van de schuldeisers van de vennootschap. Dit conflict wordt het eerste *agency-probleem* genoemd.¹ De uitkering van een dividend door een vennootschap aan de aandeelhouders is een beloning voor de investering die deze in de vennootschap maken. Deze beloning voor de aandeelhouders zorgt echter voor een vermindering van het vermogen van de vennootschap. Dit vermogen is het onderpand van de schuldeiser. Het vermogen van de vennootschap is voor de schuldeisers een zekerheid tot betaling van de schuld van de vennootschap. Het belang van de aandeelhouder binnen de vennootschap is het genereren van winst met het oog op uitkering, terwijl de schuldeiser altijd het opbouwen van vermogen zal verkiezen. Het tweede *agency-probleem* is tegenstelling tussen het management dat de operationele leiding heeft en de aandeelhouders van de vennootschap. Ten slotte is de tegenstelling tussen de meerderheidsaandeelhouders en het minderheidsaandeelhouders, het derde *agency-probleem*.² Deze meesterproef beperkt zich tot de studie van het eerste *agency-probleem*.

RISICO'S VAN DE SCHULDEISERS- De schuldeiser is in het Belgische recht blootgesteld aan twee risico's. Enerzijds is er het ex-ante risico. Dit is het risico dat de schuldenaar de niet-correct informatie geeft over de omvang of samenstelling van zijn vermogen. Dit heeft effect op het onderpand van de schuldeisers. Anderzijds is er het ex-post risico. Dit houdt het risico in dat de schuldenaar naderhand zijn verplichtingen niet nakomt. De uitkering van het dividend dat een asset dilution tot gevolg heeft kan zorgen voor een te beperkt vermogen waardoor de uitvoering van de verplichtingen van de vennootschap onmogelijk worden. Door de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders bij vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid is er aanzienlijke toename van beide risico's.³ De aandeelhouders hebben via hun stemrecht in de algemene vergadering beslissingsmacht ten aanzien van het vermogen van de vennootschap en het vermogensrechtelijke voordeel van de vennootschap maar dragen geen grotere risico dan hun inbreng.⁴ De beperkte aansprakelijkheid zorg voor de noodzaak aan regels nodig die de belangen van de schuldeisers beschermen en het gevaar op opportunisme van aandeelhouders beperken. De meesterproef zal zich toespitsen op de studie van het ex-post risico van de schuldeisers.

PREVENTIEVE BESCHERMING EN HANDHAVINGSREGELS- In het actuele Belgische recht zijn er regels die de belangen van de schuldeisers proberen te beschermen. Deze bepalingen zijn vooral afkomstig uit de tweede richtlijn.⁵ Deze legt vooral formaliteiten en kapitaalvereisten op om zo de tegengestelde

¹K. GEENS, *Lessen voor de XXIe Eeuw: "helpt 'good' corporate governance"*, Leuven, KU Leuven, 2011, p.1

²K. GEENS, *Lessen voor de XXIe Eeuw: "helpt 'good' corporate governance"*, Leuven, KU Leuven, 2011, p.2

³D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers. Een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeiserbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 371-382

⁴J. VANANROYE, L. MARIËN., *Fraus en schuldeiserbenadeling in het ondernemingsrecht*, p. 130

⁵Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 54, tweede alinea, van het

belangen van de schuldeisers en de aandeelhouders in evenwicht te houden. De actuele bepalingen kunnen worden onderverdeeld in het preventieve luik en de handhavingsmechanismen. Het preventieve luik omvat onder meer de kapitaalvereisten en de netto-actief test. De regels die de schuldeisers slagkracht geven nadat als er een dividend is uitgekeerd dit zijn de handhavingsregels ook gekend als post-uitkeringsmechanismen. Hieronder bevinden zich onder andere de pauliaanse vordering, de bestuurdersaansprakelijkheid, nietigheid van de beslissing uitkering, ... De handhavingsmechanismen hebben slechts beperkte slagkracht en zullen niet altijd leiden tot rechtsherstel.⁶

OMZETTING TWEEDE RICHTLIJN- De regels uit de tweede richtlijn werden bij de omzetting door de Belgische wetgever zowel op de nv als de bvba van toepassing. Hierdoor zijn er formaliteiten en kapitaalvereisten die door de Europese wetgever op de minst geschikt zijn van de nv ook van toepassing geworden op de bvba. Hoewel deze eigenlijk bedoeld waren voor de rechtsvormen in Europa ontwikkeld voor grote ondernemingen. De Belgische wetgever wil hier verandering in brengen door de onder andere de kapitaalvereisten in het kapitaal af te schaffen.⁷ Als deze aangekondigde wetswijziging er zou komen dan zal deze ook een impact hebben op de wetgeving met betrekking tot de schuldeiserbescherming.⁸

EUROPESE RECHTSPRAAK- Het Hof van Justitie vaardige rond de eeuwwisseling enkele arresten uit waaronder Centros⁹ en Inspire Art¹⁰ die stellen dat het oprichting van een vennootschap in een lidstaat waar de regels van het vennootschapsrecht minder stringent zijn en het oprichten van filialen in andere lidstaten van deze vennootschap niet strijdig is met de vrijheid van vestigingen van vennootschappen. Het hof voegt hier in latere rechtspraak aan toe: *Indien een lidstaat inschrijving van een bijkantoor weigert of onderwerp of afhankelijk stelt aan het voldoende van bepaalde voorwaarden, waaronder minimumkapitaal of bestuurdersaansprakelijkheid dan is dit in strijd met de vrijheid van vestiging van vennootschappen, ook al ontwikkeld men geen enkele activiteit in het land van oprichting.*¹¹ Deze rechtspraak betekent het begin van *corporate law shopping* binnen de Europese Unie.

REGULATORY COMPETITION- Hierdoor ontstaat de *regulatory competition* tussen de lidstaten, Het Verenigd Koninkrijk dat de originele *Light Vehicle* vennootschap, *de limited*, waarop de rechtspraak van het Hof van Justitie is gebaseerd, in zijn arsenaal heeft, blijkt het meest succesvolle. Tussen 2003 en 2006 werden meer dan 67.000 Private limited companies opgericht in de UK vanuit andere lidstaten. De

Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken en Richtlijn 2012/30/ EU van het Europese parlement en de raad van 25 oktober 2012 strekkende tot het coördineren in de zin van artikel 54, tweede alinea, van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken, *Pb. L.*, 14 november 2012, afl. 315/74.

⁶ TAS, R., *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kamlthout, Biblo, 2003, p. 259-346.

⁷Gedachtenwisseling met de minister van Justitie en met deskundige van het Belgische centrum voor vennootschapsrecht over de modernisering van het vennootschapsrecht, *Parl.st.*, Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 2015, 1500/011, p. 5.

⁸D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers. Een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeiserbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 33-37

⁹ HvJ C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs og Selskabsstyrelsen*, *Jur.*, 1999, I, 01459.

¹⁰HvJ C-167/01, *kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, *Jur.*, 2003, I, 512.

¹¹ HvJ C-167/01, *kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, *Jur.*, 2003, I, 512, § 98.

grootste instroom kwam uit Duitsland, Frankrijk, Nederland en Noorwegen, met Duitsland als duidelijke koploper.¹² Hierop beginnen andere lidstaten met het aanpassen en moderniseren van hun vennootschapswetgeving. Onder andere Nederland weet succesvol te zijn in de omvorming van de BV.

COMPETITIEF VENNOOTSCHAPSRECHT- Het doel van de potentiële wetwijziging is het Belgische vennootschapsrecht tot de meest aantrekkelijke van Europa te laten behoren.¹³ België heeft reeds geprobeerd om mee te stappen in de *light vehicel race* door de invoering van de S-bvba.¹⁴ Ook andere landen hebben deze oefening reeds uitgevoerd. De oefening van het intact houden van de schuldeiserbescherming en het verminderen van de kapitaalvoorwaarden is niet evident. Zo werd in Nederland in 2012 de BV omgevormd tot de Flex-BV¹⁵ en bestaat in Engeland al langer de Limited vennootschap. Zowel de limited als de Flex-BV zijn vennootschappen die vallen buiten het toepassingsgebied van de tweede kapitaalrichtlijn. In België zijn de regels van de tweede richtlijn wel van toepassing op de gewone bvba. Bij de mogelijke hervorming van het Belgische recht kunnen we als België leren uit onze eigen fouten die we gemaakt hebben bij de invoering van de S-BVBA en de juiste en foute beslissingen die genomen zijn binnen andere Europese landen.

¹² S. DE DIER, "De S-BVBA: een minimalistische aanzet tot hervorming van het besloten vennootschapsrecht", TRV 2010, 185-220, 186.

¹³ Gedachtenwisseling met de minister van Justitie en met deskundige van het Belgische centrum voor vennootschapsrecht over de modernisering van het vennootschapsrecht, *Parl.st.*, Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 2015, 1500/011, p. 6.

¹⁴ G.L. BALLON, V. COLLAERT, K. GEENS, J. STUUYCK, E. TERRY, *Inleiding tot economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 459-460. En VILLIAN, L., *DE S-BVBA, schuldeiserbescherming en kapitaalplicht in de besloten vennootschapsvorm*, T.B.H., 2015, 400-413.

¹⁵ T.P. VAN DUUREN, H.J. PORTINGEN, E.P.M. VERMEULEN, B. BIER, , *De vereenvoudigde BV, preadvies van de vereniging handelsrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 113 en P. VAN SCHILFGAARDE e.a. *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p. 38-40.

II. Onderzoeksvraag

FORMULERING VAN DE ONDERZOEKSVRAAG: Dit onderzoek wenst na te gaan waar de verschillen liggen tussen de actuele wettelijke ex-post schuldeiserbescherming bij uitkering van een dividend in België en Nederland. Dit met een oog op inspiratie voor de mogelijk wetswijziging van het Belgische recht met betrekking tot de bvba in het licht van de licht vehikel competitie binnen de Europese Unie.

UITWERKING VAN DE ONDERZOEKSVRAAG- In het eerste deel zal de uitkering van het dividend in België binnen de bvba worden toegelicht in al zijn vormen. Deze zal kort worden vergeleken met de uitkeringen van dividend in Nederland binnen de BV vennootschapsvorm. Hier wordt onder andere de aard van een dividenduitkering, en de formaliteiten om te besluiten tot de uitkering te komen. In het tweede deel wordt de stand van de actuele wetgeving met betrekking tot de mechanismen van schuldeiserbescherming weergegeven in het Belgische en het Nederlandse recht. Ten slotte wordt de mogelijke wetswijziging kort toegelicht en de stand van zaken in de hervorming van het recht. Hierbij wordt aandacht besteed aan andere gevoeligheden die mogelijk naar boven komen bij de hervorming van het Belgische recht.

III. Relevantie van het onderzoek

RELEVANTIE VAN HET ONDERZOEK - De thesis bevindt zich op het kruispunt van de Europese discussie over het belang van het concept kapitaal in het vennootschapsrecht. Het minimumkapitaal dat een oprichtingsvereiste is bij vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid in het Belgische vennootschapsrecht is een begrip dat in de economische realiteit al even achterhaald is.¹⁶ Het moment dat de vennootschap begint met functioneren en uitgaven doet om het vermogen van de vennootschap te laten renderen is het kapitaal reeds aangetast. De schuldeisers hebben dus nooit het volledige kapitaal als onderpand voor hun schuld.

LIGHT VEHIKEL COMPETITIE- In andere Europese landen zijn er *light vehicles* ontwikkeld. Door Europese rechtspraak is er onder de lidstaten een soort *race to the bottom* ontstaan als het over de kapitaalvereiste gaat. Door een evaluatie te maken in de actuele schuldeiserbescherming voor de bvba en de mogelijke toekomstige aanpassing in de wetsbepalingen kan er worden gezien welke bepalingen voor de Belgische bvba noodzakelijk zijn zodat het eerste *agency- probleem*, de rechten van zowel de schuldeiser als de aandeelhouders, in evenwicht blijven en dat de Belgische hervormingen van de bvba geen maat voor niets wordt en zijn doel tot de top van het Europese vennootschapsrecht gaan behoren voorbij schiet.

DE NEDERLANDSE BV- De rechtsvergelijking zal zich in het Nederlandse recht concentreren op de BV. De actuele BV is een rechtsvorm aangepast in 2012 door de Nederlandse wetgever met het doel niet onder het toepassingsgebied te vallen van de tweede richtlijn.¹⁷ Hierdoor is er een *sui generis* systeem aan beschermingsregels ontwikkeld die de voor Belgische wetgever een mooi referentiekader kan bieden bij de ontwikkeling van de eigen rechtsvorm die het doel heeft om aan de formalistische bepalingen van de tweede richtlijn te ontsnappen.

¹⁶ D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers. Een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeiserbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 13-17.

¹⁷ VAN DUUREN, T.P., PORTINGEN, H.J., VERMEULEN, E.P.M., BIER, B., *De vereenvoudigde BV, preadvies van de vereniging handelsrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 113 en P. VAN SCHILFGAARDE e.a. *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p. 38-40.

1. Winstuitkeringen

1.1 De aard van winstuitkeringen

1. VERMOGENSRECHTEN- De aandeelhouders hun recht op een deel van de winst van de vennootschap ligt vervat in de vermogensrechten die inherent zijn aan de inbreng in een vennootschap. Een Vermogensrecht is een recht dat, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar is, of ertoe strekt de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen is in ruil voor, verstrekt of in het vooruitzicht gesteld, stoffelijk voordeel. De vermogensrechten kunnen worden onderverdeeld in twee types. Er is de terugbetaling van de inbreng en de winstdeelname. De winstdeelname kan zich op twee wijze manifesteren: deelname in de jaarlijkse winstuitkering en recht op het eventuele liquidatiesaldo. De vermogensrechten beperken zich niet exclusief tot de aandeelhouders. Er zijn ook andere effecten zoals een winstbewijs waaruit ook een vermogensrecht ontstaat. De vermogensrechten zorgen ervoor dat aandeelhouders niet enkel in de winsten delen van een vennootschap maar ook in de verliezen.¹⁸
2. TEN BEZWARENDE TITEL- Het recht op het verkrijgen van een winstuitkering kan gebaseerd worden op uiteenlopende rechtshandelingen. Zo is er bij de klassieke winstuitkering en zijn varianten zoals het intrimdividend en het tussentijds dividend die bestemd zijn voor de aandeelhouders. Een beslissing van de algemeen vergadering Er zijn ook winstuitkeringen die niet het doel hebben aandeelhouders te begunstigen maar eerder gericht zijn op bestuurders of het management van een vennootschap. Dit zijn bijvoorbeeld de tantièmes die contractueel zijn toegekend. De oorzaak van beide uitkeringen bevinden zich in een andere rechtshandeling maar hebben beide wel hetzelfde karakter. Beide handelingen zijn ter bezwarende titel. Een handeling ter bezwarende titel is *een handeling die voor beide partijen een economisch voordeel oplevert. Elke partij heeft de verplichting iets te doen of iets te geven.*¹⁹ De vennootschap krijgt in dit geval een inbreng van een vennoot in zijn kapitaal of de levering van diensten van een bestuurder of lid van het management team. De vennootschap zijn tegenprestatie bestaat aan het delen van de winsten onder de aandeelhouders en bestuurders van de winsten die ontstaat door de levering van de inbreng of de diensten beperkt tot de handelingen die aandeelhouders begunstigen. In de rechtsleer zijn er ook stemmen die het uitkeren van winst als een handeling om niet bestempelen. Hierbij zegt men dat de vennootschap eigenlijk eigenaar is van alle activa en passiva in de vennootschap. Op basis van het *Trennungsprinzip* is er een strikte zakenrechtelijke scheiding tussen de eigendom van de deelgenoten en deze van de vennootschap. Er staat bij de uitkering van het dividend geen klassieke prestatie tegenover het verdwijnen van de winst uit het vermogen van de vennootschap.²⁰ De oorzaak van de overeenkomst om niet is de animus donandi of het doel om iemand te begunstigen.²¹

¹⁸ M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA: vermogens- en kapitaalvorming door inbreng, rechten en plichten van de vennoten*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 461-525.

¹⁹ S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, p. 25

²⁰ R.TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 226

²¹ S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, p. 25

3. BURGERLIJKE VRUCHT- Marieke Wyckaert stelt dat een inkomen voortvloeiend uit kapitaal geïnvesteerd in een vennootschap reeds potentieel bestaat door het enkele feit van aandeelhouder te zijn. Zij ziet het dividend, dat in principe op regelmatige tijdstippen aan de rechthebbende wordt uitgekeerd als een burgerlijke vrucht in de zin van artikel 547 B.W.²² Als deze stelling zou worden gevolgd dan heeft dit tot gevolg dat ook al beslist de algemene vergadering pas na de verwerving van de winsten tot uitkering, de aandeelhouders hebben altijd, vanaf de verwerving door de vennootschap van de winsten recht gehad op hun uitkering.

²² M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A ,vermogens- en kapitaalvorming door inbreng, rechten en plichten van vennoten, , Kalmthout, Biblo, 1995, p. 470.*

1.2 De beslissing tot winstuitkering

1.2.1 België

5. ALGEMENE VERGADERING- Winstuitkeringen worden gedaan door de vennootschap na een beslissing van de algemene vergadering met betrekking tot de besteding van winst gemaakt door de vennootschap. De bevoegdheid van de algemene vergadering staat in niet het wetboek vennootschappen maar wordt afgeleid van de bepalingen die de algemene vergadering de bevoegdheid geven om de jaarrekening goed te keuren waarin de bestemming van de winst is inbegrepen.²³ Alvorens de formele beslissing kan worden genomen tot besteding van de winsten zal de algemene vergadering rekening moeten houden met de prestatie van de vennootschap en de overgedragen resultaten zoals opgenomen in de jaarrekening. De grote van de uitkeerbare winst hangt altijd samen met de wetsbepalingen die de verplichting opleggen van de netto-actief test.²⁴ Het rechtsfeit dat een aandeelhouder winst zal ontvangen is niet enkel afhankelijk van het feit dat er uitkeerbare winst is in een vennootschap in de zin van artikel 320 wetboek vennootschappen. De algemene vergadering moet ook effectief beslissing tot de uitkering van de winst. De algemene vergadering heeft de mogelijkheid om te beslissen om geen winst uit te keren maar om deze te reserveren. De beslissing van de algemene vergadering moeten worden genomen in het licht van het vennootschapsbelang. Indien de algemene vergadering beslist tot reservering van de winst dan is dit ook in het voordeel van de aandeelhouders. De reservering van de winst creëert een toekomstig recht op uitkering. Door de reservering van de winst zal de waarde van het aandeel stijgen en ook het mogelijk liquidatiesaldo toenemen. Bij de overdracht van het aandeel kan dit op zijn minste ten delen ten gelden worden gemaakt.²⁵
6. VENNOOTSCHAPSBELANG- De beslissingen genomen door de algemeen vergadering zijn zuivere opportuniteitsbeslissingen. Bij het nemen van deze beslissing moet men rekening houden met het vennootschapsbelang. Hierin mag de rechter niet tussenkomen tenzij er sprake zou zijn van rechtsmisbreuk. Indien er sprake zou zijn van rechtsmisbreuk dient getoetst te worden aan het vennootschapsbelang. De invulling van het concept rechtsmisbreuk is echter niet evident. In de rechtsleer wordt er een onderscheid gemaakt tussen het enge en het ruime vennootschapsbelang.
7. ENG VENNOOTSCHAPSBELANG- Het eng vennootschapsbelang wordt met het gemeenschappelijke winstbelang van een aandeelhouders gelijkgesteld. De visie van het enge vennootschapsbelang kan worden genuanceerd door andere deelbelangen. De deelbelangen zijn de belangen van de andere actoren die opereren binnen de vennootschap waaronder de werknemers, schuldeisers, ... Het belang van de deelbelangen ligt in het feit dat een vennootschap opereert binnen een sociaaleconomisch landschap en dat de beslissing van een vennootschap die puur gericht zijn op

²³ artt. 282- 285 W. Venn

²⁴ art 320 W. Venn

²⁵ M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA: vermogens- en kapitaalvorming door inbreng, rechten en plichten van de vennoten*, Kalmthout, Biblo, 1995,p. 461-525.

winstbejag een invloed kunnen hebben op de reactie van derden. De derde hebben een invloed op de economisch geheel en mogelijke winst van de vennootschap. Binnen het eng vennootschapsbelang zijn deze deelbelangen slechts een onrechtstreeks belang en wegen deze niet op dezelfde wijze door als het belang van de collectiviteit van de aandeelhouders.²⁶

8. RUIJ VENNOOTSCHAPSBELANG- De rechtsleer die het ruim vennootschapsbelang verdedigen halen aan dat het vennootschapsbelang bestaat uit een resultante van de verschillende deelbelangen samen, waaronder het gemeenschappelijk belang van de aandeelhouders ook in rekening wordt gebracht. Andere deelbelangen die spelen zijn de belangen van andere geldschietters dan de aandeelhouders, waaronder als de schuldeisers van de vennootschap, leveranciers, werknemers, de streek waar de vennootschap gelegen is en de algehele gemeenschap. Onder het ruim vennootschapsbelang vallen alle belangen die bijdragen aan de continuïteit van de vennootschap. Uiteindelijk zal de bredere visie ook altijd getoetst worden aan het gemeenschappelijk winstbelang van de aandeelhouders.²⁷
9. RUIJ VERSUS ENG VENNOOTSCHAPSBELANG- De discussie tussen van de ruime opvatting van het vennootschapsbelang en de enge benadering wordt pas een issue als deze belangen strijdig zijn. J. VANANDEROYE zegt hierover *hoe eng het vennootschapsbelang ook begrepen wordt het wordt in ieder geval ook bepaald door de verhaalsbelangen van de schuldeiser*.²⁸ Omdat de vennootschapsactiva afgeschermd zijn ten behoeve van de vennootschapsschuldeisers, worden de aandeelhouders benadeeld als de vennootschap in haar vermogen wordt benadeeld.²⁹ De rechter in casu beslist in het licht van het ruim vennootschapsbelang, waarin ook de bescherming van de schuldeisers begrepen licht.³⁰ De rechtbank van Gent heeft beslist dat een beslissing van de algemene vergadering met betrekking tot de uitkering van dividenden moet gerespecteerd worden ook als is deze in strijd met de statuten van de vennootschap. Dit kan als een tegenstelling gezien worden van de interpretatie via het ruim vennootschapsbelang.³¹
10. RAAD VAN BESTUUR- De beslissing tot uitkering van een dividend ligt niet altijd bij de algemene vergadering. Voor de uitkering van het interim-dividend is de raad van bestuur bevoegd, als ze deze bevoegdheid heeft gekregen in de statuten van de vennootschap.³² Het interim-dividend kan echter niet worden uitgekeerd in de bvba.³³ Hierdoor valt ze buiten de omvang van deze meesterproef en

²⁶ M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 63.

