

FAILLISSEMENT/FAILLITE

HOF VAN BEROEP GENT 25 JUNI 2007

FAILLISSEMENT

Faillissement – Schuldvergelijking – Schuldvergelijking na faillissement tussen vordering tot volstorting van het kapitaal en rekening-courant van de vennoot

De volstortingsplicht van een vennoot kan worden voldaan door middel van compensatie met een schuldvordering die deze vennoot op de vennootschap heeft wegens prestaties verricht ten voordele van de vennootschap (opgenomen in rekening-courant). Voor deze compensatie is niet vereist dat de vennootschap vooraf het saldo van het onderschreven kapitaal bij alle vennoten opvraagt. De vennoot kan vrijwillig overgaan tot vereffening van het saldo van het door hem onderschreven kapitaal.

De wederzijdse schuldvorderingen – enerzijds voor de volstorting van het onderschreven kapitaal en anderzijds voor de rekening-courant – zijn verknocht met het vennootschapsleven van de vennootschap en kunnen dan ook worden weerhouden voor compensatie na faillietverklaring van de vennootschap.

***Van Brabandt Petra/Wylleman Jan in zijn hoedanigheid van curator van het faillissement van de BVBA De Breydel
Zet.: H. Debuquoy (voorzitter), G. Vanderstichele en G. De la Ruelle (raadsheren)
Pl.: Mrs. A. Coulier en J. Wylleman q.q.***

(...)

1. Gegevens van de zaak in beroep

1.1. De voorlopig bewindvoerder van Regis Van Brabandt stelde op 1 februari 2006 hoger beroep in tegen het vonnis van 20 december 2005 van de vierde kamer van de rechtbank van koophandel te Brugge, afdeling Oostende.

De curator van het faillissement De Breydel BVBA vordert de bevestiging van het vonnis en stelt een tusseneis in betaling van een schadevergoeding van 2.500 EUR voor het instellen van een tergend en roekeloos hoger beroep.

1.2. De blijvende betwisting betreft de eis van de curator van het faillissement De Breydel BVBA, die strekt tot de volstorting van het kapitaal dat Regis Van Brabandt tegenover De Breydel BVBA nog verschuldigd is, nadat hij alle aandelen heeft verworven. De curator stelt dat Regis Van Brabandt het onderschreven kapitaal voor 9.912 EUR niet heeft volstort. Hij vordert hiervan de betaling, vermeerderd met de verwijlinteressen aan 7% vanaf 9 september 2004 tot aan de betaling.

1.2.1. De voorlopig bewindvoerder van Regis Van Brabandt stelt dat het kapitaal werd volstort door verrekening van de

FAILLITE

Faillite – Compensation – Compensation après faillite entre la demande de libération du capital et le compte courant de l'associé

L'obligation pour un associé de libérer le capital social peut être satisfaite sur base de la compensation avec une créance que cet associé a sur la société pour des prestations qu'il a effectuées au profit de la société (repris en compte courant). Pour cette compensation, il n'est pas exigé que la société réclame au préalable le solde du capital souscrit auprès de tous les associés. L'associé peut procéder volontairement à la liquidation du solde du capital auquel il a souscrit.

Les créances réciproques – d'une part celle relative à la libération du capital souscrit et d'autre part celle relative au compte courant – sont connexes à la vie sociétaire et peuvent donc être retenues pour la compensation qui suit le jugement déclaratif de faillite de la société.

rekening-courant van Regis Van Brabandt. Zij beroept zich in het bijzonder op:

– een uitprint op 17 september 2004 van het dagboek over de periode 4 april 2003 tot 30 juni 2003, waaruit zou volgen dat het toen nog niet-volstort kapitaal voor de som van 12.394,68 EUR werd volstort met de rekening “code 480100 R/G Van Brabandt Regis” voor de som van 12.394,68 EUR;

– een uitprint op 17 september 2004 van de proef- en saldi-balans op datum 31 maart 2004, die volgende verwerking inhoudt:

| | | Debet-Bewegingen- Credit | | Eindsaldo |
|--------|---------------------|-----------------------------|-----------|-----------|
| 100000 | Geplaatst kapitaal: | | 18.592,01 | 18.592,01 |
| 101000 | Niet-opgevraagd: | 12.394,68 | | 12.394,68 |

– een uitprint op 14 juli 2004 van de interne balans op datum van 31 maart 2004, waar onder de “codes 10/100/101” volgende bewegingen van het kapitaal genoteerd werden:

| | | Debet – Bewegingen – Credit | | Eindsaldo |
|---------|--------------------|-----------------------------|-----------|-----------|
| 10 | I. Kapitaal: | 12.394,68 | 30.968,69 | 18.592,01 |
| 100 | A. Geplaatst | | 18.592,01 | 18.592,01 |
| r 10000 | Geplaatst kapitaal | 18.592,01 | 18.592,01 | |
| 101 | B. Niet-opgevraagd | 12.394,68 | 12.394,68 | |
| r 10100 | Niet-opgevraagd | 12.394,68 | 12.394,68 | |

en waarover de accountant verklaarde “Bij het lezen van de interne balans moet je rekening houden met de laatste kolom ‘eindsaldo’ en dit laat ook hier het saldo van 18.592,01 blijken. Het door de curatele vermelde bedrag van 30.986,69 EUR is de som van alle bewegingen die op de kapitaalrekeningen geboekt zijn in de loop van het boekjaar aan de creditzijde, maar helemaal niet het eindsaldo. Ons inziens is er dus geen verschil tussen de interne balans van 14 juli 2004 en de proef- en saldbalans van 17 september 2004, althans niet wat de rekening kapitaal betreft”.

1.2.2. De curator van het faillissement De Breydel BVBA stelt,

– dat de vennootschap (De Breydel BVBA) het kapitaal niet heeft opgevraagd vóór de faillietverklaring;

– dat de volstorting alleen door een effectieve storting en niet door een boekhoudkundige verrekening kan gebeuren;

– dat het bewijs van de volstorting van het kapitaal in elk geval niet geleverd wordt door de stukken die de voorlopig bewindvoerder van Regis Van Brabandt overlegt, nu die eerst in juli en september 2004 werden uitgeprint na de faillietverklaring van De Breydel BVBA op 19 april 2004.

1.3. De eerste rechter verklaarde de eis van de curator van het faillissement De Breydel BVBA op volgende relevante overwegingen gegrond:

“3. Wettelijke schuldvergelijking of compensatie vindt van rechtswege plaats tussen twee schulden die beide een geldsom of een bepaalde hoeveelheid vervangbare zaken van dezelfde soort tot voorwerp hebben, en die beide vaststaand en opeisbaar zijn (art. 1289 e.v. B.W.). Dit principe vindt ook toepassing op de vordering tot volstorting. Wettelijke schuldvergelijking is echter niet meer mogelijk wanneer vernoemde voorwaarden slechts vervuld zijn na (of ingevolge) het faillissement van de vennootschap. Compensatie na faillissement wordt slechts toelaatbaar geacht indien de betrokken vorderingen samenhangend of verknocht zijn (ex eadem causa).

[De voorlopig bewindvoerder van Regis Van Brabandt] stelt dat de compensatie per 1 april 2003, en dus ongeveer één jaar vóór het faillissement (19 juli 2004), plaatsvond

– In de balans die werd afgedrukt per 14 juli 2004 (stuk 9 curator van het faillissement De Breydel BVBA) teneinde bij het faillissementsdossier te worden gevoegd, wordt vermeld dat het kapitaal niet werd volstort voor een bedrag van 12.394,68 EUR, zijnde het bedrag dat thans wordt ingevorderd van de vennoten.

– Verweerster q.q. verwijst naar haar stuk 11 waaruit een storting ten bedrage van 12.394,68 EUR zou moeten blijken per 1 april 2003. Dit document werd afgeprint per 17 september 2004. Alhoewel deze storting dus van vóór het faillissement zou dateren, blijkt ze niet uit de balans die werd afgedrukt per 14 juli 2004.

Verweerster q.q. toont derhalve de waarachtigheid van de verrichting in rekening-courant niet aan.

Trouwens, indien de vennootschap het nog niet volstorte deel van het kapitaal wenst op te vragen, vergt dit een beslissing van het bevoegde orgaan van de vennootschap (in de regel het bestuursorgaan), hetgeen in casu niet voorligt. Bovendien dienen alle aandeelhouders gelijk behandeld te worden, hetgeen normaliter tot gevolg zal moeten hebben dat alle aandeelhouders in dezelfde mate worden gevraagd om bij te storten, hetgeen in casu niet wordt aangetoond. Enkel indien dergelijke beslissing van het bevoegde orgaan voorligt, wordt de vordering tot volstorting opeisbaar en kan ze in aanmerking komen voor toepassing van de wettelijke compensatie.