²⁷ A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht: inhoud en grondslagen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 488.

²⁸ J. VANANROYE, *Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap*, TRV, 14-5, p 425-426.

²⁹ J. VANANROYE, L. MARIËN, L., *Fraus en schuldeiserbenadeling in het ondernemingsrecht*, p. 138

³⁰ KG Kh. Luik 26 november 2013, TRV 2014, afl. 3, 319, noot N. Cooreman

³¹ Gent 9 februari 2000, *Fisc. Act.* 15 februari 2000, 7/6

³² artikel 618 W. Venn.

³³ M. BONNE, H. VERSTRAETE, *Wachten hoeft niet over uitkeerbare winsten en voorschotten op dividend in bvba en cvba*, TRV 2007, p. 119

zal de bevoegdheid van de raad van bestuur tot uitkering van een dividend verder niet besproken worden.

11. ONRECHTMATIGE UITKERING- Bij het plaatsvinden van een onrechtmatige uitkering, een uitkering waarbij de regels van de kunst voor de besluitvorming niet zijn gevolgd, dan is deze niet automatisch nietig. Deze kan enkel nietig worden verklaard en teruggevorderd van de aandeelhouders als de aandeelhouders de onrechtmatigheid kennen of daarvan niet onkundig kunnen zijn.³⁴ De regels van de verontschuldigde betaling kunnen niet naar analogie worden toegepast.³⁵

1.2.2 Nederland

12. DUBBELE VERANTWOORDELIJKHEID- In het Nederlandse recht is het nemen van de beslissing tot uitkering bij de BV verdeeld over de algemene vergadering en het bestuursorgaan. Beide organen moeten een positief besluit nemen of de uitkering aan de aandeelhouders zal niet tot stand komen. De algemene vergadering moet de balansstest uitvoeren en het bestuur van de BV moet de continuïteitsanalyse maken. De algemene vergadering heeft de mogelijkheid om de beslissing over de bestemming van de winsten en de uitvoering van de balansstest te delegeren naar een ander orgaan van de vennootschap. Dit kan bijvoorbeeld naar de een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of met een bepaalde aanduiding. Als de algemene vergadering of de vergadering die de gedelegeerde bevoegdheid heeft beslist dat er voldoende middelen in de vennootschap aanwezig te zijn om over te gaan tot uitkering van een deel van de winsten wordt deze beslissing voorgelegd aan het bestuursorgaan. Dit bestuursorgaan moet dan de continuïteitsanalyse uitvoeren. Als deze gunstig wordt beoordeeld dan is er pas het besluit tot winstuitkering. Deze kan ook impliciet worden gegeven.³⁶ De wijze van uitvoering en invulling van de balansstest en continuïteitsanalyse wordt verder besproken.³⁷

³⁴ zie randnummer 115

³⁵ R. TAS, *Kapitaal en aandelen*, Leuven, KULeuven, 2015, p. 83 en Gent 14 september 2004, Kh. Tongeren 5 december 2011 en Antwerpen 8 mei 2003

³⁶ P. VAN SCHILFGAARDE e.a. *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p. 90-97.

³⁷ zie 1.4.2 en 2.2.1.2.

1.3 Wanneer mag er worden uitgekeerd?

1.3.1 België

14. WETTELIJKE BEPALING- Artikel 320 § 1 W. Venn. bepaalt dat: *Geen uitkering mag geschieden indien op de datum van afsluiting van het laatste boekjaar het netto-actief, zoals dat blijkt uit de jaarrekening, is gedaald of ten gevolge van de uitkering zou dalen beneden het bedrag van het gestorte of, indien dit hoger is, van het opgevraagde kapitaal, vermeerderd met alle reserves die volgens de wet of de statuten niet mogen worden uitgekeerd.*
15. *Onder netto-actief moet worden verstaan : het totaalbedrag van de activa zoals dat blijkt uit de balans, verminderd met de voorzieningen en schulden.*
16. DEFINITIE- De netto-actief test is opgenomen in artikel 320 W. Venn. Het netto-actief is *het totaalbedrag van de activa zoals blijkt uit de balans, verminderd met de voorzieningen en de schulden..* Dit artikel bepaalt dat er niet mag worden overgegaan tot uitkering *als blijkt uit de jaarrekening dat het netto-actief is gedaald of tengevolge de uitkering zou dalen beneden het bedrag van het gestorte of, indien dit hier is, van het opgevraagde kapitaal, vermeerderd met alle reserves die volgens de wet of de statuten niet mogen worden uitgekeerd.* De grootte van de uitkeerbare winst volgt uit de berekening zoals bepaalt in het voorgaand geciteerde artikel. Het doel van deze bepaling is om te bepalen welke bedragen in aanmerking komen voor eigenlijk en oneigenlijke uitkeringen door de vennootschap. Het belangrijkste uitgangspunt hier is dat het netto-actief zoals dat blijkt uit de jaarrekening, op datum van afsluiting van het laatste boekjaar nooit kleiner mag zijn dan het gebonden eigen vermogen.³⁸ Dit gebonden eigen vermogen is gelijk aan de optelling van het kapitaal en de onbeschikbare reserves. De onbeschikbare reserves zijn de wettelijke reserves en de reserves die door een beslissing van de algemene vergadering ontuikbaar worden gemaakt zoals bij de inkoop van de eigen aandelen door de bvba.³⁹
17. PREVENTIEVE SCHULDEISERBESCHERMING- De netto-actief test is een test die wordt uitgevoerd ter bescherming van het vermogen van de vennootschap en de belangen van de schuldeisers van de vennootschap. Deze moet worden uitgevoerd door de algemene vergadering voor de definitieve beslissing tot uitkering kan worden genomen. Hierdoor kan de test worden gekwalificeerd als een methode van preventieve schuldeiserbescherming.⁴⁰
18. RUIMERE TOEPASSINGSGBIED- De bepaling in het Belgische recht heeft niet enkel betrekking op de eigenlijke winstuitkering maar ook op de oneigenlijke winstuitkeringen. De bepaling in de tweede richtlijn waarop de Belgische bepaling is geïnspireerd, haar toepassingsgebied is beperkt tot de eigenlijke uitkeringen aan de aandeelhouders. In België zijn ook oneigenlijke uitkering onderworpen

³⁸ R.TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 188-222.

³⁹ zie 1.4.1

⁴⁰ zie 2.1.1

aan de netto-actief test⁴¹ waaronder de bepalingen met betrekking tot de uitkeringen aan andere personen dan aandeelhouders de aflossing van het kapitaal, verkrijging van eigen aandelen, het nemen van kruisparticipaties door rechtstreekse dochtervennootschappen, steunverlening bij verkrijging van eigen aandelen en het in pand nemen van eigen aandelen zijn onderworpen aan de netto-actief test zoals in artikel 320 W. Venn⁴².

19. COMMENTAAR OP NETTO-ACTIEF TEST- De netto-actief test wordt bij de uitkering gebaseerd op de jaarrekening zoals neergelegd voor publicatie in het Belgische staatsblad bij de sluiting van het vorige boekjaar. De netto-actief test bepaalt dus de waarde van het vermogen van de vennootschap in going-concern op het moment van de afsluiting van het boekjaar. Op het moment dat de algemene vergadering zal besluiten tot de uitkering van het dividend dan is deze jaarrekening veelal een niet actueel instrument. Hierdoor is de vermogensbepaling en schuldeiserbescherming niet optimaal.

⁴¹ D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers. Een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeiserbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p.53.

⁴² artikel 617 W. Venn indien het een nv betreft.

1.3.2. Nederland

21. WETTELIJKE BEPALING- Boek II, Artikel 216 Nederlands burgerlijk wetboek bepaalt:
- lid 1: De algemene vergadering is bevoegd tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van uitkeringen, voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. De statuten kunnen de bevoegdheden, bedoeld in de eerste zin, beperken of toekennen aan een ander orgaan.*
- Lid 2: Een besluit dat strekt tot uitkering heeft geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur weigert slechts de goedkeuring indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.*
22. BEVOEGDHEID- In Nederland is er voorafgaande aan de uitkering van een dividend een dubbele test vereist. Zowel de balanstest als de liquiditeitstest. De verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de testen is verdeeld tussen de verschillende organen van de vennootschap. Als een BV winst maakt dan heeft de algemene vergadering de bevoegdheid om een besluit te nemen over de winstbestemming. Deze kan besluiten tot reservering of uitkering van de winst. Er is ook een mogelijkheid dat de statuten van de vennootschap een delegatie bevatten naar een andere vergadering voor het nemen van de beslissing over de bestemming van de winst. De statuten kunnen de bestemming van de winsten delegeren aan de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.⁴³ Deze delegatie is ook mogelijk voor de uitkering ten laste van andere vrije reserves met uitsluiting van de dividendreserve.⁴⁴
23. DE TEST- De Nederlands wetgever heeft een bijkomende voorwaarde ingevoegd: er kan enkel tot een uitkering worden besloten als het eigen vermogen van de bv groter is dan de wettelijke of de statutaire reserve. Voor de Nederlandse BV is echter geen wettelijk minimumkapitaal voorgeschreven. Het tweede boek van het Nederlandse Burgerlijke Wetboek (N.B.W.) bevat geen bepalingen over de wijze waarop de gebonden reserve wordt bepaald. De verdere uitwerking van de balanstest en de liquiditeitstest kan worden teruggevonden onder het hoofdstuk van de preventieve beschermingsmechanisme.⁴⁵
24. VOOR 2012- Voor de omvorming van de BV naar de flex-BV gold net zoals voor de Nederlandse NV actueel nog geldt een vereiste van een gerichte balanstest.⁴⁶ Voor 2012 gold reeds de regels dat geen uitkeringen mochten plaatsvinden ten laste van reserves die krachtens de wet of statuten moeten worden aangehouden.⁴⁷

⁴³ artikel 2:189a N.B.W.

⁴⁴ de dividendreserve is vergelijkbaar met de Belgische tussentijdse dividend, zie 1.3.2.1

⁴⁵ zie 2.1.2.3

⁴⁶ artikel 2: 216 N.B.W.

⁴⁷ artikel 2:105 lid 1 BW bij de NV en artikel 2/ XXX bij de bv

1.4 Types van winstuitkering

1.4.1 België

25. EIGENLIJK EN ONEIGENLIJKE WINSTUITKERINGEN- De beslissingen door de vennootschap met betrekking tot de winsten die zorgen dat deze niet meer beschikbaar zijn voor de betaling van vorderingen aan de schuldeisers zijn onder te verdelen in twee soorten: de eigenlijk en de oneigenlijke winstuitkeringen. De eigenlijke winstuitkeringen zijn deze winstuitkeringen die ten behoeve van de aandeelhouders worden uitgekeerd door de vennootschap. De juridische constructies die onder oneigenlijke uitkeringen vallen zijn deze die enkel mogen gebeuren met bedragen die vatbaar zijn voor winstuitkeringen maar niet worden uitgekeerd aan de aandeelhouders maar worden aangewend voor een constructie die het stellen van een onbeschikbare reserve vereist.⁴⁸ Doordat ze worden aangewend voor de oneigenlijke uitkering zijn er niet meer beschikbaar in het vermogen voor uitkering aan de aandeelhouders of betaling van schulden aan schuldeisers. Deze zijn geen eigenlijke winstuitkeringen omdat deze geen rechtstreeks vermogensvoordeel voor de aandeelhouders uitmaken.

1.4.1.1 De eigenlijke winstuitkeringen

1.4.1.1.1 Het jaarlijkse dividend

26. MET GOEDKEURING JAARREKENING- De klassieke uitkering van een dividend vindt plaats na de goedkeuring van de jaarrekening door de algemene vergadering. De uitkering van winst is geen automatisme. De aandeelhouder zal enkel een uitkering van dividend ontvangen wanneer er uitkeerbare winst is en de vennootschap en als de algemene vergadering beslist tot uitkering van deze winst.⁴⁹ De algemene vergadering kan ook de beslissing nemen om de winst te reserveren. Dit is zowel in het voordeel van de aandeelhouders als de schuldeisers. Voor de aandeelhouders vergoot het vermogen van de vennootschap waardoor de liquidatie-uitkering hoger kan zijn. Voor de schuldeisers is de aandikking van het vermogen van de vennootschap in hun voordeel want hun onderpand voor het verhalen van hun schuld vergroot.⁵⁰

27. WETTELIJKE BASIS- Deze bevoegdheid van de algemene vergadering is niet terug te vinden in wetsartikelen maar is afgeleid van de bepalingen die de algemene vergadering de bevoegdheid geven om de jaarrekening goed te keuren⁵¹. Als men de jaarrekening goed keurt dan keurt men ook de bestemming van de winsten goed zoals deze daar zijn aangegeven.⁵² Men berekent aan de hand van de jaarrekening en de netto-actief test of er voldoende uitkeerbare winsten zijn in de

⁴⁸ R.TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 44-45.

⁴⁹ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 77

⁵⁰ M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA: vermogens- en kapitaalvorming door inbreng, rechten en plichten van de vennoten*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 595.

⁵¹ artt. 282- 285 W. Venn

⁵² R.TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 226.

vennootschap. De wijze waarop de netto-actief test kan worden uitgevoerd zoals kan worden teruggevonden in artikel 320 W. Venn.⁵³

1.4.1.1.2 Interim-dividend

28. TOEPASSING- Het interim-dividend is een uitkering van winsten op basis van voorlopige resultaten van de vennootschap. Het interim-dividend is een voorschot op het traditionele dividend dat de aandeelhouder pas kan verkrijgen na de goedkeuring van de jaarrekening na afsluiting van het lopende boekjaar. De bevoegdheid voor de uitkering van dit type dividend ligt bij de raad van bestuur die deze bevoegdheid expliciet moet toegekend krijgen in de statuten van de vennootschap. Alvorens de raad van bestuur tot uitkering van het interim-dividend kan besluiten, moeten er een paar constitutieve voorwaarden zijn voldaan. Ten eerste moet de jaarrekening van het voorgaande boekjaar zijn goedgekeurd. Er kan dus ten vroegste zeven maanden na de afsluiting van het vorige boekjaar worden overgegaan tot het besluit tot uitkering van een interim-dividend. Vervolgens moet de beslissing gebeuren aan de hand van een staat van activa en passiva van niet meer dan twee maanden oud en mag het geen uitkering uitmaken van opgebouwde reserve. Ten slotte moet het interim-dividend wordt berekend op basis van de winst van het lopende boekjaar verminderd met de overgedragen verliezen of vermeerderd met de overgedragen winsten. De algemene vergadering is niet gebonden door de beslissing van de raad van bestuur tot uitkering van het interim-dividend. Als bijvoorbeeld de winst op het einde van het gehele boekjaar de uitkeerbare winst lager ligt dan wat bleek uit de tussentijdse staat die heeft gediend voor de berekening van het interim-dividend.⁵⁴

29. NIET BIJ BVBA- Het interim-dividend is niet mogelijk in elke vennootschapsvorm. Enkel in het hoofdstuk van de nv is in het wetboek vennootschappen een artikel opgenomen met betrekking tot dit type van uitkering.⁵⁵ Hieruit kan worden afgeleid dat in de andere vennootschapsvormen waaronder de bvba het verboden is om tot uitkering van winsten over te gaan op basis van voorlopige resultaten. Hierdoor valt het interim-dividend buiten de omvang van deze thesis en zal daarom verder niet worden besproken.⁵⁶

1.4.1.1.3 Het tussentijdse dividend

30. TUSSENTIJDSE DIVIDEND- Het tussentijdse dividend werd ontwikkeld in de praktijk en erkent in de rechtspraak. De bevoegdheid voor de uitkering van het tussentijdse dividend ligt bij de bijzondere algemene vergadering. Het tussentijdse dividend is altijd een uitkering van eerder opgebouwde winsten. Hierdoor komen alle opgebouwde reserve in de vennootschap met uitzondering van de wettelijke en belastingvrije opgebouwde reserve, dit zijn de onuitkeerbare reserves, in aanmerking tot uitkering onder dit regime. De tussentijdse uitkering werd ontwikkeld in in de praktijk en goedgekeurd door de rechtspraak. Bij de uitkering van het tussentijdse dividend moet men erop letten dat het netto-actief niet daalt onder het gestorte of opgevraagde kapitaal vermeerderd met

⁵³ Zie 1.3.1

⁵⁴ R. TAS *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p.77-79, 228-251, 259-263.

⁵⁵ artikel 618 W. Venn.

⁵⁶ R. TAS *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 77-79.

de uitkeerbare reserves. De rechtspraak die deze praktijk goedkeurt is ontwikkeld op basis van artikel 617 W. Venn. dat enkel betrekking heeft op de nv. In de rechtsleer en rechtspraak wordt ook aanvaardt in praktijk dat dit type van dividend ook per analogie mogelijk is in de bvba. Dit omdat de bewoordingen van artikel 617 W. Venn en artikel 320 W. Venn volledig parallel lopen. Ook een ruling van de Ruling Commissie volgt deze strekking door niets in te brengen tegen een aanvraag die deze constructie omvatte.⁵⁷ Hierdoor kan besluiten dat deze wijze van uitkering volkomen legitiem is binnen de bvba.⁵⁸

1.4.1.2 De oneigenlijke winstuitkeringen

31. De juridische constructies die onder oneigenlijke uitkeringen vallen zijn deze die enkel mogen gebeuren met bedragen die beschikbaar zijn voor winstuitkeringen maar waarbij deze bedragen niet worden uitgekeerd aan aandeelhouders. Hieronder vallen onder andere: de beslissing tot verkrijging van eigen aandelen, in pand nemen van eigen aandelen, kruisparticipaties, financiering voor verkrijging van eigen aandelen.

1.4.1.2.1 De kapitaalverminderingen

32. KAPITAALVERMINDERING- De kapitaalvermindering kan worden gekwalificeerd als een oneigenlijke uitkering. Bij een kapitaalvermindering wordt een deel van de inbreng terugbetaald aan de aandeelhouders. De kapitaalvermindering kan op twee manieren gebeuren: de reële kapitaalvermindering en de formele kapitaalvermindering. Beide hebben tot gevolg dat het vermogen van de vennootschap zal dalen. Bij de reële kapitaal vermindering wordt er een effectieve terugbetaling gedaan van een deel van het kapitaal aan de aandeelhouders. Bij de formele kapitaalvermindering worden verliezen aangerekend op het kapitaal van de vennootschap, waardoor het kapitaal van de vennootschap zal dalen. Elk regime heeft zijn voor- en nadelen. De formele kapitaalvermindering is gebonden aan een strikte procedure die de bescherming van de belangen van de derde beoogt. De reden dat in de praktijk een soms voorkeur aan de kapitaalvermindering wordt gegeven ten nadele van het dividend is het voordeliger fiscaal regime van deze constructie die belastingvrij kan gebeuren.⁵⁹

33. ALGEMENE PRINCIPES- De bevoegdheid voor beide types van kapitaalvermindering ligt bij de algemene vergadering, deze bevoegdheid kan niet worden gedelegeerd naar het bestuursorgaan van de vennootschap. Een besluit tot kapitaalvermindering heeft tot gevolg dat de statuten dan de vennootschap moeten worden aangepast.⁶⁰ De meerderheid waarmee wordt besloten tot een kapitaal vermindering is dan ook deze die vereist is voor een statutenwijziging zoals bepaalt in artikel 286 W. Venn.⁶¹ De algemene bepalingen inzake oproeping voor de algemene vergadering moeten

⁵⁷ Ruling commissie. 2 juni 2009, nr. 900.080 op www.ruling.be

⁵⁸ R. TAS *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 262.

⁵⁹ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 381-503

⁶⁰ Art. 316 W. Venn.

⁶¹ De algemene vergadering kan over wijzigingen in de statuten alleen dan geldig beraadslagen en besluiten wanneer de aanwezigen ten minste de helft van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen en wanneer de aanwezigen het voorstel met die vierde van de stemmen goedkeuren.

worden gerespecteerd.⁶² De oproeping voor de algemene vergadering moet het voor de aandeelhouder reeds duidelijk zijn welk type van kapitaalvermindering het betreft. Bij een bvba zijn alle aandelen echter op allemaal op naam. Hierdoor kan de oproeping voor de algemene vergadering via aangetekende schrijven gebeuren of zonder formele oproeping indien alle aandeelhouders hiermee hebben ingestemd.⁶³ Bij een bvba is dus geen publicatie van de oproeping in het Belgische Staatsblad vereist.⁶⁴ Hierdoor nemen derde meestal pas post factum kennis van een kapitaalvermindering binnen een bvba.

1.4.1.2.1.1 De reële kapitaalvermindering

34. SITUERING- Bij de reële kapitaalvermindering zoals beschreven in artikel 317 W. Venn. staat de verplichting ingeschreven tot melding van de kapitaalvermindering aan de aandeelhouder. De schuldeisers hebben het recht op zekerheidstelling. Het recht op zekerheidstelling heeft niet tot gevolg dat het besluit tot kapitaalvermindering zelf wordt uitgevoerd, deze wordt opgeschorst tot er een akkoord is met alle schuldeisers die hun recht op zekerheidstelling uitoefenen. Het besluit tot kapitaalvermindering is definitief en er kan niet meer op worden teruggekomen. De vennootschap kan de verplichting tot zekerheidstelling vermijden door de vordering van de schuldeiser vervroegd terug te betalen.⁶⁵

1.4.1.2.1.2 De formele kapitaalvermindering

35. SITUERING- Bij de formele kapitaalvermindering is geen gelijkaardige procedure ter bescherming van de schuldeisers ingebouwd. De formele kapitaalvermindering is een constructie waarbij de geleden verliezen worden aangezuiverd op de reserves of het kapitaal van de vennootschap. Een gelijkaardige procedure als bij de reële kapitaalvermindering zou hier overbodig zijn omdat het doel van de formele kapitaalvermindering is om de balansposten in overeenstemming te brengen met het werkelijke vermogen van de vennootschap. Als de vennootschap overgaat tot een formele kapitaalvermindering dan geeft zij aan dat de verliezen definitief zijn en dat zij niet verwacht dat vennootschap in de nabije toekomst voldoende winsten zullen worden gecreëerd om de verliezen weg te werken.⁶⁶In dergelijke situatie wordt door een beslissing tot kapitaalvermindering in feite geen vermogen onttrokken aan de schuldeisers waardoor het niet toepassen van een gelijkaardige schuldeiserbescherming als deze bij de reële kapitaalvermindering gerechtvaardigd is. Deze constructie kan ook worden gebruikt om voorzienbare verliezen op voorhand op aan te rekenen.

36. KAPITAALVERMINDERING MET WINSTUITKERING TOT DOEL- De formele kapitaalvermindering kan worden gebruikt om een winstuitkering mogelijk te maken. Volgens artikel 320 W. Venn mag geen uitkeringen plaatsvinden als het netto-actief gedaald is beneden het bedrag van het gestorte of als

⁶² Art. 268- 269 W. Venn.

⁶³ Art 269 W. Venn.

⁶⁴ De publicatie van de oproeping is wel vereist in de nv. Hierdoor kunnen schuldeiser ook reeds voor het besluit tot kapitaalvermindering op de hoogte zijn over de nakende beslissing

⁶⁵ verdere uitwerking zie 2.2.2.1.2 en, R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 418-453.

⁶⁶ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 453-478

dit hoger is, het opgevraagde kapitaal, vermeerderd met de niet-uitkeerbare reserves. Indien de vennootschap overgedragen verliezen uit het verleden meedraagt is het niet eenvoudig om over te gaan tot uitkering van de winst. Bij gebrek aan een besluit tot kapitaalvermindering, moeten alle toekomstige winsten eerst moeten worden aangewend om het nettovermogen van de vennootschap terug op het vereist niveau van het kapitaal te brengen. Als men gebruikt maat van de methode om eerst de verliezen af te boeken op het kapitaal ontstaat er ruimte om uit te gaan tot uitkering van de winsten aan de aandeelhouders.⁶⁷

37. KAPITAALVERMINDERING VOOR AANREKENING WINSTUITKERING- Als door de vennootschap de kapitaal vermindering wordt aangewend om een onterecht gedane winstuitkering, die niet recupereerbaar is bij aandeelhouders ter goeder trouw, op toe te rekenen, dan moet de wachtperiode en het schuldeiserbeschermingsmechanisme niet worden nageleefd. Deze moet niet worden nageleefd omdat deze tot functie heeft de schuldeisers te beschermen en dus hier ontoereikend is als beschermingsmechanisme. De uitkering heeft reeds plaatsgevonden en men kan deze niet meer voorkomen als schuldeiser.⁶⁸

38. ACCORDEON OPERATIE- Ook als men een kapitaalvermindering tot op nul doet gevolgd door een kapitaalverhoging, ook gekend als de accordeon kapitaalverhoging, is er geen zekerheidstelling tegenover de schuldeiser vereist. In deze constructie is er een effectieve terugbetaling van het vermogen van de vennootschap aan de aandeelhouders, waardoor de activa van de vennootschap ontoereikend worden voor verhaal door de schuldeisers maar deze ontoereikendheid is slechts tijdelijk. Hierdoor is de zekerheidstelling ten aanzien van de schuldeisers een onnodige verzwarende op deze procedure.⁶⁹

1.4.1.2.1.3 Aflossing van het kapitaal

39. KWALIFICIATIE- De aflossing van kapitaal wordt in de rechtsleer afwisselend bij de eigenlijk en oneigenlijke uitkeringen gekwalificeerd. Omdat de middelen definitief uit de vennootschap verdwijnen ten voordele van aandeelhouders kwalificeren sommige rechtsgeleerden het onder een eigenlijk uitkering. Andere rechtsgeleerden argumenteren dat omdat het geen uitkering betreft van winst maar een terugbetaling van ingebracht kapitaal dat deze juridische constructie moet worden gekwalificeerd als een oneigenlijke winstuitkering. Omdat het kapitaal van de vennootschap onherroepelijk wordt aangetast en dit moet gebeuren via een statutenwijziging wordt deze methode als een oneigenlijke winstuitkering gekwalificeerd in deze meesterproef.

40. DEFINITIE- De aflossing van kapitaal beantwoordt aan de intuïtieve definitie van een uitkering. De aandeelhouders moeten net zoals bij de klassieke uitkering van winsten hun instemming geven in

⁶⁷ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p.422, 462-464. G.L. BALLON, V. COLLAERT, K. GEENS, J. STUUYCK, E. TERRY, *Inleiding tot economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2012,p.478.

⁶⁸ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p.422, 462-464. G.L. BALLON, V. COLLAERT, K. GEENS, J. STUUYCK, E. TERRY, *Inleiding tot economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2012,p.478-479.

⁶⁹ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p.476-478.

de algemene vergadering. De aflossing van kapitaal is een constructie waarbij de uitkeerbare winst wordt aangewend op een aandeelhouder zijn inbreng terug te betalen. De aandeelhouder behoudt wel zijn vermogensrechten die aan de inbreng verbonden zijn en zal een winstbewijs ontvangen. Dit winstbewijs creëert een recht op toekomstige dividenduitkeringen met uitzondering van de eerste dividenduitkering die volgt op de aflossing van het kapitaal. Dit type van winstuitkering is enkel mogelijk met een gewone meerderheid in zover de statuten van de vennootschap dit toelaten. De beslissing tot aflossing van kapitaal is een exclusieve bevoegdheid van de algemene vergadering. Dit kan worden afgeleid uit het feit dat de aflossing gebeurt met de winsten beschikbaar voor uitkering en het louter feit van de aflossing een bestemming van de winsten uitmaakt.⁷⁰

STATUTAIRE INSCHRIJVING- Het is ook mogelijk om als de statuten deze aflossing van kapitaal niet expliciet toelaten om tot deze constructie te besluiten. Dit moet gebeuren met een meerderheid die nodig is om een statutenwijziging toe te laten.⁷¹ Dit heeft tot gevolg dat er een effectieve statutenwijziging zal plaatsvinden die het mogelijk maakt om de constructie vanaf dan door te voeren met een gewone meerderheid.⁷² Artikel 35 van de tweede richtlijn stelt een beperking op over deze mogelijkheid. Doordat de Belgische wetgever de bepalingen van de tweede richtlijn naar analogie heeft toegepast van de nv op de bvba, heeft de tweede richtlijn voor de bvba een invloed op de mogelijke besluitvorming. Artikel 35 bepaalt dat de beslissing wordt genomen met een gewone meerderheid, net zoals bij een besluit tot uitkering van een klassiek dividend. Indien de mogelijkheid tot aflossing van het kapitaal niet is ingeschreven in de statuten van de bvba dan kan de constructie mogelijk worden goedgekeurd door de algemene vergadering met aanwezigheidsquorum en met een meerderheid die is vereist is voor een statutenwijziging.⁷³ In het Belgische recht wordt de eenmalige beslissing tot toepassing van de procedure als een statutenwijziging gezien. Deze maakt de toepassing van de procedure mogelijk voor de toekomst als een besluit van de algemene vergadering met een gewone meerderheid.⁷⁴

41. DERDEBESCHERMING- De wetgever heeft niet voorzien in een specifieke sanctie ingeval de bestemming van een deel van de winst voor aflossing van het kapitaal wordt uitgevoerd, in strijd met de wettelijk en/ of statutaire regels ter zake. Ook de rechtsleer heeft geen aandacht besteed aan de sanctionering van de reglementaire bepalingen. Er zijn twee opvattingen mogelijk. In de eerste plaats kan worden geargumenteed dat een uitkering in strijd is met de bepalingen van de wet of statuten. Deze kan worden teruggevorderd overeenkomstig de regels inzake de onverschuldigde betaling.⁷⁵ Er is geen gemeenrechtelijke bepaling die de toepassing van de theorie tot terugvordering impliciet of expliciet uitsluit. De verplichting tot teruggave geldt ongeacht het feit

⁷⁰ M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA: vermogens- en kapitaalvorming door inbreng, rechten en plichten van de vennoten*, Kalmthout, Biblo, 1995, 260-263.

⁷¹ Artikel 286 W. Venn.

⁷² M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA: vermogens- en kapitaalvorming door inbreng, rechten en plichten van de vennoten*, Kalmthout, Biblo, 1995, 263-264.

⁷³ Artikel 286 W. Venn.

⁷⁴ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p.263-266.

⁷⁵ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p.252-253.

dat of de begunstigde al dan niet ter goeder trouw is. Gelet op de grote gelijkenis met een gewone winstuitkering, kan men evenwel ook argumenteren dat de sanctie van artikel 322 W. Venn. toepassing vindt. Dit is niet uitdrukkelijk bepaald in het artikel waardoor de discussie mogelijk blijft. R. TAS heeft een voorkeur voor de tweede opvatting. Hij gelooft dat de bepalingen die betrekking hebben op aflossing van kapitaal gebaseerd zijn op de gemeenrechtelijke bepalingen met betrekking tot de uitkering van het klassieke dividend, artikel 320, en dus per analogie ook onderworpen zijn aan de bijhorende sancties van artikel 322 W. Venn.⁷⁶

1.4.1.2.2 Inkoop eigen aandelen

42. ALGEMEEN- De inkoop van eigen aandelen wordt gekwalificeerd als een oneigenlijke winstuitkering omdat het vermogen van de vennootschap zal verminderen ten belope van de aankoopprijs van de aandelen.⁷⁷ Hierdoor verkleint het vermogen, dat het onderpand uitmaakt van de schuldeisers. De aandelen die in de plaats komen van de middelen die zijn aangewend voor de verkrijging van de aandelen zijn minder waardevolle activa. De waarde van de ingekocht aandelen is afhankelijk van de waarde van de vennootschap zelf. Als de vennootschap ooit vereffend wordt zijn de aandelen een actief dat niet ten gelden kan worden gemaakt.⁷⁸ Na de inkoop van de aandelen staat niet langer een waarde een betrouwbaar actief als tegenwaarde op de balans maar eigen aandelen. Boekhoudkundig wordt dit opgelost door een onbeschikbare reserve in te stellen ten belope van het geïnvesteerde bedragen voor de verwerving van de eigen aandelen.⁷⁹ De inkoop van eigen aandelen worden vooral gebruikt voor als één van de aandeelhouders wil uittreden maar dit financieel niet het goede moment voor de andere aandeelhouders. Ook de indekking van het risico van de vennootschap in het kader van een aandelenoptieplan ten voordele van haar personeel kan aan de basis liggen voor de inkoop.⁸⁰

43. ALGEMENE VERGADERING- De algemene vergadering heeft de bevoegdheid tot het nemen van de beslissing tot inkoop van de eigen aandelen. Deze beslissing moet genomen worden met de aanwezigheids- en meerderheidsvereisten voor een doelwijziging.⁸¹ De beslissing van de algemene vergadering tot inkoop eigen aandelen is een machtiging aan de zaakvoerder om over te gaan tot de inkoop van de aandelen. De algemene vergadering moet met een keuze maken met betrekking tot het maximum aantal in te kopen effecten, hoelang de machtiging tot inkoop geldig is. De duur van de machtiging kan maximum vijf jaar bedragen. Er zijn twee gevallen waarbij geen voorafgaande machtiging is vereist van de algemene vergadering. Dit is de inkoop van eigen effecten moet het doel ze aan het eigen personeel aan te bieden en de verkrijging van eigen aandelen die noodzakelijk is ter vermindering van een dreigend ernstig nadeel voor de vennootschap. Het klassieke voorbeeld van een dreigend ernstig nadeel is vijandig openbaar overnamebod. Indien de

⁷⁶R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p.252-253.

⁷⁷R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 51-56.

⁷⁸R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 266-287, 310-325.

⁷⁹K.VAN HULLE, N. LYBAERT, J.P. MAES, *Handboek boekhoud- en jaarrekeningrecht*, Brugge, Die Keure Professional Publishing, 2015, p. 485.

⁸⁰R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p.82-112, 266-287, 310-325.

⁸¹Artikel 286 W. Venn.

zaakvoerder overgaat tot de inkoop van de aandelen dan moet hij de volgende algemeen vergadering informeren omtrent de inkoop. De beslissing van de algemene vergadering waarin zij de machtiging verleent aan de zaakvoerder moet ter griffie worden neergelegd en bekendgemaakt in de bijlage tot het Belgische staatsblad.

44. WETTELIJK GRENS- Het wetboek vennootschappen bepaalt dat een vennootschap slechts 20 % van de aandelen die het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen mag inkopen. In deze 20 % worden zowel de eigen aandelen die bvba reeds in portefeuille houdt gerekend, als de aandelen van de betrokken vennootschap die worden gehouden door haar rechtstreekse dochters, de aandelen van de betrokkenen vennootschap die worden gehouden door stromannen en de eigen aandelen die de vennootschap in pand houdt.⁸²
45. MET UITKEERBARE MIDDELEN & DE ONBESCHIKBARE RESERVE- Zolang de aandelen van de eigen vennootschap op de balans staan vormen ze een precair actief. Niemand kan voorspellen of en tegen welke prijs ze opnieuw vervreemd kunnen worden. Indien de aandelen tot de ontbinding van de vennootschap in het actief van de vennootschap blijft dan zij ze de facto waardeloos. De inkoop kan enkel gebeuren met dat vermogen dat volgens de netto-actief test kan worden uitgekeerd aan de aandeelhouders. De prijs waaraan de vennootschap de aandelen inkoopt moet boekhoudkundig worden geboekt als een onbeschikbare reserve. Hierdoor worden de middelen ook jaarrekeningkundig niet meer uitkeerbaar aan de aandeelhouder. Deze reserve moet worden aangehouden zolang de vennootschap de aandelen aanhoudt.⁸³
46. STEMRECHT GESCHORST- Het gevolg van de inkoop van de eigen aandelen is dat het stemrecht met betrekking tot de ingekochte aandelen wordt opgeschort tot deze opnieuw worden vervreemd. De vennootschap kan zelf niet met de aandelen stemmen op haar eigen algemene vergadering.⁸⁴

1.4.1.2.3 In pand geven eigen aandelen

47. IN PAND GEVEN EIGEN AANDELEN- De inpandgeving van de aandelen of ander certificaten van de vennootschap wordt voor de bvba besproken in artikel 330 W. Venn. Dit artikel verwijst expliciet naar het artikel betreffende de inkoop van eigen aandelen. De procedure voor de inpandgeving van de eigen aandelen volgt dezelfde principes als deze voor de inkoop van de eigen aandelen. Het is een exclusieve bevoegdheid van de algemene vergadering en er is ook een wettelijke grens dat de aandelen die pand worden gegeven maximum 20 % van het kapitaal van de vennootschap mogen vertegenwoordigen.

⁸² Artikel 31-324 W. Venn. En R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 82-112, 266-287, 310-325.

⁸³ Artikel 325 § 1 W. Venn.

⁸⁴ Artikel 325 § 2 W. Venn.

1.4.1.3.4 Financial assistance

48. FINANCIAL ASSISTANCE- Bij *financial assistance* worden de middelen van de vennootschap zelf gebruikt om een derde de aandelen van de vennootschap laten verwerven.⁸⁵ Het bedrag dat de vennootschap leent, voorschiet of als zekerheid geeft zodat de nieuwe aandeelhouder de aandelen in de vennootschap kan verwerven, kan zorgen ook voor een verarming van het vermogen van de vennootschap. Financial assistance mag enkel verleend worden met bedragen die volgens de netto-actief test beschikbaar zijn voor uitkering aan de aandeelhouders. Ook hier moet boekhoudkundig een onbeschikbare reserve worden aangelegd ten belope van het bedrag dat de vennootschap leent, voorschiet of als zekerheid geeft. De wet eist geen verdere zekerheidstelling naar derde, waaronder de schuldeisers van de vennootschap.⁸⁶

⁸⁵ Artikel 430 W. Venn.

⁸⁶ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 128-140.

1.4.2 Nederland

50. ALGEMEEN- In het Nederlandse recht kent men het begrip dividend vooral uit de praktijk. In de wet wordt er gesproken van: 'uitkeringen aan aandeelhouders'.⁸⁷In het Nederlandse Burgerlijke wetboek artikel 2: 105, lid 1 hebben aandeelhouders zonder meer een recht op uitkering. Lid 3 van dit artikel bepaalt dat men mag overgaan tot uitkering van zodra dit geoorloofd is. In de praktijk eisen de statuten vaak een besluit tot winstbestemming, wat wil zeggen dat de effectieve uitkering moet worden voorafgegaan door een beslissing van de algemene vergadering van de vennootschap. De algemene vergadering heeft de bevoegdheid om te beslissing over de bestemming van de winst.⁸⁸
51. ARTIKEL 2: 216 BURGERLIJKE WETBOEK- Bij de BV werd in 2012 het systeem volledig omgegooid. Er werd een keuze gemaakt om de toetsing of er een mogelijkheid is tot winstuitkering via een beperkte balanstest en op de toekomstgerichte uitkeringstest te voeren. De wetgever verwacht dat de schuldeisers van de vennootschap op deze wijze verder worden beschermd.⁸⁹

1.4.2.1 Eigenlijke uitkeringen

52. KLASSIEKE UITKERING- De algemene vergadering beslist in de BV over de uiteindelijke winstbestemming, tenzij de statuten anders bepalen. In de BV komt de winst niet zonder meer aan de aandeelhouder toe. In Nederland is er een mogelijkheid om bij uitkeringen aan aandeelhouders bepaalde aandeelhouders uit te sluiten. Dit kan doordat aandeelhouders een bijzondere soort van aandelen of een aanduiding hebben die slechts een beperkt recht geven tot deling in de winst of de reserves. Deze regeling moet zijn opgenomen in de statuten van de BV. Alle aandeelhouders van wie hun rechten worden aangetast door het invoeren van de regeling moeten hierin toestemmen. Tot uitkering mag enkel besloten worden zolang het eigen vermogen groter is dan de wettelijk of statutaire reserves van de BV. De beperkte balanstest kijkt enkel naar de gebonden reserves en dus niet naar het kapitaal van de vennootschap. Voor de BV is er immers geen minimumkapitaal voorgeschreven.⁹⁰ De Nederlandse wetgever heeft echter niet voorgeschreven hoe de gebonden reserves moeten worden bepaald. De uitkering van het dividend zal veelal geschieden na de vaststelling van de jaarrekening waaruit dat aan de balanstest van artikel 216 lid 1 wordt voldaan. De uitvoering van de test werd reeds besproken bij de uitwerking van de netto-actief test.⁹¹ Het doel van de uitkeringstest is ervoor te zorgen dat de BV geen winsten uitkeert als men de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.⁹²
53. INTRIMDIVIDEND- In de BV is het mogelijk om over te gaan tot een uitkering van een interim-dividend. Deze wordt gebaseerd op de meest recente goedgekeurde jaarrekening. Er is geen

⁸⁷ P. VAN SCHILFGAARDE e.a. *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p. 90.