Vóór het faillissement was er geen bijstorting gevraagd. Op het ogenblik van het faillissement was er dus geen opeisbare volstortingsschuld en kon er dus geen sprake zijn van compensatie met de vordering in rekening-courant van de vennoot.

4. Ook van gerechtelijke compensatie, die in principe mogelijk blijft na faillissement, kan in casu geen sprake zijn aangezien de vorderingen niet samenhangend zijn.

5. (...)

6. [De voorlopig bewindvoerder van Regis Van Brabandt] verwijst ten slotte naar het feit dat zij in het boekjaar 1 april 2003 – 31 april 2004 bijkomend een bedrag van 9.600 EUR stortte op de rekening van de BVBA De Breydel. Zij bewijst echter geenszins dat dit bedrag bedoeld was als volstorting van het kapitaal.”

2. Beoordeling

2.1. Geen enkele wettelijke bepaling verbiedt een aandeelhouder, die het saldo van het kapitaal van een naamloze vennootschap – waarop hij intekende – moet betalen, die schuld af te lossen door schuldvergelijking met een schuldvordering die hij op die vennootschap heeft. Voor deze compensatie is niet vereist dat de aandeelhouder geld reserveert en afzonderd, om het onderschreven kapitaal verder aan te zuiveren na de verplichte storting bij de oprichting. Deze compensatie kan ook gebeuren met de schuldvordering die hij heeft opge-

bouwd met zijn prestaties vanaf de oprichting (zie o.a. Cass. 25 september 2006, A.R. C.2005.0487.F).

Voor deze compensatie is evenmin vereist, dat de vennootschap vooraf het saldo van het onderschreven kapitaal bij alle vennoten opvraagt. De schuld ontstaat op het ogenblik dat de vennoot inschrijft op het kapitaal en de wet bepaalt alleen dat bij de inschrijving ten minste 1/5 moet gestort worden. De vennoot kan vrijwillig overgaan tot een vereffening van het saldo van het door hem onderschreven kapitaal.

De wederzijdse schuldvorderingen – enerzijds voor de volstorting van het onderschreven kapitaal en anderzijds voor de rekening-courant – zijn verkocht met het vennootschapsleven van De Breydel BVBA en kunnen dan ook weerhouden worden voor compensatie na de faillietverklaring van De Breydel BVBA.

2.2. Er dringt zich dan ook geen verder onderzoek op over de boekhoudkundige verrichtingen, die zouden moeten wijzen op een verrekening vóór de faillietverklaring van het niet-opgevraagd kapitaal met de rekening-courantvordering van Regis Van Brabandt door de personen die voor hem hebben gehandeld.

Besluiten

Het hof verklaart – op tegenspraak en gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken – het hoger beroep ontvankelijk en gegrond.

Het vernietigt het bestreden vonnis.

Het verklaart de oorspronkelijke vordering van de curator van het faillissement De Breydel BVBA ontvankelijk, maar ongegrond.

Het verwijst de boedel van het faillissement van De Breydel BVBA in de kosten van beide aanleggen, die het aan de zijde van de voorlopig bewindvoerder van Regis Van Brabandt vaststelt op:

| | |
|---|-------------|
| – rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: | Euro 356,97 |
| – rolrechten hoger beroep: | Euro 186,00 |
| – uitgavenvergoeding: | Euro 60,73 |
| – rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep: | Euro 485,87 |

(...)

Noot

Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop

*Robby Houben*¹

In het arrest van het hof van beroep van Gent van 25 juni 2007 komen drie vragen in verband met de volstorting van aandelen door middel van schuldvergelijking aan bod. De eerste vraag betreft de juridische mogelijkheid van volstorting door middel van schuldvergelijking. In de tweede plaats

komt de schuldvergelijking met de volstortingsvordering vóór samenloop aan bod. In dat verband krijgt de opeisbaarheid van de volstortingsvordering de aandacht. Tot slot is de vraag naar de mogelijkheid van schuldvergelijking met de volstortingsvordering na samenloop aan de orde.

1. JURIDISCHE MOGELIJKHEID VAN VOLSTORTING DOOR MIDDEL VAN SCHULDVERGELIJKING

1. Over het antwoord op de vraag of volstorting door middel van schuldvergelijking juridisch mogelijk is, bestaat naar Belgisch recht na het cassatiearrest van 25 september 2006 geen betwisting meer². De schuldvergelijking tussen een vordering tot volstorting en een (geld)vordering van de in gebreke blijvende vennoot op de eisende vennootschap, bijvoorbeeld uit hoofde van een rekening-courant, een kredietlening, geleverde prestaties..., is principieel toegestaan.