⁸⁸ R. VAN DER KUIJP, *Ondernemingsrecht, een praktische handleiding*, Apeldoorn, Maklu, 2014, p. 83-85.

⁸⁹ P. VAN SCHILFGAARDE e.a. *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p. 83.

⁹⁰ zie 2.1.2

⁹¹ zie 1.2.2

⁹² P. VAN SCHILFGAARDE e.a. *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p. 83.

bijkomend recent overzicht van de activa en de passiva van de vennootschap vereist. Het bestuur van de vennootschap kan na het uitvoeren van een verkorte balanstest beslissing tot uitkering van het interim-dividend.⁹³ De verkorte balanstest werd eerder besproken⁹⁴

54. DIVIDENDRESERVE- In het Nederlandse BV recht is er geen specifiek equivalent voor het tussentijdse dividend. In het Nederlandse recht is wel de dividendreserve. Dit is een dividend dat wordt uitgekeerd uit de reserves die worden opgebouwd in de looptijd van de vennootschap. De reserves worden aangesproken voor de uitkering van het dividend in de jaren dat de vennootschap onvoldoende winst maakt om een klassiek uitkering van de winsten te doen. De dividendreserve is onderworpen aan de twee testen die ook moeten voldaan zijn voor de uitbetaling van een klassieke uitkering van de winsten. De dividendreserve heeft geen wettelijk basis.⁹⁵

1.1.4.2.2 Oneigenlijke uitkeringen

55. VERKRIJGING EIGEN AANDELEN DOOR DE BV- De verkrijging van eigen aandelen door een BV worden in de artikels 207- 207d Nederlands Burgerlijke Wetboek besproken. Volgens deze bepalingen kan het bestuur van de BV zelfstandig beslissen tot de verkrijging van de eigen aandelen de machtiging van de algemene vergadering is niet vereist. De statuten kunnen wel de bevoegdheid van het bestuur uitsluiten of verbinden aan vervulling van bepaalde voorwaarden. Voor de BV geldt geen bijzondere limiet op de verkrijging van de aandelen. Elke BV en haar verbonden vennootschappen kunnen alle buiten tenminste één aandeel verkrijgen.⁹⁶ De inkoop van de eigen aandelen moet op dezelfde wijze worden getoetst worden als de klassieke dividenduitkering zoals beschreven in artikel 216 Burgerlijke wetboek.⁹⁷ Ook in Nederland wordt het stemrecht in de algemene vergadering geschorst en het recht op deelname in de winst voor de aandelen die de BV in zichzelf aanhoudt.⁹⁸

56. KAPITAALVERMINDERING- Ook in Nederland kent men het concept van de kapitaalvermindering en ook hier is deze gebonden aan strikte regels die men kan terugvinden in artikel 2: 208 B.W. De bevoegdheid voor het nemen van het besluit tot kapitaalvermindering wordt genomen door de algemene vergadering. Ook in Nederland zijn er twee wijze van kapitaalverminderingen: de intrekking van de aandelen en de vermindering van het nominale bedrag van de aandelen. Deze laatste kan op twee verschillende wijzen worden uitgevoerd: via de vermindering van het nominale bedrag zonder terugbetaling of ontheffing of de vermindering van het nominale bedrag met terugbetaling of ontheffing van stortingsplicht. De wijze waarop schuldeisers worden beschermd bij een kapitaalvermindering met een effectieve terugbetaling bij een BV is eenvoudiger dan deze in België. Tot 2012 was er gelijkaardige procedure zoals deze in België maar deze werd afgeschaft met

⁹³ P. VAN SCHILFGAARDE e.a. *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p. 83.

⁹⁴ zie 1.4.2 en 2.1.2.3

⁹⁵ www.finance.nl/vontent/view/369

⁹⁶ artikel 2:207a lid 2 en artikel 2: 207d lid 2 N.B.W.

⁹⁷ zie 1.4.2

⁹⁸ artikel 2:228, lid 6 N.B.W. en P. VAN SCHILFGAARDE e.a. *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p 106-111. en R. VAN DER KUIJP, *Ondernemingsrecht, een praktische handleiding*, Apeldoorn, Maklu, 2014, p. 81-83.

de omvorming naar de Flex-BV. Artikel 2: 208, lid 6 Nederlands Burgerlijke wetboek laat de kapitaalvermindering met terugbetaling of ontheffing van stortingsplicht steeds toe, mits het eigen vermogen van de BV groter is dan haar gebonden reserves.⁹⁹ De schuldeiser worden beschermd door overeenkomstige toepassing verklaring van de uitkeringstest en daaraan verbonden aansprakelijkheden van bestuurders en aandeelhouders, zoals deze in artikel 216 Nederlands burgerlijke wetboek worden beschreven.¹⁰⁰

57. TERUGBETALING AANDELENKAPITAAL- In Nederland kan men een deel van het kapitaal van de BV terugbetalen door het doorvoeren van een kapitaalvermindering. In de BV moet bij de kapitaalvermindering geen bijzondere schuldeiserbescherming procedure worden gevolgd.¹⁰¹ Voor men kan overgaan tot de terugbetaling van het kapitaal moeten de statuten van de BV worden gewijzigd. Dit gebeurt door een beslissing van de algemene vergadering. Omdat de BV sinds 2012 geen minimumkapitaal meer vereist is in de BV kan men de beslissing nemen om de nominale waarde van de aandelen tot nul terugbrengen. Net zoals bij de klassieke uitkering moet het besluit van de algemene vergadering voor men kan overgaan tot de effectieve terugbetaling worden goedgekeurd door het bestuur van de BV. De BV kan enkel zijn toestemming geven tot terugbetaling van het aandelenkapitaal als de vennootschap op korte of middellange termijn niet financieel in de problemen komt. Deze middellange termijn is gelijkgesteld aan ongeveer de periode van 18 maanden.¹⁰²

58. FINACIAL ASSITANCE- Voor de omvorming van de BV naar de Flex-BV was er een gelijkaardig systeem als België voor de BV voor het lenen, ter beschikking stellen en in pand geven van activa van de vennootschap voor de verwerking van aandelen in de BV. Met de omvorming van de BV in 2012 heeft Nederlandse wetgever ervoor gekozen deze ingewikkelde procedure te laten varen. De wetgever achtte de procedure onnodige belemmerend voor het bedrijfsleven en niet goed werkbaar in de praktijk. De Nederlandse wetgever vindt de regels met betrekking tot de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders voldoende bescherming bieden bij steunactie die de belangen van de BV schaden.¹⁰³

⁹⁹ P. VAN SCHILFGAARDE e.a. *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p. 111.

¹⁰⁰ zie 1.3.2

¹⁰¹ zie 1.3.2.2

¹⁰² http://ondernemingsdatabank.indicator.nl/besloten_vennootschap/terugbetaling_aandelenkapitaal_door_bv_naar_privé_/NLTABTAR_EU21040201/topArt

¹⁰³ R. VAN DER KUIJP, *Ondernemingsrecht, een praktische handleiding*, Apeldoorn, Maklu, 2014, p. 77.

2. Beschermingsmechanisme

60. WETTELIJKE BESCHERMINGSMECHANISMEN- De beschermingsmechanisme van schuldeisers die er actueel zijn in het Belgische recht kunnen worden onderverdeeld in preventieve- en handhavingsmechanismen. Deze laatste kunnen nogmaals worden onderverdeeld in gemeenrechtelijke en specifiek vennootschapsrechtelijke mechanismen. Het doel van de beschermingsmechanisme is om de tegenstelling die in de studie van het eerste agency-probleem duidelijk wordt te neutraliseren. Er is commentaar op de handhavingsmechanisme omdat deze altijd achter de feiten aanlopen en meestal een poging zijn om te verhalen op een vennootschap die niet langer in going-concern is.¹⁰⁴

61.

CONTRACTUELE BESCHERMINGSMECHANISME- Schuldeisers hebben ook de mogelijkheid om zich contractueel in te dekken tegen de risico's van asset withdrawal door de aandeelhouders. Dit wordt de contractuele zelfbescherming genoemd en kan zowel negatieve en positieve zekerheden omvatten. Deze worden uitgebreid besproken in het doctoraat van Dirk Bruloot. Deze meesterproef zal zich echter beperken tot de wettelijke beschermingsmechanismen.

2.1. Preventieve beschermingsmechanismen

2.1.1 België

2.1.1.1 Kapitaalsvereisten bij oprichting

62. JURIDISCHE EN ECONOMISCHE AANSPRAKELIJKHEID- De kapitaalvereisten zijn een losprijs die de oprichters van de vennootschap betalen voor niet persoonlijk aansprakelijk te kunnen worden gesteld. In de juridische zin zijn de aandeelhouders niet aansprakelijk maar in de economische zin zijn ze dit wel want uit de vermogensrechten die het gevolg zijn van deelname aan de vennootschap moet de vennoten ook het verlies van de vennootschap dragen. Indien de vennootschap insolvent wordt, worden hun aandelen immers waardeloos.¹⁰⁵

63. MINIMUMKAPITAAL- De wet bepaalt de minimumbedragen die noodzakelijk zijn alvorens men een vennootschap kan oprichten. Voor de bvba is dit €18 550 waarvan 1/5 volstort moet worden net een minimum van €6200.¹⁰⁶

64. KAPITAAL ALS ONDERPAND- Het kapitaal kan schuldeisers een vals veiligheidsgevoel geven. Het kapitaal wordt aangewend door de vennootschap om handel te kunnen voeren. Vanaf het moment dat de vennootschap is opgericht is het beter om te spreken over het vermogen van de vennootschap. Dit vermogen is altijd in going-concern, het kapitaal is slechts een momentopname

¹⁰⁴ J. VANANROYE, L. MARIËN, L., *Fraus en schuldeiserbenadeling in het ondernemingsrecht*, § 17.

¹⁰⁵ J. VANANROYE, *Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap*, TRV, 14-5, § 23.

¹⁰⁶ Artikel 214 W.Venn

tijdens de oprichting of bij het vaststellen van de jaarrekeningen. Als een schuldeiser bij het aangaan van een verbintenis met een vennootschap afgaat op het kapitaal dat zeer hoog is, maar in de jaarrekening niet opmerkt dat de vennootschap veel schulden heeft dan zal de schuldeiser zich niet realiseren dat de kans dat zijn schuld zal worden terugbetaald kleiner zal zijn dan hij gedacht had.

65. TOEKOMST VAN KAPITAAL- In de rechtsleer is er een grotere diversiteit aan visies met betrekking tot de kapitaalvereisten bij oprichting. Er zijn ook stemmen die ijveren voor de afschaffing van het minimumkapitaal. Zo ook het Belgisch Centrum voor vennootschapsrecht dat in zijn boek *de modernisering van het vennootschapsrecht* ijvert voor de afschaffing van het minimumkapitaal voor de BVBA.¹⁰⁷ Dit boek vormde de basis voor de nota van de minister van justitie, Koen Geens, neergelegd in het najaar van 2015 met het doel een grondige hervorming van het vennootschapsrecht. Deze oefening werd in andere Europese landen ook reeds uitgevoerd. Zo werd in Nederland in 2012 de BV hervormt naar de flex-B en is er in het Verenigd Koninkrijk de limited vennootschapsvorm. Beide vennootschapsvormen hebben geen wettelijk minimumkapitaal als afkoopsom voor de volkomen rechtspersoonlijkheid. Het privévermogen van de vennoten wordt er dus veiliggesteld zonder dat de wet bepaald hoeveel kapitaal er minstens als onderpand bij oprichting van de vennootschap.

2.1.1.2 Financieel plan bij oprichting

66. FINANCIEEL PLAN- Aan eerdere commentaar werd al tegemoetgekomen door de invoering van de verplichting van het opstellen van een financieel plan voor alle volkomen vennootschapsvormen met een beperkte aansprakelijkheid voor de aandeelhouders waaronder de nv¹⁰⁸, bvba, cvba¹⁰⁹,... Het financieel plan wordt door de rechtbank van koophandel van Brussel omschreven als: *een actieprogramma dat de financiële middelen aanduidt die de overlevingskansen van de vennootschap tijdens de twee jaar na haar oprichting waarborgen. Het financieel plan kan worden aangevuld met gedetailleerde rendementsstudies die eraan voorafgegaan zijn.*¹¹⁰ Het doel van het financieel plan is om te zorgen dat mensen nadenken over de financiële haalbaarheid van hun project voor het oprichten van een vennootschap. Er wordt nagegaan of de vennootschap over voldoende financiële middelen beschikt ter ondersteuning van de door haar aangegane verbintenissen en dit gedurende de eerste twee jaar na oprichting. In geval van falen binnen de drie jaar na de oprichting zal de rechtbank op basis van het financiële onderzoek of de oprichters al dan niet voldoende kapitaal voorzien hadden en desgevallend hun aansprakelijkheid hiervoor weerhouden.¹¹¹

2.1.1.3 netto-actief test bij uitkering dividend

67. DOEL- Het doel van de test is zorgen dat de vennootschap geen middelen uitkeert die het nodig heeft voor het realiseren van het doel van de vennootschap zoals opgenomen in de statuten. De onderneming solvabel blijft en handel kunnen blijven voeren, het vermogen van de vennootschap

¹⁰⁷ H. BRAECKMANS e.a, *de modernisering van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, p. 108

¹⁰⁸ Artikel 456 W. Venn.

¹⁰⁹ Artikel 405 W. Venn.

¹¹⁰ <http://www.bibf.be/Index.asp?Idx=1706>.

¹¹¹ <http://www.bibf.be/Index.asp?Idx=1706>

mag door een uitkering van activa niet zodanig worden aangetast dat continuïteit van de vennootschap in gevaar komt.¹¹²

68. DE TEST- Het netto-actief is de berekening van het eigen-vermogen van de vennootschap zoals blijkt uit de jaarrekening die overeenkomstig het K.B. 8 oktober 1976 is opgesteld. De jaarrekening in de zin van artikel 302 W Venn. is de jaarrekening van het volledige boekjaar onmiddellijk voorafgaand aan de bewuste uitkering waarover de algemene vergadering moet beslissen. Indien de jaarrekening van het voorgaande boekjaar aan de beslissing tot uitkering ontbreekt, dient te worden uitgegaan van de meest recent goedgekeurde jaarrekening.¹¹³ Het netto-actief bestaat uit het totaal van de activa overeenkomstig de balans, verminderd met de voorzieningen en de schulden. Deze som moet hetzelfde resultaat geven als de som van het kapitaal, de uitgiftepremies, de herwaarderingsmeerwaarden, de beschikbare en onbeschikbare reserves, de overgedragen winst of in min, het overgedragen verlies en de kapitaalsubsidies.¹¹⁴ Dit bedrag geeft aan welke, in een going-concernveronderstelling, de boekhoudkundige waarde is van het vennootschapsvermogen indien alle schulden aan derde zouden worden betaald.
69. RUIMERE TOEPASSINGSGBIED- De bepaling in het Belgische recht heeft niet enkel betrekking op de eigenlijke winstuitkering maar ook op de oneigenlijke winstuitkeringen. De bepaling in de tweede richtlijn waarop de Belgische bepaling geïnspireerd haar toepassingsgebied is beperkt tot de eigenlijke uitkeringen aan de aandeelhouders. In België zijn ook de bepalingen met betrekking tot de uitkeringen aan andere personen dan aandeelhouders, de aflossing van het kapitaal, verkrijging van eigen aandelen, het nemen van kruisparticipaties door rechtstreekse dochtervennootschappen, steunverlening bij verkrijging van eigen aandelen en het in pand nemen van eigen aandelen zijn onderworpen aan de netto-actief test zoals in artikel 320 W. Venn.¹¹⁵

2.1.2 Nederland

2.1.2.1 Kapitaalvereisten

70. MAATSCHAPPELIJK KAPITAAL TOT NUL- Het kapitaal heeft in het Nederlandse recht dezelfde functie als het kapitaal in het Belgische recht: de vennootschap over voldoende middelen laten beschikken zodat zij behoorlijk kan functioneren. In 2012 werd in Nederland bij de omvorming van de BV het minimumkapitaal voor de BV afschaft. Voor de afschaffing van het minimumkapitaal bedroeg deze €18 000. Het is voldoende voor een vennootschap op te richten dat er een oprichtingshandeling plaats vindt, er een notariële akte is die de oprichting van de BV vastlegt en dat er deelname is in het kapitaal door één of meer personen. Onder het geldende recht in Nederland is geen minimumkapitaal vereist. Door de afschaffing van het minimumkapitaal erkent de Nederlandse wetgever dat het minimumkapitaal geen afdoende bescherming geeft aan de schuldeisers van de

¹¹² R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 188-222.

¹¹³ Antwerpen 8 mei 2003, *T.B.H. 2005*, 391 met noot H.DE WULF

¹¹⁴ R. TAS, *Kapitaal en aandelen*, Leuven, KULeuven, 2015, p. 22.

¹¹⁵ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 188-222.

vennootschap. Het in stand houden van het minimumkapitaal is het in stand van de schijnzekerheid die deze beidt. De Nederlandse wetgever heeft besloten om de nadruk voor bescherming van de schuldeisers voor de toekomst te verplaatsen bestuur en aandeelhouders aansprakelijkheid.¹¹⁶

2.1.2.2. Financieel plan

71. GEEN WETTELIJKE VERPLICHTING- Het is voldoende voor een vennootschap op te richten dat er een oprichtingshandeling plaats vindt, er een notariële akte is die de oprichting van de BV vastlegt en dat er deelname is in het kapitaal door één of meer personen.¹¹⁷ In het Nederlandse recht is er geen wettelijke verplichting tot opstelling van financieel plan alvorens men een BV kan oprichten.

2.1.2.3 Balanstest en liquiditeitstest

72. DUBBELE TES- In Nederland is er een twee-ledige test ontwikkeld, die geïnspireerd werd het SLIM-rapport.¹¹⁸ Het doel van de twee testen is dat het eigen-vermogen van de BV niet zakt onder de wettelijk of statutaire reserve door de uitkering van de winsten. De eerste fase van de test is een balanstest uitgevoerd door de algemene vergadering van de BV of het orgaan waaraan de algemene vergadering de bevoegdheid over bestemming van winsten heeft gedelegeerd. Daarna volgt de liquiditeitstest uitgevoerd door het bestuursorgaan van de BV.

73. BALANSTEST DOOR ALGEMENE VERGADERING- De algemene vergadering zal voor over te gaan tot de beslissing van de bestemming van de winsten allereerst controleren via een balanstest of er vrije reserves aanwezig zijn buiten de wettelijk en statutaire verplichte reserves. Met andere woorden de algemene vergadering zal controleren of er middelen in de vennootschap zijn die men kan uitkeren. Als de algemene vergadering middelen aantreft die in aanmerking komen voor uitkering en beslist om deze uit te keren moet men nog de goedkeuring krijgen van het bestuursorgaan voordat de beslissing tot uitkering uitvoerbaar wordt.

74. UITKERINGSTEST DOOR BESTUURSORGAAN- Hierna moet de uitkeringstest of liquiditeitstest worden uitgevoerd door het bestuursorgaan van de BV. Het doel van de uitkeringstest is dat het bestuur inzicht krijgt in kerncijfers, liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit van de vennootschap. Uit de solvabiliteit kan de raad opmaken hoe de situatie is van de vennootschap met betrekking tot continuïteit en specifieke financiële kenmerken. Als het bestuursorgaan enkel deze criteria toetst dan is dit onvoldoende. Men moet ook een continuïteitsanalyse opstellen. Deze wordt gemaakt op basis van de laatste twee boekjaren en het lopende boekjaar. Al de jaren opgenomen in de analyse moeten winstgevend zijn. Ten slotte moet men een liquiditeitsprognose worden opgesteld. Hierbij bekijkt de raad van bestuur de quickratio, operationele kasstroom en rekening. Deze moeten worden

¹¹⁶ zie randnummer 2.2.2.2

¹¹⁷ P. VAN SCHILFGAARDE e.a. *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p. 53-69. En R. VAN DER KUIJP, *Ondernemingsrecht, een praktische handleiding*, Apeldoorn, Maklu, 2014, p. 55-56.

¹¹⁸ THE HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS, *Report of the high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe*, Brussel, 2002, 165 p.

bekeken in het licht van toekomstige verplichtingen, verwachtingen en overige onzekerheden.¹¹⁹ De raad van bestuur kan worden bijgestaan door een accountant. De uitkeringstest in artikel 2:216 lid 3 Nederlands Burgerlijk wetboek bepaalt dat geen uitkering kan plaatsvinden als deze er zou toe leiden dat de vennootschap haar opeisbare schulden niet meer kan voldoen. Het is de taak het bestuursorgaan om te dit te controleren. Het is de plicht van het bestuursorgaan om de uitkering van de middelen te weigeren indien ze weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat niet aan deze eis voldaan kan worden

75. AANSPRAKELIJKHEID LEDEN BESTUURSORGAAN- Indien de bestuurders instemmen met een onverantwoorde uitkering dan zijn zij persoonlijk jegens de vennootschap verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. De aansprakelijkheid van de bestuurders is beperkt tot het tekort dat door de uitkering is ontstaan, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. Indien het tekort lager is dan het uitgekeerde bedrag dan zijn de bestuurders enkel gehouden tot het bedrag dat te kort is om de opeisbare schulden te voldoen.

76. AANSPRAKELIJKHEID UITKERINGSGERECHTIGDE- Naast de bestuurders zijn ook degenen die de uitkering ontvangen terwijl hij of zij wist of redelijkerwijs kon voorzien dat de BV na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De ontvanger van de uitkering is in deze situatie gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, tot de hoogte van het bedrag van de uitkering die hij of zij ontving.¹²⁰

2.1.2.4 Andere

77. Er zijn bij de oprichting van de BV geen andere bijzondere verplichtingen die kunnen worden gekwalificeerd als een vorm van preventieve schuldeiserbescherming.

¹¹⁹ Notie uitkeringstoets wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, het Nederlandse taxonomie Project, 5 november 2008.

¹²⁰ P. VAN SCHILFGAARDE e.a. *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p 96.

2.2 Handhavingsmechanismen

2.2.1 Gemeenrechtelijke remedies

2.2.1.1 België

79. INLEIDING- Indien de wettelijke regels met betrekking tot de eigenlijk en oneigenlijke uitkering worden overtreden dan kan men als schuldeiser via twee mogelijke acties zijn openstaande vordering nog verhalen. Men kan iemand aansprakelijk stellen voor een fout die hij heeft begaan of men kan de beslissing tot uitkering die het onvermogen van de vennootschap (deels) heeft veroorzaakt aanvechten of zich niet tegenstelbaar laten stellen. In de praktijk zal men beide trajecten, de gemeenrechtelijke en de vennootschap specifieke remedies, volgen om zo de grootste garantie tot voldoening van de vordering te bekomen.

2.2.1.1.1 Pauliaanse vordering

80. TWEE TYPES- In het Belgische recht zijn er twee types pauliaanse vorderingen. De gemeenrechtelijke pauliaanse vordering is gebaseerd op artikel 1167 B.W. en de faillimentspauliana op artikel 20 Faill.W.. De faillimentspauliana valt buiten de omvang deze meesterproef en zal verder niet besproken worden.

81. DEFINITIE- De pauliaanse vordering is een rechtsfiguur die afkomstig is uit het romeinse recht. Deze vordering is *een vordering van een schuldeiser strekkende tot de niet-tegenwerpelijke van rechtshandelingen die door zijn debiteur werden verricht met bedrieglijke miskennis van zijn verhaalsrechten*. Dit wil zeggen dat een schuldeiser die een pauliaanse vordering instelt vraagt om een rechtshandeling die het onvermogen van de vennootschap heeft gecreëerd niet te moeten erkennen.

2.2.1.1.1.1 Toepassingsvoorwaarden

82. VOORWAARDEN- De Belgische rechtsleer onderscheidt traditioneel vier toepassingsvoorwaarden: benadeling, bedrog, anteroriteit en medeplichtigheid aan handeling ten bezwarende titel.¹²¹

2.2.1.1.1.1.1 Benadeling

83. ACTUELE BENADELING- De handeling die in casu door de vennootschap moet zijn verricht moet de schuldeisers benadelen door hun verhaalsmogelijkheden te verminderen. Bij de beoordeling van een benadeling zal een rechter de huidige situatie van de schuldeisers vergelijken met de met de situatie waarin de schuldenaar zich zou hebben bevonden moest de uitkering van het dividend niet hebben plaatsgevonden. De meerderheid van de Belgische rechtsleer is ervan overtuigd dat de benadeling aanwezig moet zijn op het moment dat de schuldeiser de pauliaanse vordering instelt.¹²² Dit wil

¹²¹ A. VERBEKE, "Rechtsmiddelen van schuldeisers", in VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE TE BRUSSEL (ed.), *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Kalmthout, Biblo, 1994, 30-31.

¹²² Luik 29 januari 2002, JT 2002, 290; Rb. Luik 10 september 1999, TBH 2000, 380, noot I. SAMOY

zeggen dat de schuldeiser zijn vordering opeisbaar moet zijn op het ogenblik dat bij zijn vordering instelt.¹²³

84. BEWIJS- Het is eenvoudige voor een schuldeiser om te bewijzen dat hij zich in een slechter situatie bevindt op het ogenblik dat de dividenduitkering heeft plaatsgevonden dan moesten deze middelen in de vennootschap gebleven zijn. De schuldeiser kan benadeling eenvoudig bewijzen als men kan aantonen dat de rangorde tussen de schuldeiser wordt doorbroken. Benadeling is ook bewezen als het bemoeilijken van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeiser door de schuldeiser kan worden aangetoond.
85. ONVERPLICHTE RECHTSHANDELING- Dit wordt in de Belgische rechtsleer en rechtspraak niet tot een afzonderlijke toepassingsvoorwaarde van de pauliaanse vordering gerekend.¹²⁴ Maar het lijkt logisch dat het makkelijker is om een onverplichte handeling van een vennootschap aan te vechten en een verplichte handeling. Traditioneel is een dividenduitkering niet verplicht. Al duiken er meer en meer statuten en aandeelhoudersovereenkomsten op die investeerder aandeelhouders een bepaald rendement beloven en een verplichte uitkering opnemen in de statuten om zo meer investeerders aan te trekken. Deze stemafspraken en aandeelhoudersovereenkomsten blijven overeind zolang ze beperkt zijn in tijd en in overeenstemming zijn met het vennootschapsbelang.¹²⁵

2.2.1.1.1.1.2 bedrog

86. OBJECTIEF EN SUBJECTIEF BEDROG- De voorwaarde bedrog is opgesplitst in het objectieve en het subjectieve bedrog. De schuldenaar moet de bedoeling hebben om zijn schuldeisers te benadelen, dit is het subjectief bedrog. Enkel wanneer de handeling abnormaal was, aanvaardt men dat de schuldenaar wist dat die handeling de schuldeiser ging benadelen. Dit is het objectief bedrog. In het Belgische recht moeten beide types van bedrog apart bewezen worden. De schuldeiser moet bedrog bewijzen in hoofde van de schuldenaar en de wederpartij, want een dividenduitkering is een handeling ten bezwarende titel.¹²⁶
87. WETENSCHAP VAN BENADELING VERSUS SUBJECTIEF BEDROG- In de rechtsleer is er een discussie geweest over de of het criterium nu subjectief bedrog moest zijn of wetenschap van benadeling. Het Hof van Cassatie besliste de discussie door de visie van DE PAGE te bevestigen. De Page stelde dat wanneer schuldeisers een abnormale handeling willen aanvechten het volstaat dat ze wetenschap van benadeling aantonen. Wetenschap van benadeling is eenvoudiger aan te tonen dan het subjectief bedrog. Bij de wetenschap van benadeling is het voldoende om aan te tonen dat de vennootschap niet heeft gehandeld als een bonus pater familias en dat de schuldeiser hierdoor benadeeld is.

¹²³ Gent 23 februari 1999, AJT 1999-2000, 552; Gent 20 juni 1989, RW 1991-92, 504 TGR 1989, 95; 116.

¹²⁴ J. VANANROYE en L. MARIËN, *Fraus en schuldeiserbenadeling in het ondernemingsrecht*, p. 130

¹²⁵ De aandeelhoudersovereenkomsten zijn erkent in door de wetgever met betrekking tot de nv, maar de bepalingen kunnen naar analogie worden toegepast op de bvba, artikel 551 W. Venn.

¹²⁶ zie 1.1

2.2.1.1.1.3 Anterioriteit

88. De schuldvordering van de schuldeiser moet zijn oorzaak hebben voor het moment van paulianeuze handeling.¹²⁷ De schuldvordering moet niet dateren van voor de paulianeuze vordering indien de schuldeiser een subjectief bedrog kan aantonen in hoofde van de schuldenaar.

2.2.1.1.1.4 Medeplichtigheid

89. De medeplichtigheid van de wederpartij van de schuldenaar wordt in de praktijk ook gekwalificeerd als ter kwader trouw. Als de persoon die contracteert met de vennootschap, in casu de aandeelhouder die het dividend ontvangt, op de hoogte is van het feit dat dit een verarming van de vennootschap uitmaakt die voor liquiditeits-problemen kan veroorzaken dan kan de schuldeiser de pauliaanse vordering instelling. De in praktijk zal deze laatste voorwaarde moeilijk te bewijzen zijn.

90. AANDEELHOUDERSAANSPRAKELIJKHEID- Als men bewijst dat de persoon die het dividend ontvangt ter kwader trouw is dan kan men ook de vordering tot aandeelhoudersaansprakelijkheid instellen tegen deze persoon en een verhaalmogelijkheid hebben op zijn privévermogen.¹²⁸

2.2.1.2 zijdelingse vordering

91. DEFINITIE- De zijdelingse vordering vindt zijn wettelijke basis in artikel 1166 B.W. Dit artikel bepaalt: *Niettemin kunnen de schuldeisers alle rechten en vorderingen van hun schuldenaar uitoefenen, met uitzondering van die welke uitsluitend aan de persoon verbonden zijn.* De zijdelingse vordering is een middel dat aan de schuldeiser ter beschikking staat een schuldeisers waarvan de schuldenaar het nalaat zijn opstaande vorderingen te innen. Hierdoor verkleint het vermogen van de schuldenaar. Om hieraan te verhelpen kan men als schuldeiser de schuldenaar zijn recht tegen zijn schuldenaar in handen nemen. De zijdelingse vordering kan worden gebruikt voor vorderingen tussen particulieren en rechtspersonen en tussen rechtspersonen onderling. Met betrekking tot de schuldeiserbescherming is het belangrijk dat de zijdelingse vordering kan worden gebruikt om een vordering in te stellen tegen de vennoten aandeelhouder achter de vennootschap. Het feit dat een vennootschap in vereffening is is niet een voldoende afdoende reden om de vordering onontvankelijk te verklaren, het ontstaan van de samenloop zoals omschreven in artikel 8 hypotheek wet het en het uitspreken van het faillissement wel. Als de zijdelingse vordering wordt toegepast dan ontstaat een drie-partijen- verhouding tussen de vervolgende schuldeiser, de schuldenaar die niet betaalt aan de schuldeiser en de schuldenaar van deze laatste. Deze laatste kan zich in de drie- partijen- verhouding beroepen op alle excepties waarop deze zich kan beroepen ten aanzien van zijn oorspronkelijk schuldeiser. De schuldeiser mag de zijdelingse vordering instellen ten aanzien van een vordering die zich reeds in het vermogen van zijn schuldenaar bevinden opeisen. De schuldeiser mag niet overgaan tot verdere inmenging of overname van beheer in het vermogen van zijn schuldenaar. De zijdelingse vordering is geen remedie om het vermogen van de schuldenaar te redden bij slecht beheer door de schuldenaar.

¹²⁷ Cass. 20 maart 2008, Pas. 2008, I, 776, Fiscooloog 2008, 3, noot A. MISSAL, NjW 2009, 28, noot S. DE RAEDT

¹²⁸ zie 2.2.2.1.2

92. IN NAAM EN VOOR REKENING VAN- De zijdelingse vorderingen zijn een eigen recht om in te stellen door de schuldeiser maar geen persoonlijk recht. De schuldeiser handelt zelf en alleen en niet onder een lastgeving van de schuldenaar. De zijdelingse vorderingen worden ingesteld voor naam en voor rekening van de schuldenaar. Het doel van de zijdelingse vordering is het vermogen van de vennootschap vergroten dat het onderpand van de vennootschap waarop men kan verhalen vergroot.
93. TOEPASSINGSVOORWAARDEN SCHULDEISER- Alvorens de schuldeiser kan overgaan tot het instellen van de zijdelingse vordering moet de schuldenaar van de schuldeiser een stilzittende schuldenaar zijn. Een stilzittende schuldenaar is een schuldenaar die zijn rechten en vorderingen niet benaarstigd. Hij laat als het ware zijn vorderingen aanslepen. Dit moet geen foutief nalaten zijn, het louter nalaten is voldoende. De schuldeiser mag de zijdelingse vordering instellen omdat het vennootschapsvermogen van de schuldenaar anders blijft verkleinen en het onderpand waarop men zou kunnen verhalen zo ontoereikend worden. De schuldeiser moet een belang aantonen, net zoals bij het instellen van elke eis in recht. Het is voldoende dat de debiteur zijn schuld niet zal kunnen voldoende zonder de vordering te innen waardoor de schuldeiser de zijdelingse vordering en rechte in kwestie uit te oefenen. Ten slotte moet je als schuldeiser een zeker en opeisbare schuld hebben ten aanzien van de schuldenaar in wiens vordering of rechten men via de zijdelingse vordering treedt.
94. TOEPASSINGSVOORWAARDEN SCHULDENAAR- De zijdelingse vordering kan worden ingeroepen tegen elk type van schuldenaar: zowel de chirografaire als de bevoorrechte, de contractuele en de buiten-contractuele schuldenaar. De zijdelingse vordering kan worden ingesteld ten aanzien van alle rechten en vorderingen van de schuldeiser die bestaan, zeker en eisbaar zijn. Vorderingen die aan de persoon verbonden zijn uitgesloten van de zijdelingse vordering. Andere vorderingen die zijn uitgesloten van de zijdelingse vordering zijn de vorderingen die betrekking hebben tot de staat van de persoon, opties of loutere mogelijkheden en vorderingen die betrekking hebben op op onbeslagbare goederen. Vorderingen die betrekking hebben op de aarde van de persoon staan niet open voor vennootschappen. Opties en loutere mogelijkheden omvatten geen actueel recht en zijn dus geen onderdeel van het vermogens van de schuldenaar. Indien de schuldenaar zelf de vordering int dan wordt de zijdelingse vordering onontvankelijk verklaard door de rechter. De zijdelingse vordering kan enkel worden ingesteld tegen schuldenaars van de schuldenaar van de schuldeiser. Men mag niet verder gaan in de ketting en vorderingen op onder debiteurs proberen invorderen via de zijdelings vordering, ook al zou dit het vermogen van de schuldenaar kunnen vergroten. Dit werd voor het Hof van Cassatie bevestigd in 1946.

2.2.1.1.3 Nietigheid van de beslissing tot uitkering

95. GEMEENRECHTELIJKE SANCTIE- Uitkering of gelijkgestelde verrichtingen door een vennootschap in strijd met de wet zijn vatbaar voor nietigverklaring. Deze sanctie is het meest voor de hand liggend, vooral als de betrokken wettelijke bepalingen strafrechtelijke gesanctioneerd zijn. Dit is omdat de nietigheid zijn toepassing dan kan vinden op een bewezen ongeoorloofd voorwerp. De bepalingen die betrekking hebben op de instandhouding van het kapitaal zijn van openbare orde.¹²⁹ De nietigheid is een absolute nietigheid. Hierdoor mag elke belanghebbende deze inroepen, waardoor ook de schuldeisers.¹³⁰ De schuldeiser zijn belang is in casu de aandikking van het vermogen van de vennootschap waarop men kan verhalen. In de rechtspraak wordt de absolute nietigheid voorlopig enkel erkend voor de steunverlening bij de verkrijging van aandelen.¹³¹ Voor andere verrichting is voorzien in specifieke vennootschapsrechtelijke sancties. Hieruit kan worden afgeleid dat de nietigheidssanctie impliciet geen toepassing heeft bij de uitkering van de winst op eigenlijk of oneigenlijke wijze.¹³²

96. GEVOLGEN VAN DE OMZETTING VAN DE TWEDE RICHTLIJN- Het Belgische recht laat toe om een onwettige beslissing tot uitkering nietig te laten verklaren. Door de omzetting van de tweede richtlijn heeft deze niet dezelfde gevolgen als een pure Belgische nietigverklaring. Bij de pure Belgische nietigverklaring moeten de partijen de situatie herstellen zoals deze zou zijn geweest moest de beslissing nooit genomen zijn.¹³³ In casu als de beslissing van de algemene vergadering tot uitkering van een dividend zou worden nietig verklaard dan zouden alle aandeelhouders de uitkering waartoe werd besloten door de algemene vergadering moeten worden terugbetaald aan de vennootschap. De tweede richtlijn zorgt voor een beperking op het effect van de nietigverklaring. De richtlijn laat de terugvordering enkel toe ten aanzien van aandeelhouders die ter kwader trouw zijn. Het besluit van de algemene vergadering blijft wel ten alle tijde vernietigbaar onder de voorwaarden van artikel 172 en 180 W. Venn. Daarnaast verliezen de aandeelhouders onder meer het recht om de uitvoering van het besluit tot uitkering te vragen wanneer deze beslissing tot uitkering nietig werd verklaard voor de uitkering effectief heeft plaatsgevonden. De nietigverklaring van het besluit voor de effectieve uitkering heeft ook geen effect op de aandeelhouders ter goeder trouw. Het recht op uitkering van een dividend is een verworven recht waaraan de nietigheid geen afbreuk kan doen, zolang de aandeelhouder ter goeder trouw is.¹³⁴

2.2.1.2 Nederland

97. PAULIAANSE VORDERING- De Pauliaanse vordering wordt geregeld in het Nederlandse Burgerlijke Wetboek.¹³⁵ Ook in het Nederlandse recht is er een onderscheid tussen de gemeenrechtelijke actio

¹²⁹ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 295-346

¹³⁰

¹³¹

¹³² R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 295-346

¹³³

¹³⁴ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p.295-346

¹³⁵ artikel 3:45- 3:48 Nederlands Burgerlijke Wetboek

pauliana en de faillissement pauliana.¹³⁶ In het Nederlandse recht zijn er drie toepassingsvoorwaarden. Ten eerste moet de schuldeiser een vordering hebben jegens de schuldenaar die de benadeelde handeling heeft gesteld. In het Nederlandse recht moet de vordering nog niet opeisbaar zijn.¹³⁷ Het voorwerp van de pauliaanse handeling moet een onverplichte handeling zijn. Dit werd door de Hoge raad in Nederland gedefinieerd als: een handeling die zijn oorsprong niet vindt in een wet of een overeenkomst.¹³⁸ Verder moet één of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden benadeeld zijn opdat ze een beroep kunnen doen op de actio pauliana.¹³⁹ Het moment waarop de schuldeiser zijn recht op invordering doet gelden is doorslaggevend voor de bepaling van de benadeling.¹⁴⁰ Ten slotte is er de vereist van de wetenschap. Deze vereist geldt in dat schuldenaar op het moment van de onverplichte rechtshandeling wist of behoorde te weten dat de uitkering van het dividend van een of meer schuldeiser in hun verhaalsmogelijkheden zou benadelen het gevolg zou zijn. De wetenschap van benadeling dient te bestaan op het moment van het verrichten van de rechtshandeling, dus op het moment van de uitkering van het dividend. Er is duidelijk sprake van benadeling van de schuldeisers wanneer door de uitkering aan de aandeelhouders het vermogen van de uitkerende schuldenaar ontoereikend wordt om alle schuldeisers te betalen. De uitkering aan aandeelhouders kan ook worden gekwalificeerder als een onverplichte rechtshandeling en kan dus het voorwerp zijn van een actio pauliana. Als een dividenduitkering het voorwerp is van een actio Pauliana dan is deze vernietigbaar. Volgens artikel 3:49 N.B.W. kan dit zowel via een buitengerechtelijke verklaring als via een rechterlijke uitspraak. De nietigheid werkt enkel ten voordele van de schuldeiser die de actio pauliana heeft ingesteld en werkt niet verder dan nodig om zijn nadeel op te heffen. Dit heeft tot gevolg dat de schuldeiser na de vernietiging van de uitkering aan de aandeelhouder kan handelen alsof de uitkering niet of slechts gedeeltelijk is verricht.¹⁴¹

98. ZIJDELINGSE VORDERING- Het Nederlandse recht kent de zijdelingse vordering niet als zodanig.¹⁴²

99. NIETIGHEID EN VERNIETIGBAARHEID BESLUIT ALGEMENE VERGADERING¹⁴³- In het Nederlandse recht moet er een duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen de nietigheid van een beslissing van de algemene vergadering en de vernietigbaarheid van dergelijke beslissing. de nietigheid is vergelijkbaar met de nietigheid van een besluit in het Belgische recht. De vernietigbaarheid is te

¹³⁶ T.J. MELLEMA-KRANENBURG, *De actio Pauliana*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 2

¹³⁷ T.J. MELLEMA-KRANENBURG, *De actio Pauliana*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 6.

¹³⁸ J.H. NIEUWENHUIS, C.J.J.M. STOLKER en W. L. VALK, *Burgerlijk wetboek. Tekst & Commentaar*, Deventer, Kluwer, 2009, 1542.

¹³⁹ 4A.S. HARTKAMP, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Verbintenissenrecht. Deel II: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2005, 418.

¹⁴⁰ A.S. HARTKAMP, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Verbintenissenrecht. Deel II: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2005, 419. Zie ook HR 22 september 1995, NJ 1996, 706.

¹⁴¹ A.S. HARTKAMP, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Verbintenissenrecht. Deel II: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2005, 423.

¹⁴² Zie J. SMITS, "Inhoud en werking van de overeenkomst in België en Nederland: een overzicht" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 13.