Tegen deze schuldvergelijking bestaat geen juridisch bezwaar, noch vanuit het vennootschapsrecht, noch vanuit het verbintenissenrecht³.

In de eerste plaats staan de wettelijke voorschriften inzake kapitaalopbouw deze schuldvergelijking niet in de weg. Twee gevallen worden onderscheiden: enerzijds het geval van de inbreng van een vordering op de vennootschap die

¹ Universiteit Antwerpen.

² Cass. 25 september 2006, *R.W.* 2006-07, 1561, noot R. HOUBEN, *J.D.S.C.* 2007, 5, noot S. KETTMANN; vgl. evenwel Brussel 5 december 2006, *R.W.* 2007-08, 408.

³ Hierover, met verdere verwijzingen R. HOUBEN, "Schuldvergelijking: opeisbaarheid, samenloop en volstorting" (noot onder Cass. 25 september 2006), *R.W.* 2006-07, p. 1564-1566, nrs. 4 e.v.; S. LOOSVELD, "Volstortingsverplichting en schuldvergelijking – Vennootschaps-, verbintenissen- en faillissementsrechtelijke aspecten" (noot onder Gent 25 juni 2007), *RABG* 2008, 100-103; S. KETTMANN, noot onder Cass. 25 september 2006, *J.D.S.C.* 2007, 8-9.

Vgl. bv. in Nederland: art. 2: 80, 4 N.B.W. (NV) en art. 2: 191, 3 N.B.W. (BV).

vervolgens aanleiding kan geven tot schuldvergelijking en anderzijds het geval waarin een niet ingebrachte vordering op de vennootschap leidt tot schuldvergelijking met de verbintenis tot volstorting. Enkel in het eerste geval moeten de relevante derdebeschermende normen betreffende kapitaalopbouw in principe worden nageleefd. Dit betekent dat er in beginsel revisorale controle moet plaatsvinden. Er gebeurt namelijk een daadwerkelijke inbreng van een schuldvordering⁴. In het tweede geval zijn de beginselen inzake revisorale controle in principe niet van toepassing. Er vindt immers geen inbreng plaats. De schuldvergelijking gebeurt eerder “toevallig”⁵.

Ook de vennootschapsrechtelijke regel dat de volstorting moet gebeuren op de wijze waarop op de inbreng is geschreven, vormt geen juridisch beletsel⁶. De volstorting van een aandeel dat correspondeert aan een inbreng in geld door middel van schuldvergelijking wijzigt de aard van de inbreng namelijk niet, omdat de schuldvergelijking als een dubbele betaling in geld mag worden beschouwd⁷. Het is derhalve niet vereist dat de verrekeningsvordering voortvloeit uit voorschotten gestort op een bijzondere rekening opdat de volstorting van een inbreng in geld door middel van schuldvergelijking zou kunnen plaatsvinden.

Tegen de volstorting door middel van schuldvergelijking bestaat er evenmin een principieel verbintenisrechtelijk bezwaar. Alle verbintenissen tot geven, ongeacht hun aard, kunnen namelijk tenietgaan door middel van schuldvergelijking, dus ook de verbintenis tot volstorting⁸. Opdat schuld-

vergelijking in het concrete geval kan plaatsvinden, is uiteraard vereist dat beide te verrekenen vorderingen voldoen aan de wettelijke voorwaarden inzake schuldvergelijking (art. 1289 e.v. B.W.). Problemen duiken in dit verband vaak op met betrekking tot de opeisbaarheid en betaalbaarheid van de verbintenis tot volstorting⁹.

2. Het hof van beroep te Gent oordeelt in het geannoteerde arrest dat geen enkele wettelijke bepaling een aandeelhouder, die het saldo van het kapitaal van een naamloze vennootschap – waarop hij intekende – moet betalen, verbiedt die schuld af te lossen door schuldvergelijking met een schuldvordering die hij op die vennootschap heeft. Het hof expliciteert dat het voor deze schuldvergelijking niet vereist is dat de aandeelhouder geld reserveert en afzondert om het onderschreven kapitaal verder aan te zuiveren na de verplichte storting bij de oprichting, maar de schuldvergelijking ook kan gebeuren met de schuldvordering die hij heeft opgebouwd met zijn prestaties vanaf de oprichting.