¹⁴³ P. VAN SCHILGAARDE, *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p. 298-320.

vergelijk met een ontbinding van een beslissing. Artikel 15 Nederlands Burgerlijk wetboek bepaalt zowel de gronden waarop de vernietigbaarheid van een beslissing van vennootschapsorgaan kan worden gebaseerd. Dit kan wegens strijdigheid met de wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, wegens strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid, wegens strijdigheid met reglementen, wegens een wilsgebrek of wegens benadeling van crediteuren. Artikel 14 van het burgerlijk wetboek bepaalt dat een besluit nietig is wanneer deze in strijd is met de wet of de statuten tenzij uit de wet iets anders voortvloeit. De gronden voor nietigheid blijven: door de inhoud of strekking in strijd met de wet of statuten, tenzij uit de iets anders voortvloeit, in strijd met de wettelijk of statutaire bepalingen die bevoegdheid van de verschillende organen regelen, de beslissing is genomen ondanks het ontbreken van een door de wet of de statuten voorgeschreven voorafgaande handeling van of mededeling aan een andere dan het orgaan dat het besluit heeft genomen, in strijd beslissing is genomen in strijd met andere fundamentele totstandkoming voorschriften vof in strijd met de goede zeden. In het Nederlandse recht is er een voorkeur om te opteren voor de vernietigbaarheid van het besluit van het bestuur omdat er dan er dan een specifieke rechtsgrond is waarop men zijn vordering kan baseren.¹⁴⁴

100. AANDEELHOUDERSAANSPRAKELIJKHEID- Een besluit genomen tegen de uitkeringstest kan nietig worden verklaard door een rechter. Deze nietigheid kan worden ingeroepen tegen degene die de uitkering heeft ontvangen, de aandeelhouder. Het bedrag dat onverschuldigd betaalt is kan worden teruggevorderd op basis van artikel 16 B.W. als de beslissing die de oorzaak is voor de uitkering nietig is verklaard.

¹⁴⁴ artikel 3:45 jo/ 59 en artikel 42 Fw.

2.2.2 Specifieke vennootschapsrechtelijke remedies

2.2.2.1 België

101. INLEIDING- Als we kijken naar de aansprakelijkheidsvorderingen die men zou kunnen instellen dan is er in de eerste plaats de aansprakelijkheid van het bestuur van de bvba, meestal uitgevoerd door een zaakvoerder.¹⁴⁵ Indien er een college van zaakvoerders is kunnen deze hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de schade die het gevolg is van de overtreding van het wetboek van vennootschappen en/of van de statuten van de vennootschappen.¹⁴⁶ Vervolgens is er een mogelijkheid om de aandeelhouders aansprakelijk te stellen en ten slotte kan ook de commissaris revisor aangesproken worden. Bij de commissaris kan men overgaan tot het instellen van de aansprakelijkheidsvordering wanneer door een onvoldoende uitvoering van zijn taak de overtreding mogelijk werd gemaakt.¹⁴⁷ Ten slotte is er voor de schuldeiser bij de uitvoering van de reële kapitaalvermindering de mogelijkheid om een zekerheidstelling te vragen, deze zorgt voor een opschorting van de uitkering van de activa van de bvba.

2.2.2.1.1. Aansprakelijkheidsvorderingen

2.2.2.1.1.1 Aansprakelijkheid van de zaakvoerder

102. DRIE WIJZE VAN AANSPRAKELIJKHEID- Derden, in casu de schuldeisers kunnen de zaakvoerder of het college van zaakvoerders persoonlijk aansprakelijk stellen voor onregelmatigheden begaan bij het de uitkering van de winsten. Het bestuursorgaan van een vennootschap kunnen niet omwille van loutere beleidsfouten aansprakelijk worden gesteld. De vordering tot aansprakelijkheid kan wel door derde worden ingesteld omwille van drie redenen:

Het tekort in het vermogen van de vennootschap bij faillissement indien kennelijk grove fout kan worden aangetoond in hoofde van het bestuur

Een inbreuk op het wetboek vennootschappen of de statuten van de vennootschap

Of schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm¹⁴⁸

De zaakvoerder van de vennootschap kan niet worden bevrijd voor zijn mogelijke aansprakelijkheid louter door het feit dat de algemene vergadering het orgaan is van de vennootschap dat besluit neemt tot de uiteindelijk winstbesteding.

103. SCHENDING ALGEMENE ZORGVULDIGHEIDSNORM- Wanneer men vaststelt dat de handeling gesteld door de zaakvoerder of het college van zaakvoerders voor rekening van de vennootschap kennelijk foutief is en deze gedraging heeft tevens schade aan derde veroorzaakt lijkt de conclusie te moeten zijn dat deze handeling meestal ook een schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht zal uitmaken.¹⁴⁹ Het andere noodzakelijk element dat aanwezig moet zijn om te besluiten tot een

¹⁴⁵ equivalent van bestuurders aansprakelijkheid bij de nv.

¹⁴⁶ artikel 263 W. Venn.

¹⁴⁷ Artikel 142-144 W. Venn.

¹⁴⁸ artikel 1382 B.W.

¹⁴⁹ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p 295.

onrechtmatige daad of een schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht is het oorzakelijk verband. Een voorbeeld van de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm is het geval waarin uitkeringen worden goedgekeurd op basis van gegevens opgenomen in de jaarrekening opgesteld op het einde van het boekjaar en goedgekeurd op de jaarlijkse algemene vergadering. In de tijd tussen het opstellen van de jaarrekening en de jaarvergadering is de economische toetsen van de vennootschap grondig gewijzigd maar hier wordt geen melding van gemaakt op de jaarvergadering. Deze gegevens waarop de jaarvergadering zijn besluit neemt tot uitkering van de winst is gebaseerd op een achterhaalde jaarrekening. De jaarrekening geeft de situatie weer zoals op het einde van het vorige boekjaar wanneer er nog wel ruimte was voor de uitkering van de winsten maar de actuele toestand van de vennootschap laat dit niet meer toe.

104. SCHADE- Indien er een uitkering van middelen van de vennootschap plaatsvindt waardoor deze onvermogen wordt, dan wordt verondersteld dat bij de uitkering minstens een algemene zorgvuldigheidsverplichting is geschonden.¹⁵⁰ De schade die de derde, schuldeiser, moet aantonen is de verslechtering van de financiële toestand van de vennootschap ingevolge de uitkering. Derde kunnen in de praktijk meestal slechts in geval van faillissement van de bvba een aansprakelijkheidsvordering instellen, aangezien in het andere geval de schade niet definitief vaststaat. Al sluit niets uit dat in de functie van de concrete omstandigheden van een welbepaald geval ook buiten een faillissementsprocedure reeds een schadeaanspraak kan ontstaan. De vennootschap beschikt los van enige faillissementsscenario hoe dan ook over een vordering tot schadevergoeding, die door derde eventueel zou kunnen worden geactiveerd via de techniek van de zijdelingse vordering, artikel 1166 BW.¹⁵¹
105. OORZAKELIJK VERBAND- Het aantonen van het oorzakelijk verband is eenvoudig. Als er geen uitkering van de middelen van de vennootschap plaats had gevonden, was er een grotere kans dat de vordering van de schuldeiser zou voldaan zijn. Als de uitkering van de middelen tot het onvermogen van de vennootschap leidt dan wordt er vermoed dat het oorzakelijk verband is bewezen.
106. MARGINAAL TOETSEN- De rechter moet de situatie marginaal toetsen. Er moet een in concreto vergelijking worden gemaakt met de normale zorgvuldige zaakvoerder en of deze met dezelfde kennis dezelfde beslissing zou hebben genomen. Indien de beoordeling van de rechter een overtreding van de bonus pater familias norm vaststelt dan is de zaakvoerder aansprakelijk als de toepassingsvoorwaarden. Deze hypothese wordt frequent toegepast binnen het faillissement maar wordt bij andere procedures niet bewezen zijn altijd met hetzelfde succes toegepast.
107. A PRIORI TOETSING- Bij de beoordeling van dergelijke situatie moet de rechter een a priori toetsing uitvoeren. De rechter moet zich verplaatsen in de schoenen van de zaakvoerder op het moment dat het besluit tot winstuitkering werd gemaakt door de algemene vergadering. De rechter

¹⁵⁰ O. RALET, *responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, De Boek & Larcier, 1996, p. 95, nr. 67

¹⁵¹ R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p.316.

kan enkel rekening houden met wat de zaakvoerder wist op het moment dat het besluit tot winstuitkering werd genomen.¹⁵²

108. INBREUK WETBOEK VENNOOTSCHAPPEN- Een inbreuk op het wetboek vennootschappen in het kader van een dividenduitkering binnen een bvba, zal bijna zeker een inbreuk uitmaken op artikel 320 W. Venn. Dit kan door bijvoorbeeld een dividend uit te keren zonder dat deze is goedgekeurd door de algemene vergadering of bij de uitkering van een oneigenlijk dividend het niet boeken van de onbeschikbare reserve. De loutere inbreuk op het wetboek vennootschappen die kan worden toegerekend aan het bestuur van de vennootschap is voldoende om de aansprakelijkheidsvordering in te stellen.

109. INBREUK STATUTEN VAN DE VENNOOTSCHAP- Een inbreuk tegen de statuten in het kader van een dividend uitkering kan bijvoorbeeld de schending van de verplichting tot aanleggen van een bijkomende reserve uitmaken. De loutere inbreuk op de statuten van de vennootschap die kan worden toegerekend aan het bestuur van de vennootschap is voldoende om de aansprakelijkheidsvordering in te stellen.

110. INTRIMDIVIDEND- Indien er bij de uitkering van het dividend, zoals bij het interim-dividend, geen tussenkomst van de algemene vergadering is vereist dan is het aansprakelijkheidsrisico van de zaakvoerder groter. De zaakvoerder maakt hier zelf de keuze met betrekking tot de winstbestemming en draagt daarvoor dan ook de volledige verantwoordelijkheid en de bijhorende aansprakelijkheid.¹⁵³ In de bvba is de uitkering van een interim-dividend niet mogelijk. Deze mogelijkheid valt buiten het onderzoek dat in deze meesterproef wordt behandeld en zal verder niet worden besproken.

2.2.2.1.1.2 Aandeelhouders aansprakelijkheid

111. SITUERING- De bvba is een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en een afgescheiden vermogen. Een gevolg is dat de aansprakelijkheid van de aandeelhouders beperkt is tot hun inbrengen. Uitzonderingen op de beperkte aansprakelijkheid zijn: de oprichters aansprakelijkheid, een aandeelhouder die een zaakvoerders mandaat opneemt en de verenging van de aandelen in één hand.

112. OPRICHTERAANSPRAKLIJKHEID- De oprichtersaansprakelijkheid is een uitzondering op het principe van de beperkte aansprakelijkheid van de vennoot oprichter bij vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van een oprichter kan in België gevonden worden in artikel 227, 5° W. Venn. Dit artikel bepaalt: *Niettegenstaande elk hiermee strijdig beding, zijn de*

¹⁵² J. RONSE en J. LIEVENS, *L'administration des sociétés, la responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite* in *Les sociétés commerciales*, O.c., p. 193, nr 10 e.v: O. RALET, *Résponsabilités des dirigeants des sociétés*, o.c., nr. 54

¹⁵³ R. TAS, "uitkering aan aandeelhouders en daarmee gelijkgestelde verrichtingen, enkele knelpunten, 20 jaar na de tweede en vierde richtlijn", in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, o.c., (139), nr. 47 en J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, o.c., 1975, 468-469.

oprichters jegens de belanghebbenden hoofdelijk gehouden: voor de verbintenissen van de vennootschap, naar een verhouding die de rechter vaststelt, in geval van faillissement uitgesproken binnen drie jaar na de oprichting, indien het maatschappelijk kapitaal of in het geval bepaald in artikel 211bis, het eigen vermogen en de ondergeschikte middelen, bij de oprichting kennelijk ontoereikend waren voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar. Het financieel plan, voorgeschreven krachtens artikel 215, wordt in dit geval door de notaris, op verzoek van de rechter-commissaris of van de procureur des Konings, aan de rechtbank overgelegd. Indien de bvba failliet gaat de eerste drie jaar na oprichting kan de rechtbank het financieel plan van de vennootschap opvorderen. Het financieel plan is een verplichting ingeschreven in artikel 215 W. Venn. voor elke vennootschap in België die wordt opgericht. Dit financieel plan moet worden opgemaakt op maat van de vennootschap, met een kapitaal zoals nodig voor *business* die de vennootschap wil voeren. De rechter kan het financieel plan opvragen en controleert of het faillissement te wijten is aan ontoereikend kapitaal. Als de rechter het aanvangskapitaal ontoereikend vindt dan kunnen de oprichters van de vennootschap aansprakelijk worden gesteld, en de schuldeiser kunnen hun openstaande schuld verhalen op het persoonlijk vermogen van de oprichters. Het feit dat de oprichters het minimumkapitaal hebben volstort is niet afdoende om de aansprakelijkheid te ontlopen. De oprichtersaansprakelijkheid is geen aandeelhouders aansprakelijkheid. Het heeft enkel betrekking op de originele oprichters van de vennootschap, ook al is deze geen aandeelhouder meer.¹⁵⁴

113. COMBINATIE MET ZAAKVOERDERS MANDAAT- De aandeelhouder die ook in het bestuur van de vennootschap zetelt kan aansprakelijk worden gesteld voor zijn daden die hij stelt als zaakvoerder. Dit is geen aandeelhoudersaansprakelijkheid maar de aansprakelijkheid van de zaakvoerder.¹⁵⁵

114. VERENIGING AANDELEN IN 1 HAND- In het algemeen stelt de vereniging van aandelen in de bvba in één hand geen probleem.¹⁵⁶ Als de aandelen in één hand worden verenigd zal de enige vennoot die handelt in de plaats van de algemene vergadering worden vermeld in een register dat op de zetel van de vennootschap wordt bijgehouden.¹⁵⁷ Voor de aansprakelijkheid van de enige vennoot zijn de gevolgen verschillend naar gelang de aard van de enige vennoot. Als de enige vennoot een natuurlijke persoon is staat deze persoon hoofdelijk borg, voor de verbintenissen van de vennootschappen. De natuurlijke persoon staat niet langer hoofdelijk borg zodra een nieuwe vennoot in de vennootschap wordt opgenomen of zodra de ontbinding van de vennootschap wordt bekendgemaakt.¹⁵⁸ Als de enige aandeelhouder van de vennootschap een rechtspersoon is dan is deze is na één jaar nog steeds de enige extra vennoot of de ontbinding van de vennootschap niet is aangevraagd dan zal de rechtspersoon als enige aandeelhouder is hoofdelijk borg staan voor alle

¹⁵⁴ HvB GEnt (7e kamer) 3 mei 2011 A.R., 1995/AR/1134, 2262 en 2263.

¹⁵⁵ zie 2.2.2.1.1.1

¹⁵⁶ De bvba is actueel de enige vennootschapsvorm in het Belgische recht met beperkte aansprakelijkheid die door één persoon kan worden opgericht. Dit is de E-BVBA, een type van de BVBA met zijn eigen set van regels met betrekking tot aandeelhouders aansprakelijkheid en valt buiten het onderzoeksgebied van deze meesterproef, artikel 211 W. Venn.

¹⁵⁷ Artikel 279 W. Venn.

¹⁵⁸ Artikel 212 W. Venn.

verbintenissen van de vennootschap ontstaan na de vereniging van de aandelen in één hand. Dit tot het ogenblik er een extra vennoot komt of de vennootschap wordt ontbonden.¹⁵⁹

115. AANDEELHOUDER MET MEERDERHEID- Om tot het besluit van uitkering tot een klassiek dividend te komen is beslissing is een gewone meerderheid voldoende. Een aandeelhouder die meer dan 50% van de aandelen heeft van een bvba heeft de mogelijkheid om alleen te beslissen waartoe het vermogen van de vennootschap zal worden aangewend. Men kan deze absolute macht opvangen door in de statuten strengere bepalingen op te nemen met betrekking tot de meerderheid waarmee de uitkering van dividend moet worden gestemd. Maar het feit dat één aandeelhouder alle macht heeft en de mogelijkheid heeft om een beslissing door te duwen heeft geen invloed op de aansprakelijkheid van de meerderheidsaandeelhouder. De aandeelhouder die de meerderheid van de aandelen bezit heeft deze ooit moeten verwerven. Hij loopt een groter risico dan de andere aandeelhouders als de vennootschap bijvoorbeeld wordt vereffend om niet zijn volledige inbreng terug te verwerven indien het vermogen van de vennootschap ontoereikend blijkt.¹⁶⁰

116. RECHT TOT TERUGVORDERING- Als een derde de nietigheid van het besluit van de bestemming van de winst vraagt moet men controleren of het enkel de ten onrechte uitgekeerde dividend betreft of ook het onderliggende besluit van de algemene vergadering. Als het over een onterecht uitgekeerd dividend gaat is artikel 198 van toepassing. Artikel 198§ 1, tweede lid W. Venn bepaalt dat de vordering van derde tot teruggave van ten onrechte uitgekeerde dividenden door verloop van vijf jaren te rekenen van de uitkering. De termijn begint te lopen van het tijdstip van betaalbaarstelling van het dividend. Indien de vennootschap zelf het ten onrechte uitgekeerde dividend wilt terugvorderen, blijft de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van toepassing.¹⁶¹ Bij het toepassen van het recht op terugvordering moet er echter een duidelijk onderscheid worden gemaakt op basis van welke rechtsgrond de terugvordering van het uitgekeerde dividend steunt. Als het recht op terugvordering ook betrekking heeft op een nietigverklaring op een besluit van de algemene vergadering dan is de verjaringstermijn voor het aanvechten van het besluit korter. De verjaringstermijn voor de nietigheidsvordering van besluiten van de algemene vergadering is slechts 6 maanden. Dit is bijvoorbeeld het geval als er een niet-naleving van bepaalde procedureregels van de algemene vergadering kan worden aangetoond.

117. VAN WIE KAN WORDEN TERUGGEVORDERD- De omzetting van de tweede richtlijn had geen verplichte gevolgen moeten hebben voor de bvba. De Belgische wetgever besloot om de verplichtingen opgenomen in de tweede richtlijn op een aangepaste wijze ook van toepassing te maken op de bvba, die zich buiten het toepassingsgebied van de richtlijn bevindt. Artikel 16 van de richtlijn bepaalt dat ten aanzien van wie een objectieve of subjectieve ter kwader trouw kan worden aangetoond het uitgekeerde dividenden terugvorderbaar moeten worden gemaakt. De Belgische wetgever heeft voor de bvba deze bepaling omgezet in artikel 320 W. Venn. Het is voldoende dat de vennootschap bewijst dat dat de begunstigde wist dat de uitkering in strijd was met de wettelijke

¹⁵⁹ <http://www.bibf.be/Index.asp?Idx=1486>

¹⁶⁰ Artikel 212 W. Venn.

¹⁶¹ artikel 2262 bis B.W.

voorschriften. In de toelichting van het artikel maakt de Europese wetgever duidelijk dat de bepaling in de richtlijn niet tot doel heeft om het mogelijk te maken reeds uitgekeerde dividenden toegekend aan aandeelhouder ter goeder trouw terugvorderbaar te maken. Het doel van de bepaling is het creëren van een evenwicht tussen de belangen van de schuldeisers van de vennootschap en de aandeelhouders die ter goeder trouw zijn. Door de omzetting van deze bepaling in het nationale recht wordt te toepassing van de onrechtmatige verrijking met betrekking tot de terugvordering van onrechtmatig uitgekeerde dividenden te bekomen enkel de terugvordering van dividenden uitgekeerd aan aandeelhouders ter kwader trouw. De uitkeringen die hebben plaatsgevonden en niet kunnen worden teruggevorderd van aandeelhouders ter goeder trouw worden uiteindelijk ook aangerekend op het vennootschapsvermogen.

2.2.2.1.1.3 Aansprakelijkheid commissaris

118. SITUERING- Artikel 140 W. Venn. bepaalt voor welke handelingen de commissaris aansprakelijk kan worden gesteld. Het eerste lid heeft betrekking op de interne aansprakelijkheid van de commissaris. Deze kunnen niet worden ingesteld door de schuldeisers van de vennootschap. Het tweede lid heeft het over de mogelijke overtredingen waarvoor derde en de vennootschap zelf de commissaris aansprakelijk kunnen stellen. Dit kan voor overtredingen van het wetboek vennootschappen en de statuten van de vennootschappen.

119. EXTERNE AANSPRAKELIJKHEID- Een commissaris kan enkel aansprakelijkheid ten belope van derde oplopen als de gedraging die hem ten laste wordt gelegd kunnen worden gekwalificeerd als een overtreding van het wetboek vennootschappen en de statuten van de vennootschappen.¹⁶² Net als voor de bestuurdersaansprakelijkheid zal de rechter zich moeten baseren op het criterium van de marginale toetsing

2.2.2.1.2 Sui generis: kapitaalvermindering: opschorting vordering tot uitkering

120. BESCHERMING SCHULDEISERS- Bij een reële kapitaalvermindering zoals bepaalt in artikel 317 W. Venn. is een zekerheidstelling vereist. Alleen schuldeisers die beschikken over een schuldvordering die ontstaan is voor het besluit tot kapitaalvermindering en die op moment van de publicatie in het Belgische Staatsblad nog niet is vervallen hebben het recht om een zekerheid te eisen. Schuldeisers die hun vordering ontstaat na de bekendmaking in het Belgische staatsblad van het besluit tot reële kapitaalvermindering hebben met de vennootschap gecontracteerd met kennis van zaken. Zij die contracteren na de publicatie zouden kennis moeten hebben van de kapitaalvermindering op het ogenblik dat zij hun overeenkomst sluiten en stemmen dus impliciet in het mogelijke verhaal op het verminderde kapitaal en vermogen van de vennootschap. De schuldeisers die hun recht op zekerheidstelling wensen te gebruiken moeten binnen een termijn van twee maanden na de publicatie van het besluit tot kapitaalvermindering in het Belgische staatsblad, melden bij de vennootschap. Dit is een vervaltermijn. Als de schuldeisers zich niet binnen twee maanden melden na publicatie dan vervalt hun recht op zekerheidstelling.

¹⁶² Artikel 140 lid 2 W. Venn.

121. PROCEDURE- Nadat de schuldeiser zich heeft aangemeld bij zijn schuldenaar die een kapitaalvermindering wenst te doen moeten beide partijen een akkoord proberen bereiken over de zekerheidstelling die schuldeiser krijgt in ruil voor zijn instemming. Als de partijen niet tot een akkoord geraken moet het conflict worden voorgelegd aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel die bevoegd is door het arrondissement waarbinnen de vennootschap haar zetel heeft. De rechter beslist dan welke zekerheidstelling hij afdoende vindt om de vennootschap te laten overgaan tot de uitkering van de kapitaalvermindering.
122. ONTWIJKEN RECHT OP ZEKERHEIDSTELLING- De vennootschap kan de procedure van het recht op zekerheidstelling vermijden door de schuldvordering op de vennootschap vervroegd te betalen, onder aftrek van een disconto. Deze vorm van onmiddellijk voldoening kan enkel worden gebruikt voor een schuldvordering die betrekking heeft op een betaling van een som geld. De schuldeiser kan de onmiddellijk terugbetaling niet weigeren. De wet bepaalt niet hoe het disconto moet worden berekend.

2.2.2.2 Nederland

123. BESTUURSAANSPRAKELIJKHEID VOOR UITKERING DIVIDEND- Indien het bestuur van de BV toch besluit tot uitkering ten voordelen van de aandeelhouders van de winst na contra indicatie na de liquiditeitstest ten aanzien van de mogelijkheid om de schulden nog te betalen na de uitkering van de winsten, dan lopen zijn het risico persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld.¹⁶³ In het Nederlandse recht kunnen de aandeelhouders de uitbetaling van de winsten niet doorzetten zonder de goedkeuring van het bestuur. Het besluit tot uitkering van de winsten van de algemene vergadering heeft geen gevolg zolang het bestuur deze niet goedkeurt. De goedkeuring van het best kan worden afgeleid uit een expliciete bestuursbesluit, uit de loutere betaalbaarstelling van de uitkering of uit andere gedragingen van het bestuur. Verslechter de financiële situatie van de vennootschap na de verleende goedkeuring maar voor de daadwerkelijk uitkering, dan zal het bestuur een nieuwe afweging moeten maken en indien deze negatief is de goedkeuring alsnog intrekken. Hetzelfde type van aansprakelijkheid valt ook op een persoon die geen lid is van het bestuur maar het beleid van de BV mee heeft bepaald of mede heeft bepaald op basis van lid 4 artikel 216 B.W. ook op de mede beleidsbepaler kan de aansprakelijkheid op basis van de onrechtmatige daad van toepassing zijn. De Bestuurder kan de aansprakelijkheid weerleggen als hij bewijst dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van de maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. De wettelijk basis voor het weerleggen van de aansprakelijkheid kan gevonden worden in artikel 216, lid 3, derde zin. Lid 11 van artikel 2: 216 B.W. sluit de aansprakelijkheid van de bestuurders ook uit voor de uitkeringen in de vorm van bonusaandelen of stockdividend omdat deze het eigen vermogen van de BV niet aantasten en er dus ook geen benadeling is van de schuldeisers.
124. AANDEELHOUDERSAANSPRAKELIJKHEID- De enige reden waarom in Nederland aandeelhouders aansprakelijk kunnen worden gesteld is dat deze een besluit hebben genomen tegen de geest

¹⁶³ Artikel 2:216 N.B.W.

uitkeringstest in. Deze beslissing kan nietig worden verklaard door een rechter. Deze nietigheid kan worden ingeroepen tegen degene die de uitkering heeft ontvangen, de aandeelhouder. Het bedrag dat onverschuldigd betaald is kan worden teruggevorderd op basis van artikel 2:16 B.W. als de beslissing die de oorzaak is voor de uitkering nietig is verklaard.

125. ENKEL INGESTELD DOOR DE VENNOOTSCHAP- De bestuur zijn aansprakelijkheid is enkel ten aanzien van de vennootschap. De vennootschap moet de vordering tot aansprakelijkheid dus zelf instellen. De vennootschap kan de bestuurders decharge verlenen met betrekking tot de uitkering. De rechter kan dit besluit vernietigen als dit bijvoorbeeld strijdig is met de redelijkheid en de billijkheid. De bestuurs en aandeelhoudersaansprakelijkheid omvat het tekort dat door de uitkering is ontstaan met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. Het tekort moet restrictief worden geïnterpreteerd. De omvang van de aansprakelijkheid is getopt op het volledige bedrag van de uitkering, vermeerderd met de wettelijk rente. Als het ontstane betalingstekort van de BV lager dan het uitgekeerd bedrag dan is de aansprakelijkheid van de bestuurders beperkt tot het bedrag van het betalingstekort.
126. AANSPRAKELIJKHEID RAAD VAN COMMISSARISSEN- De bevoegdheden van de raad van commissarissen staan beschreven in artikel 2:250 lid 2 NBW. De raad van commissarissen controleert de bestuurder in de uitvoering van hun taak en controleert of dit gebeurt in de geest van het vennootschapsbelang. De raad van commissarissen moet ten minste één maal per jaar schriftelijk een overzicht van de bestuurlijke hoofdlijnen, het financieel beleid, algemene financiële risico's, de beheerders en de controlesystemen ontvangen. De raad van commissarissen kan zowel interne als extern aansprakelijk worden gesteld. Men kan door de vennootschap zelf worden aangesproken indien er een onvoldoende toezicht is binnen de uitoefening van zijn mandaat. Dit kan bijvoorbeeld als er een gebrek is aan controlemomenten waarop het beleid kan worden bijgesteld of stopgezet. In casu zal de interne aansprakelijkheidsvordering meestal ook worden ingesteld tegen het bestuursorgaan van de vennootschap. De raad van commissarissen loopt ook het risico van externe aansprakelijkheid, wat belangrijk is voor schuldeisers. Deze vordering kan worden ingesteld als de raad van commissarissen de openbaar gemaakte jaarrekening misleidende informatie bevat. Dit is een hoofdelijke aansprakelijkheid gedeeld met de bestuurders van de vennootschap.¹⁶⁴
127. OPSCHORTING UITBETALING- In het Nederlandse recht is er voor de BV geen gelijkaardige regeling met betrekking tot schuldeiserbescherming bij de reële kapitaalvermindering zoals deze in België geldt.

¹⁶⁴ P. VAN SCHILFGAARDE e.a. *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, p 263-267. en R. VAN DER KUIJP, *Ondernemingsrecht, een praktische handleiding*, Apeldoorn, Maklu, 2014, p. 107-117.

3. Mogelijke wijziging in de stijgers

3.1 Gedachtewisseling

128. In november 2015 kondigde de minister van justitie, Koen Geens, de hervorming van het wetboek vennootschappen aan. Deze mogelijk hervorming werd in de Kamer van Volksvertegenwoordigers besproken in een gedachtewisseling met de deskundige van het Belgische centrum voor vennootschapsrecht.¹⁶⁵
129. PROBLEEMSTELLING- Bij een grondige analyse van het Belgische vennootschapsrecht valt op dat veel wetsbepaling een Europese oorsprong hebben. Deze bepalingen zijn afkomstig uit de harmonisatierichtlijnen met betrekking tot vennootschappen waaronder de tweede richtlijn.¹⁶⁶ De tweede richtlijn betreft de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal. Bij de omzetting van deze richtlijn werd door de Belgisch wetgever de techniek *gold plating* genoemd gebruikt. Dit is de techniek waarbij lidstaten overgaan tot een strengere omzetting van richtlijnen omdat deze slechts in een minimumharmonisatie voorzien.¹⁶⁷ In België werden de meerderheid van de bepalingen die volgens het toepassingsgebied van de tweede richtlijn enkel op de nv van toepassing moesten zijn ook van toepassing gemaakt op de bvba.
130. NEDERLAND- In Nederland was op het moment van de invoering van tweede richtlijn geen juridisch equivalent voor de Belgische bvba. De bepalingen die door de harmonisatie moesten worden ingevoerd hadden tot gevolg dat in Nederland naar een alternatieve vennootschapsvorm werd gezocht die niet onder het toepassingsgebied van de tweede richtlijn valt. Het resultaat van deze oefening werd de BV, een zeer flexibele vennootschapsvorm die tot een van de meest succesvolle vennootschapsvormen van Europa is geëvolueerd.
131. EUROPESE INVLOEDEN- De Europese invloeden op het Belgische vennootschapsrecht zijn niet beperkt tot de loutere omzetting van de richtlijnen. Het Hof van Justitie gebruikt zijn bevoegdheid met betrekking tot vrij verkeer van goederen, diensten en personen voor de verdere uitdieping van de Europese greep op de wetgeving van de lidstaten met betrekking tot de vennootschappen.

¹⁶⁵ Gedachtenwisseling met de minister van Justitie en met deskundige van het Belgische centrum voor vennootschapsrecht over de modernisering van het vennootschapsrecht, *Parl.st.*, Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 2015, 1500/011.

¹⁶⁶ Richtlijn 2006/68/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 september 2006 tot wijziging van Richtlijn 77/91/EEG van de Raad met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal

¹⁶⁷ K. MARESCEAU., *De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese unie na de arresten Cartesio en Vale*, Finanical Law Institute Working Paper Series, WP 2012-6, Gent, p. 46

132. HERVORMING BVBA- De hervorming aangekondigd door Koen Geens heeft tot doel een grondige hervorming te zijn. Waarvan een van de pijlers de grondige hervorming van de bvba zal uitmaken. Het algeheel doel van de hervorming is België aantrekkelijker maken als vestigingsplaats voor ondernemingen en voor investeringen. Dit door hun een efficiënt werkinstrument ter beschikking te stellen. Voor de bvba is de mogelijk belangrijkste voorgestelde wijziging de mogelijke afschaffing van het maatschappelijk en minimumkapitaal. De experts willen het begrip kapitaal een meer economisch gerichte en realistische invulling willen.
133. INTERNE VERHOUDINGEN- De bepalingen die nu veeleer dwingend recht uitmaken met betrekking tot de overdraagbaarheid van de aandelen transformeren naar bepalingen van suppletief recht. De interne verhoudingen van de aandeelhouders zouden niet langer worden bepaald op basis van de fractiewaarde van het kapitaal maar zouden conventioneel of statutair kunnen worden vastgelegd. Door de mogelijkheid van conventioneel of statutair te moduleren zou het mogelijk zijn om de regel van één aandeel, één stem suppletief te maken. Deze zou dan enkel gelden indien de statuten geen bepaling bevatten of er conventioneel niet van wordt afgeweken. Ook de toetreding, terugtrekking of uitsluiting in de bvba zou mogelijk worden gemaakt ten laste van het vermogen van de vennootschap, zoals dit mogelijk is bij de coöperatieve vennootschap. Dit met doel om ook de bvba een aantrekkelijke vennootschapsvorm te maken in kringen waar een bepaalde soepelheid is vereist.
134. EXTERNE VERHOUDINGEN- Op extern vlak moet er bijzondere aandacht worden gegeven aan de rechten van de schuldeisers. De afschaffing van het maatschappelijk kapitaal zou niet tot gevolg mogen hebben dat deze hun rechten worden aangetast. Er moeten alternatieven komen die de belangen en rechten van de schuldeisers veiligstellen op een doeltreffende, economische en realistische wijze. De experts van het Belgisch centrum voor vennootschap recht stellen voor dat de reeds in het wetboek van vennootschappen opgenomen vereiste voor de oprichting van een vennootschap, het opstellen van een economisch plan zal verder moeten worden uitgediept. Dit om te verzekeren dat de oprichters van een vennootschap bij de oprichting van een bvba en voldoende en een toereikend vermogen ter beschikking stellen van de vennootschap voor de in het uitzicht gestelde activiteiten.¹⁶⁸ Een ander aandachtspunt is de verdeling van de winst, een beslissing waar een vennootschap volledig autonoom kan toe overgaan. Deze beslissing kan enorme gevolgen hebben voor de belangen van de schuldeisers. De deskundigen van het Belgische centrum voor vennootschapsrecht stellen een dubbele solvabiliteitstest voor: de solvabiliteitstest of netto-actief test in combinatie met de liquiditeitstest. Deze modus operandi werd ontwikkeld door de Europese Commissie in een rapport van de High level IV slim group, het Slim-Plus rapport.¹⁶⁹ De uitvoering van de testen wordt verdeeld over de algemene vergadering en de raad van bestuur, waardoor men gedeelde verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid creëert. De solvabiliteitstest zou de test zijn die

¹⁶⁸Gedachtenwisseling met de minister van Justitie en met deskundige van het Belgische centrum voor vennootschapsrecht over de modernisering van het vennootschapsrecht, *Parl.st.*, Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 2015, 1500/011, p. 9

¹⁶⁹ THE HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS, *Report of the high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe*, Brussel, 2002, 165 p.

eerst zou moeten worden uitgevoerd, onder de bevoegdheid van de algemene vergadering. Bij het uitvoeren van deze test wordt er onderzocht of de winstuitkering niet het effect heeft dat het netto-actief niet in het rood wordt geduwd. Het netto-actief begrip blijft op dezelfde wijze gedefinieerd zoals dit in het actuele recht is terug te vinden in artikel 320 W. Venn. De bestuursorganen worden bevoegd voor het uitvoeren van de liquiditeitstest. Deze test heeft tot doel te bepalen dat na de uitkering van de winst de betaling van de schulden niet onmogelijk wordt. De commissaris zal deze liquiditeitstest, uitgevoerd door de bestuursorganen moeten controleren. Deze liquiditeitstest is in tegenstelling tot de balanstest eerder een bepaling gerelateerd aan de insolventieprocedure.¹⁷⁰ Deze opstelling is een kopie van het voorstel van het SLim rapport en de actuele Nederlandse wetgeving.

135. Andere regels in het huidige wetboek van vennootschappen zijn opgenomen, die betrekking hebben op schuldeiserbescherming zullen blijven bestaan. Deze zullen moeten worden geherformuleerd omdat deze niet langer hun basis kunnen vinden in het concept van het maatschappelijk kapitaal. De bepalingen die betrekking hebben op de terugkoop van eigen aandelen (artikel 321-331 W. Venn.) , financiële bijstand (artikel 329 W. Venn.) , alarmbelprocedure (artikel 332-333 W. Venn.) , verplichte verantwoording van waardebepaling van inbrengen in natura (artikel 218-219 W. Venn.).

¹⁷⁰ D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers. Een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeiserbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 722-723.

3.2 Vennootschappelijk gerelateerde gevolgen van de drang naar competitiviteit van het wetboek vennootschappen: een evaluatie van de mogelijk wetswijziging

3.2.1 Efficiënte en effectieve toepassing van de schuldeiserbescherming

137. PROBLEEMSTELLING- In de gedachtewisseling wordt enkel gesproken over de mogelijk aanpassing van de preventieve beschermingsmechanismen van de schuldeisers aan de afschaffing van het maatschappelijk kapitaal. De hanghavingsmechanismen worden niet besproken. De regels die de schuldeisers moeten beschermen vormen een geheel dat perfect op elkaar moet zijn afgesteld. Als de regels geen sluitend net vormen dan is het mogelijk dat geld uit de vennootschap verdwijnt zonder dat de mogelijke risico's voor de schuldeisers zijn toegedekt. Bij de aanpassing van deze bepalingen moet er rekening gehouden met de economische aspecten van de bedrijfsvoering en de wetswijziging. In de praktijk worden de aansprakelijkheidsvorderingen slechts zelden ingesteld en als ze worden ingesteld zijn er niet altijd even succesvol. Als de wetgever kan ingrijpen op het beperkte succes van de huidige beschermingsmechanisme en deze mechanisme echte tanden geven dan lijkt er mij geen enkel probleem te zijn met betrekking tot de afschaffing van het minimumkapitaal.

3.2.2 De werkelijk en de statutaire zetelleer

138. PROBLEEMSTELLING- Een belangrijke andere overweging die in rekening moet worden gebracht bij de hervorming van het wetboek vennootschappen is de invloed van het internationaal privaatrecht. België volgt binnen het internationaal privaatrecht voor de bepaling van het toepasselijk recht de werkelijke zetelleer. Deze bepaalt dat een vennootschap pas de Belgische 'nationaliteit' kan hebben als de werkelijk zetel in België ligt. Dit wil zeggen dat de werkelijk leiding over de vennootschap zich in België moet bevinden om onder toepassing van de Belgische vennootschapswetgeving te vallen. De tegenhanger van de werkelijk zetelleer is de statutaire zetelleer. Hierbij bepaalt de vennootschap zelf welke nationaliteit zij het aanneemt in haar statuten en bijgevolg ook onder welk vennootschapsrecht zij valt.

139. EUROPESE INVLOED- De doctrine die België hanteert is binnen de evolutie van de rechtspraak van het Hof van justitie moeilijker houdbaar geworden.¹⁷¹ Vennootschappen onder een niet Belgische vennootschapsvorm kunnen onder de rechtspraak van het Hof van Justitie hun werkelijk zetel verplaatsen naar België zonder dat zij hun 'nationaliteit' verliezen. Dit zolang het land, waarvan zij een vennootschapsvorm hebben aangenomen, de statutaire zetelleer aanvaardt. Dit is bijvoorbeeld het geval in het Verenigd Koninkrijk.¹⁷² Belgische vennootschappen kunnen echter hun werkelijke zetel niet verplaatsen zonder het verliezen van hun 'nationaliteit'. Hierdoor kunnen ondernemingen met Belgische vennootschapsvormen hun zetel niet onder hun huidige vennootschapsvorm, met de bijhorende wettelijk bepalingen, verplaatsen naar het buitenland. Hierdoor zijn ondernemingen met Belgische vennootschapsvorm benadeeld tegenover ondernemingen met een vennootschapsvorm van landen met de statutaire zetelleer. Als België werkelijk het referentierecht wil worden voor vennootschappen binnen de Europese Unie dan zal zij mogelijk haar visie moeten herzien op deze problematiek.

140. OPPORTUNITEIT- Als België zijn visie zou herzien groeien hier nog verder opportuniteiten uit. Alle bepalingen die dan zouden worden geïncorporeerd in het wetboek vennootschappen blijven hun uitwerking hebben op de ondernemingen die een Belgische vennootschapsvorm aannemen. Men zou bijvoorbeeld verregaande bepalingen in verband met schuldeiserbescherming of regulering van dividenduitkering kunnen opnemen. Maar deze zouden mogelijk in het nadeel kunnen werken bij de promotie van het Belgische vennootschapsrecht als de meest gunstige rechtsvorm binnen de Europese Unie. Dit is een afweging die de wetgever moet maken.

¹⁷¹ zie pagina -2-

¹⁷² K. MARESCEAU., *De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese unie na de arresten Cartesio en Vale*, Financial Law Institute Working Paper Series, WP 2012-6, Gent, p.6.

3.2.3 De noodzaak van inkantelen van bepaalde bepalingen insolventierecht in het wetboek vennootschappen

141. CONTRACTUELE SCHULDEISERBESCHERMING - Als men het doel van de hervorming van het wetboek vennootschappen zou bereiken en het Belgische vennootschapsrecht zou een veel gebruikt recht worden over de hele Europese Unie zijn hieraan meer gevolgen verbonden. In België zijn de contractuele zekerheden die een schuldeiser kan inbouwen, waaronder pand en andere voorrechten, verankert in de insolventie wetgeving.¹⁷³ Deze zijn zeer belangrijk bij het faillissement van een vennootschap.
142. EUROPESE INVLOED- Eén van de belangrijkste instrumenten met betrekking tot het faillissement binnen de Europese Unie is de Verordening betreffende insolventieprocedures.¹⁷⁴ Deze verordening harmoniseert geen regels van materieel insolventierecht, enkel deze van procedureel insolventierecht. Deze bepaalt in artikel 3 dat de rechter van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen (COMI) is, bevoegd is voor de opening van de procedure. Dit wordt vermoed de statutair zetel te zijn, zolang het tegendeel hiervan niet is bewezen. De rechters van de andere lidstaten waar de vennootschap gelegen is zijn enkel bevoegd voor zover de vennootschap een vestiging heeft in die lidstaat. Dit wordt de secundaire procedure genoemd. De gevolgen van de procedure gelden dan enkel ten aanzien van goederen van de vennootschap gelegen op het grondgebied van deze lidstaat waar de secundaire procedure wordt geopend. Het toepasselijke recht in de procedures wordt bepaald in artikel 4 van de verordening. De procedure wordt beheerst door het recht van de lidstaat waar deze wordt geopend.
143. INKANTELING INSOLVENTIERECHT- Als men in zijn opzet slaagt zullen er op hopelijk langere termijn ook vennootschappen met Belgische vennootschapsvorm zijn die in het buitenland gevestigd zijn die failliet zullen gaan. Het probleem dat hier mogelijk naar boven komt is dat wel het Belgische vennootschapsrecht van toepassing is maar dat er een buitenlands insolventierecht toepasselijk zal zijn. Een mogelijke oplossing is de inkanteling van belangrijkste artikels die betrekking hebben op schuldeiserbescherming van het Belgische insolventierecht naar het Belgische vennootschapsrecht. Het doel van de inkanteling zou zijn dat schuldeisers die contracteren met een vennootschap met een Belgisch karakter rechtszekerheid hebben over hun rechten en verhaalsmogelijkheden op de vennootschap. Dit zowel met betrekking tot de wettelijke verhaalsmogelijkheden als deze die zijn contractueel bedingen.