Daarmee oordeelt het hof van beroep van Gent in casu terecht in dezelfde zin als het Hof van Cassatie in het arrest van 25 september 2006. Enigszins merkwaardig is wel dat het hof van beroep in zijn beoordeling verwijst naar de NV, terwijl het in casu een BVBA betreft. Een juridisch probleem vormt dit evenwel niet. De principiële mogelijkheid tot schuldvergelijking met de volstortingsvordering bestaat niet alleen voor de NV, maar kan ook worden toegepast op de BVBA¹⁰.

2. INBRENG, VOLSTORTING DOOR MIDDEL VAN SCHULDVERGELIJKING VÓÓR SAMENLOOP EN HET BELANG VAN DE TIJDIGE OPEISBAARHEID EN BETAALBAARHEID VAN DE VERBINTENIS TOT VOLSTORTING

3. Een van de essentiële bestanddelen van de vennootschap is de inbreng. Dit is de onvoorwaardelijke toezegging van een aandeelhouder of vennoot om een bepaald vermogensbestanddeel in gemeenschap te brengen en aan het ven-

nootschapsrisico te onderwerpen¹¹. Door deze toezegging wordt de vennootschap schuldeiser van de aandeelhouder of vennoot (art. 22-23 W.Venn.). Zolang de inbreng niet wordt volstort, d.i. effectief ter beschikking van de vennootschap

⁴ G. HORSMANS en F. T’KINT, “La société anonyme”, *J.T.* 1973, p. 433, nr. 2; cf. de verwijzingen bij A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, bewerking van C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, II, Brussel, Swinnen, 1982, p. 64, nr. 797; genuanceerd: M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 335, nr. 476.

⁵ G. HORSMANS en F. T’KINT, *l.c.*, p. 433, nr. 3.

⁶ M.b.t. deze regel: Kh. Luik 21 december 1982, *Rev. prat. soc.* 1983, nr. 6226, nr. 99; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 365, nr. 480; P. HAINAUT-HAMENDE en G. RAUCQ, *Les sociétés anonymes*, Brussel, Larcier, 2005, p. 187, nr. 91.

⁷ Cf. Cass. 25 september 2006, *R.W.* 2006-07, 1561, noot R. HOUBEN, *J.D.S.C.* 2007, 5, noot S. KETTMANN; C. RESTEAU, *Les sociétés anonymes devant les lois belges*, I, Brussel, Larcier, 1913, p. 542, nr. 709; M. WYCKAERT, *o.c.*, p. 335, nr. 476; IBR, *Inbreng in natura en quasi-inbreng*, in *Studies IBR*, Brugge, die Keure, 2006, p. 126, nr. 91.

⁸ O.m. Gent 25 september 1991, *R.W.* 1991-92, 614, *Rev. prat. soc.* 1992, 107, noot F. T’KINT; A. SIVILLE, *Traité des sociétés anonymes belges*, I, Brussel, Bruylant, 1898, p. 102, nr. 277, p. 224, nr. 588 met talrijke verwijzingen; C. RESTEAU, *o.c.*, p. 542, nr. 709; P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1927, p. 168, nr. 285; L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, IV, Gent, Fecheyr, 1950, p. 467, nr. 288; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, p. 338, nr. 497, zie p. 355, nr. 528; J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1961-1965)”, *R.C.J.B.* 1967, p. 327, nr. 37bis; E. PICARD en N. d’HOFFSCHMIDT, *Pand. b.*, Brussel, Larcier, 1910, tw. *Société anonyme*, nrs. 120-121; M. WYCKAERT, *o.c.*, p. 333, nr. 475; H. DU FAUX, “Sociétés commerciales – apport de créance”, *Rev. not. b.* 1971, 473; vgl. J. HAMEL en G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, I, Parijs, Dalloz, 1954, p. 718, nr. 595 en G. RIPERT en R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Parijs, L.G.D.J., 1991, p. 841, nr. 1088.

⁹ Zie hierna nrs. 3 en 4.

¹⁰ In die zin ook S. LOOSVELD, *l.c.*, p. 103, nr. 3; R. HOUBEN, *l.c.*, p. 1566, nr. 6.

¹¹ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 118; M. WYCKAERT, *o.c.*, p. 42, nr. 26.

wordt gesteld, blijft de vennootschap die hoedanigheid behouden tot beloop van het niet gestorte gedeelte.