¹⁷³ Faillissementswet, 8 augustus 1997, *BS 28 oktober 1997*.

¹⁷⁴ Verordening nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 29 mei 2000, *P.B.*, L. 160, 30 juni 2000

3.2.4 Taalwetgeving

144. De Belgisch wetgeving op het gebruik van taalzaken in gerechtszaken bepaalt dat stukken van vennootschap die gepubliceerd moeten worden in het Belgische staatsblad moeten zijn opgesteld in de officiële taal van het rechtsgebied waarbinnen de vennootschap is gevestigd. De stukken mogen ook vertaald en neergeld worden in één of meer officiële talen van de Europese Unie.¹⁷⁵ In concreto wil dit zeggen dat oprichtingsakte, vereffeningsakte, oproeping tot algemene vergadering, in de taal moeten worden opgesteld van het taalgebied waar de vennootschap is gelegen.
145. In Nederland bestond tot voor de hervorming van de BV naar de Flex-BV enkel de verplichting om de notariële oprichting van de BV en de statuten en toekomstige akte van statutenwijzigingen moesten worden verleden in het Nederlands. Tijdens de hervorming werd er door de groep experts die de hervorming stuurde geijverd voor deze akten ook toe te laten in het Engels.¹⁷⁶ De experts konden de wetgever overtuigen om alvast dat statuten en hun toekomstige wijzigingen in het Engels toe te laten. De oprichtingsakte moet nog steeds in het Nederlands worden verleden.¹⁷⁷
146. De Belgische taalwetgeving is een onderdeel van een kluwen van wetgeving die het precair communautaire evenwicht in België moeten verzekeren en dus niet eenvoudig aan te passen. Het aanpassen van de taalwetgeving wordt in het Belgische gedachtewisseling niet aan bod. Indien België werkelijk wilt kunnen meedoen aan de *light vehikel* competitie tussen de verschillende Europese landen dan zal naar alle waarschijnlijkheid ook deze regel moeten sneuvelen. Het lijkt mij niet houdbaar dat van vennootschappen die hun volledige bedrijfsvoering in het Hongaars doen er Nederlandse vertalingen worden gevraagd omdat hun statutaire woonplaats Mechelen is. Het zou op zijn minst mogelijk moeten zijn een vennootschap in het Engels op te richten.

¹⁷⁵ Artikel 6 W. Venn.

¹⁷⁶ T.P. VAN DUUREN, H.J. PORTINGEN, E.P.M. VERMEULEN, B. BIER, *De vereenvoudigde BV, preadvies van de vereniging handelsrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 35.

¹⁷⁷ Artikel 2:176 N.B.W

4. Besluit

De schuldeiserbescherming in Belgische bvba is veel strenger en formalistischer dan deze binnen de Nederlandse BV. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de Belgische bvba internationaal geen populaire vennootschapsvorm is. Een hervorming zoals nu voorgesteld door de minister van Justitie komt dus zeker op zijn tijd. In het actuele Belgische recht met betrekking tot de bvba is de schuldeiserbescherming het gevolg van *gold-plating* van de bepalingen van de tweede richtlijn.

Het Nederlandse recht dat de schuldeisers van de BV beschermt heeft grote gelijkenissen met het Belgische recht, zeker als men focust op de regels die de schuldeiser toelaten na de winstuitkering van de vennootschap iemand aansprakelijk te stellen voor het onvermogen van de vennootschap om over te gaan tot betaling van zijn schuld. Het voornaamste verschil hier is dat in Nederland enkel de benadeelde vennootschap de vordering kan instellen. Het ontbreken van een uitgebreide schuldeiserbeschermingsregeling bij kapitaalvermindering vind ik zonde. De methode van schuldeiserbescherming zoals opgenomen in het Belgische recht heeft mijn intuïtief altijd zeer eerlijk aangevoeld. Als de Belgische wetgever de wetgeving zal aanpassen met het doel tot het aantrekken van buitenlandse onderneming vrees ik dat deze zal verdwijnen en de bescherming van de schuldeiser eerder zal geïnspireerd worden op het systeem zoals het in Nederland.

Als we focus verleggen naar de preventie beschermingsmechanismen dan is er een duidelijk onderscheid tussen de wijze waarop deze in het Belgische bvba recht en het Nederlandse BV recht wordt ingevuld.

De Belgische netto-actief test heeft zijn gebreken en geeft bij de uitkering van een dividend nooit een actueel beeld van de vennootschap zijn vermogenstoestand in going-concern. Hierdoor ontstaat er een risico voor de schuldeisers. In Nederland is er gekozen voor een dubbele test. Deze lost het probleem van de actuele gegevens slechts beperkt op. De balanstest blijft gebaseerd op een balans die nooit perfect zal volgen tot op de dag van de uitkering van het dividend, maar door de combinatie met de liquiditeitstest krijgen de schuldeiser tot op een bepaalde termijn de garantie van de betaling van hun vorderingen. Door de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de dubbele test te verdelen over twee verschillende vennootschapsorganen is er een dubbele aansprakelijkheid gecreëerd en dus meer personen op wie kan worden verhaald als het vermogen van de vennootschap ontoereikend wordt.

Het feit dat voor de oprichting van een Nederlandse BV geen toereikend financieel plan is vereist verontrust mij. Als men een vennootschap opricht dan kan verwacht worden dat er duidelijk toereikend financieel plan wordt opgemaakt en gevolgd. Voor de invoering van de verplichting tot het opstellen van het financieel plan zagen we in België echter dat vennootschappen werden opgericht zonder dat de oprichters altijd rekening hielden met de verschillende potentiële vermogensrechtelijke gevolgen. In tijden waarin fondsenwerving niet langer gebeurd via traditionele wijze bij institutionele geldschieters, maar via crowdfunding valt een extra controle over de financiële draagkracht van het project weg. Mijn hoop is dat de Belgische wetgever het advies van de experts volgt en deze voorwaarde voor oprichting niet afschaft en de bijhorende aansprakelijkheden niet schrapt uit het wetboek vennootschappen en dat de verdere uitwerking een voorwaarde vormt voor de afschaffing van het kapitaal.

Bij de hervorming kan de Belgische wetgever zich inspireren op de actuele geldende regeling zoals deze voor de BV werd uitgewerkt in 2012. Maar als het doel is om het leidende vennootschapsvehikel binnen de Europese interne markt te creëren voor ondernemingen die willen ontsnappen aan de bepalingen van de tweede richtlijn zal men verder moeten gaan dan een loutere kopie te maken van het Nederlandse BV recht. Als de bepalingen in het toekomstige Belgische recht slechts een kopie zijn van het Nederlandse recht dan zal er geen incentive zijn voor de ondernemingen die nu onder een BV structuur werken om over te stappen naar de Belgische bvba structuur.

Mijn overtuiging is dat de wetgever bij de afweging van de belangen, voor de invulling van de hervorming van het wetboek vennootschappen de belangen van de ondernemers die een vennootschap wensen op te richten zal laten primeren. Hier speelt wel het risico dat zo ondernemers een *free-pass* wordt gegeven en dat schuldeiserbescherming een volledige lege doos blijkt. Men moet het precaire evenwicht vinden tussen de ondernemingen de vrijheid te geven te ondernemen en de personen waarmee zij contracteren te beschermen. De Belgische wetgever kan de schuldeiserbescherming verder afbouwen om zo meer ondernemingen aan te trekken. Als men dit doet zal men rekening moeten houden met het feit dat als men een wetgeving zou invoeren die de bescherming van de schuldeisers niet ter harte neemt dit ook een weerslag zal hebben op vele andere vennootschappen. Deze zouden door een onvoldoende bescherming van hun rechten ook in solvabiliteitsproblemen kunnen geraken door onbetaalde rekeningen wat op een langere termijn een domino aan faillissementen kan veroorzaken.

Men moet als wetgever ook rekening houden met het feit dat men niet louter het vennootschapsrecht zal moeten hervormen. Als men het leidende vennootschapsvehikel wilt creëren zullen ook andere bepalingen van het Belgische recht moeten worden aangepast waaronder de taalwetgeving die de verplichting bevat om de officiële stukken te publiceren in het Belgische Staatsblad in de taal van het taalgebied waar de vennootschap zijn zetel heeft. Dit is binnen een land als België met communautaire gevoeligheden geen evidentie.

Ik geloof daarom dat de sleutel tot de creatie van het leidende vennootschapsvehikel niet alleen in de hervorming van het vennootschapsrecht ligt maar in een grondig hervorming van al het Belgische recht dat betrekking heeft op ondernemingen. Dit alles met het voldoende respect voor de rechten van de schuldeisers en de opportuniteiten voor ondernemers om hun vennootschap uit te bouwen.

5. Bibliografie

1. Wetgeving

1.1. Europese wetgeving

Verordening nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 29 mei 2000, P.B., L. 160, 30 juni 2000

Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 54, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken

Richtlijn 2012/30/ EU van het Europese parlement en de raad van 25 oktober 2012 strekkende tot het coördineren in de zin van artikel 54, tweede alinea, van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken, *Pb. L.*, 14 november 2012, afl. 315/74.

1.2 Belgisch wetgeving

Wetboek Vennootschappen 7 mei 1999, *BS 6 augustus 1999*, 29.440.

Faillissementswet, 8 augustus 1997, *BS 28 oktober 1997*.

Gedachtenwisseling met de minister van Justitie en met deskundige van het Belgische centrum voor vennootschapsrecht over de modernisering van het vennootschapsrecht, *Parl.st.*, Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, 2015, 1500/011, 47 p.

1.3 Buitenlandse wetgeving

1.3.1 Nederland

Nederlandse burgerlijke wetboek

2. Rechtspraak

2.1 Europese rechtspraak

HvJ C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs og Selskabsstyrelsen*, *Jur.*, 1999, I, 01459.

HvJ C-167/01, *kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, *Jur.*, 2003, I, 512.

2.2 Belgische rechtspraak

Cass. 28 november 2013, C.12.0549.N, www.cass.be.

Cass. 20 maart 2008, Pas. 2008, I, 776, *Fiscoloog* 2008, 3, noot A. MISSAL, *NjW* 2009, 28, noot S. DE RAEDT

Gent 23 februari 1999, *AJT* 1999-2000, 552; Gent 20 juni 1989, *RW* 1991-92, 504 *TGR* 1989, 95

KG Kh. Luik 26 november 2013, *TRV* 2014, afl. 3, 319, noot N. Cooreman

Gent 9 februari 2000, *Fisc. Act.* 15 februari 2000, 7/6

Luik 29 januari 2002, *JT* 2002, 290; Rb. Luik 10 september 1999, *TBH* 2000, 380, noot I. SAMOY

Kh. Tongeren 5 december 2011 en Antwerpen 8 mei 2003

Ruling commissie. 2 juni 2009, nr. 900.080 op www.ruling.be

3. Rechtsleer

3.1 Europese rechtsleer

DE WULF, H., *Hof van Justitie 5 november 2002 (c-208/00, "Uberseering")*: *Impliceert vrijheid van vestiging het einde van de werkelijke zeteleer?*

MARESCEAU, K., *De Europese markt voor vennootschapsrecht: een herevaluatie van het vennootschapsrechtelijke harmonisatieprogramma*, *TPR*, 2015, 549-596.

RINGE, W.-G., "Corporate Mobility in the European Union – a Flash in the Pan? An empirical study on the success of lawmaking and regulatory competition", 2013, te downloaden op <http://ssrn.com/abstract=2247323>

VAN DUUREN, T.P., *The light vehicle competition in Europe*, 2015, <http://triplebusinesslawyers.com/2015/05/the-light-vehicle-competition-in-europe-the-state-ofaffairs/>

WYMEERSCH, E., "*Centros: a landmark decision in European Company Law*" in TH. BAUMS, K.J. HOPT en N. HORN (eds.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 629-654

WYMEERSCH, E., *The transfer of the company's seat in European Company Law*, *Common Market Law Review* 2003, 662-691

3.2 Belgische rechtsleer

BALLON, G.L., COLLAERT, V., GEENS, K., STUYCK, J., TERRYN, E., *Inleiding tot economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, XXV + 577 p.

M.BONNE, H. VERSTRAETE, *Wachten hoeft niet over uitkeerbare winsten en voorschotten op dividend in bvba en cvba*, *TRV 2007*, p. 115-137.

BRAECKMANS, H., CAPRESSE, O., DE CORDT, Y., DE WULF, H., DIEUX, X., FORIERS, P.A., FRANCOIS, A., HELLEMANS, F., HORMANS, G., MARESCEAU, K., NELISSEN-GARDE, J.M., VAN OMMESLAGHE, P., WYCKAERT, M., e.a, *de modernisering van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 2 x 268p.

BRULOOT, D., *Vennootschapskapitaal en schuldeisers. Een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeiserbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, xxvi + 824 p.

BRAECKMANS, H., CAPRASSE, O., DE CORDT, Y., DE WULF, H., DIEUX, X., FORIERS, P.A., FRANCOIS, A., GEENS, K., HELLEMANS, F., HORMANS, G., MARESCEAU, K., NELISSEN-GARDE, J-M., VAN OMMESLAGHE, P., WYCKAERT, M., *De modernisering van het vennootschapsrecht: op initiatief van het Belgische Centrum van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 268p.

DE DIER, S., "De S-BVBA: een minimalistische aanzet tot hervorming van het besloten vennootschapsrecht", *TRV 2010*, 185-220, 185-220

DE DIER, S., "Commentaar bij art. 211bis W. Venn.", *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2014, Mechelen, Kluwer, afl. 34, 23-33

DE WULF, H., "Het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht vraagt om uw mening", *TRV 2014*, 343

DIRIX, E., TILLEMANS, B., VAN ORSHOVEN, P., *De valks juridisch woordenboek*, derde herziene en uitgebreide druk, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 227.

FRANÇOIS, A., *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht: inhoud en grondslagen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 446.

GEENS, K., *Lessen voor de XXIe Eeuw: "helpt 'good' corporate governance"*, Leuven, KU Leuven, 2011, p.1

GEENS, K., "*Een nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen*", in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Quid leges sine cogitatione? Enkele reflecties over vennootschapsrecht aangeboden aan Jean-Marie Nelissen*, Antwerpen, Biblo, 2011, 90

GEENS, K., "*Toegestaan kapitaal als afweermecanisme tegen overvallen*" (noot onder Brussel 1 maart 1988), TRV 1988, (133) 139.

MARESCEAU, K., *De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese unie na de arresten Cartesio en Vale*, Financial Law Institute Working Paper Series, WP 2012-6, Gent,, 46 p.

MEEUSEN, J., "*De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen. Analyse van het arrest Überseering van het Hof van Justitie*", TRV 2003, 95-127

PASTEGGER, D., "*Arrêt Cartesio: nouvelles précisions sur les modalités de transfert du siège social au regard de la liberté d'établissement*", JT 2009, 94-98

RONSE, J., en LIEVENS, J., *L'administration des sociétés, la responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite* in *Les sociétés commerciales*, O.c., p. 193, nr 10 e.v: O. RALET, *Résponsabilités des dirigeants des sociétés, o.c.*, nr. 54

STIJN, S., *Leerboek Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, 268 p.

TAS, R., "*Welke rol speelt het maatschappelijk kapitaal nog in het vennootschapsrecht van de 21ste eeuw*" in F. HELLEMANS (ed.), *Vennootschapsrecht in Themis School voor postacademische juridische vorming*, Brugge, die Keure, ,2012, 37-75

TAS, R., *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 684 p.

TAS, R., *De instandhouding van het maatschappelijk kapitaal in Nv en BVBA*. Proefschrift ingediend door Robbie Tas met het oog op het behalen van de academische graad van doctor in de rechten 13 december 2002, Doctoraatsthesis, 2002, 50-70 en 87-97.

TAS, R. *uitkering aan aandeelhouders en daarmee gelijkgestelde verrichtingen, enkele knelpunten, 20 jaar na de tweede en vierde richtlijn*, in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Knelpunten van dertig jaar*

vennootschapsrecht, o.c., (139), nr. 47 en J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, o.c., 1975, 468-469.

TAS, R. *Kapitaal en aandelen*, Leuven, KULeuven, 2015, 171 p.

VANANROYE, J., *Organisatierecht: werfbezoek aan een onvoltooide piramide*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 76 p.

VANANROYE, J., *Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap*, TRV, 14-5, p 425-426.

VANANROYE, J., MARIËN, L., *Fraus en schuldeiserbenadeling in het ondernemingsrecht*, 108-146.

VAN BRUYSTEGEM, B. *Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal*, B.H.R., 1982, 140

VANDENBOGAERDE, M., *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 63

VAN HULLE, K., LYBAERT, N., MAES, J.P., *Handboek boekhoud- en jaarrekeningrecht*, Brugge, Die Keure Professional Publishing, 2015, XXXIX + 852 p.

VERBEKE, A., *Rechtsmiddelen van schuldeisers*, in VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE TE BRUSSEL (ed.), *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Kalmthout, Biblo, 1994, 30-31.

VILLIAN, L., *DE S-BVBA, schuldeiserbescherming en kapitaalplicht in de besloten vennootschapsvorm*, T.B.H., 2015, 400-413.

VINCKE, J.P., SMITS, R., *Vennootschapsrecht toegepast*, derde editie, Antwerpen, Intersentia, 2012, 235 p.

WEYTS, L., *De BVBA-Starter uit haar startblokken: een godsgeschenk voor het notariaat?*, T. Not. 2010, 455-461

WYCKAERT, M. en JENNÉ, F., *corporate mobility* in K. GEENS en K.J. HOPT (eds.), *The European company law action plan revisited*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2010, 287-324

WYCKAERT, M., *Kapitaal in NV en BVBA: vermogens- en kapitaalvorming door inbreng, rechten en plichten van de vennoten*, Kalmthout, Biblo, 1995, 804 p.

WYCKAERT, M. en PARREIN, F., *Overzicht nieuwe wetgeving vennootschappen 2007-2011*, 2011, Biblo Antwerpen, p. 47-96

WYCKAERT, M., *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

WYMEERSCH, E., *Het statutaire kapitaal van de vennootschappen* in Liber Amicorum Lucien Simon, Brussel, Bruylant, 2002, 913-935

<http://www.bibf.be/Index.asp?Idx=1486>

Buitenlandse rechtsleer

Nederland

DE KLUIVER, H.J., e.a., Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken: Documenten en publicaties Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, 6 mei 2004, te downloaden op <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2004/05/06/vereenvoudigingen-flexibilisering-van-het-nederlandse-bv-recht.html>.

MELLEMA-KRANENBURG, T.J. *De actio Pauliana*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 2

HARTKAMP, A.S., Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel II: Algemene leer der overeenkomsten, Deventer, Kluwer, 2005, 419. Zie ook HR 22 september 1995, NJ 1996, 706

VAN DER ELST, C. en VERMEULEN, E.P.M., *"The Dutch Private Company: Successfully relaunched?"*, 2013, te downloaden op http://ssrn.com/abstract_id=2267522

VAN DER KUIJP, R., *Ondernemingsrecht, een praktische handleiding*, Apeldoorn, Maklu, 2014, 190 p.

VAN DUUREN, T.P., PORTINGEN, H.J., VERMEULEN, E.P.M., BIER, B., *De vereenvoudigde BV, preadvies van de vereniging handelsrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, XIV + 283 p.

VAN SCHILFGAARDE, P., bewerkt door WINTER, J., WEZEMAN, J.B., *Van de BV en de NV*, zestiende editie, Deventer, Kluwer, 2013, 511 p.

VAN SOLINGE, G., DE KLUIVER, H.J., JOSEPHUS JITTA, M.W., OLDEN, P.D., KORTMAN, S.C.J.J., KLAASEN, C.J.M., KROEZE, M.J., DEN BOOGERT, M.W., CROISET VAN UCHELEN, A.R.J., WAKKIE, P.N., WILLEMS, J.H.M., *Geschillen in vennootschap*, Van Der Heijden Instituut, Deventer, Kluwer, 2010, XII + 251 p.

[http://ondernemingsdatabank.indicator.nl/besloten_vennootschap/terugbetaling_aandelenkapitaal_do_or_bv_naar_privé /NLTABTAR EU21040201/topArt](http://ondernemingsdatabank.indicator.nl/besloten_vennootschap/terugbetaling_aandelenkapitaal_do_or_bv_naar_privé/NLTABTAR_EU21040201/topArt)

Notie uitkeringstoets wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, het Nederlandse taxonomie Project, 5 november 2008.

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

Schuldeiserbescherming bij dividenduitkering in vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2016**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

De Bruyne, Lisa

Datum: **8/08/2016**