De verbintenis tot volstorting van een aandeelhouder of vennoot is als dusdanig niet opeisbaar en betaalbaar. Zij wordt maar opeisbaar en betaalbaar op het statutair of anderszins bepaalde tijdstip of het tijdstip waarop het bevoegde orgaan om volstorting verzoekt¹². In afwachting is de vennootschap schuldeiser onder tijdsbepaling of opschortende voorwaarde¹³, de aandeelhouder of vennoot schuldenaar onder tijdsbepaling of opschortende voorwaarde. Wanneer een aandeelhouder of vennoot in gebreke blijft de opeisbare verbintenis tot volstorting te voldoen, kan het bevoegde vennootschapsorgaan de vordering tot volstorting instellen om hem daartoe te dwingen¹⁴.

De vordering tot volstorting leidt vaak tot problemen bij faillissement. Het betreft het geval waarin de curator de aandeelhouder of vennoot wiens aandelen niet zijn volstort in volstorting aanspreekt en de aangesproken aandeelhouder of vennoot op zijn beurt beschikt over een (geld)vordering op de vennootschap, en dus tegelijk schuldenaar en schuldeiser van de vennootschap is. De aangesproken aandeelhouder of vennoot tracht de vordering tot volstorting in voorkomend geval doorgaans af te weren door aan te voeren dat zijn verbintenis reeds is tenietgegaan door wettelijke schuldvergelijking vóór het faillissement. De rechtbank wijst dit verzoek in de regel af indien de betrokken vennootschap niet om de volstorting had gevraagd vóór het faillissement. De volstoringsvordering wordt dan geacht niet tijdig opeisbaar te zijn om de schuldvergelijking vóór faillissement te rechtvaardigen¹⁵. Een gebrek aan tijdige opeisbaarheid dwarsboomt de schuldvergelijking in ieder geval ingeval de verrekeningsvordering is opgenomen in rekening-courant en deze niet wordt afgesloten vóór het faillissement¹⁶. Schuldvergelijking kan volgens de klassieke leer immers enkel plaatsvinden met het saldo van de rekening-courant, dat maar opeis-

baar wordt bij de afsluiting van de rekening¹⁷.

Het bovenstaande betreft de schuldvergelijking met de verbintenis tot volstorting vóór faillissement, maar geldt *mutatis mutandis* ook inzake andere vormen van samenloop.

4. Het hof van beroep van Gent neemt in het geannoteerde arrest een minderheidsstandpunt in op het vlak van de opeisbaarheid van de verbintenis tot volstorting. Het hof stelt dat het voor de schuldvergelijking niet vereist is dat de vennootschap vooraf het saldo van het onderschreven kapitaal bij alle vennoten opvraagt. De schuld, aldus het hof, ontstaat op het ogenblik dat de vennoot inschrijft op het kapitaal en de wet bepaalt alleen dat bij de inschrijving 1/5 moet gestort worden. Het hof besluit dat de vennoot vrijwillig kan overgaan tot een vereffening van het saldo van het door hem onderschreven kapitaal. Daarmee gaat het hof van beroep van Gent in tegen een nagenoeg unanieme rechtsleer en rechtspraak¹⁸.

Met het oordeel van het hof van beroep van Gent kan niet worden ingestemd¹⁹. Indien er geen andersluidende statutaire regeling bestaat²⁰, beslist het bevoegde orgaan van de vennootschap discretionair of en op welk tijdstip het om volstorting verzoekt. De enige grens terzake bestaat in het verbod op rechtsmisbruik²¹. Bij gebrek aan statutaire regeling zal het bevoegde orgaan van de vennootschap in de regel om volstorting verzoeken wanneer de effectieve storting van bijkomende, maar reeds toegezegde, middelen nodig is voor de goede werking van de vennootschap. Vaak voorkomend is ook het geval waarin de curator verzoekt om volstorting teneinde de verzamelde schuldeisers te kunnen voldoen. Indien het bevoegde orgaan niet om de volstorting verzoekt, komt het niet aan de aandeelhouder of vennoot toe om op eigen initiatief tot volstorting over te gaan, tenzij de statuten hem zulks zouden toestaan. De verbintenis tot volstorting is derhalve in beginsel maar opeisbaar én betaalbaar wanneer er

¹². O.m. Bergen 13 november 2006, *J.L.M.B.* 2007, 969; Kh. Brussel 22 april 1997, *T.R.V.* 2002, 534; Kh. Charleroi 11 september 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1086; Kh. Brussel 11 september 2003, *J.D.S.C.* 2005, 28 (weergave); zie Kh. Gent 10 maart 2003, *T.G.R.* 2003, 161; *contra*: Gent 10 oktober 2001, *T.R.V.* 2002, 454, kritische noot R. TAS en Gent 25 september 1991, *R.W.* 1991-92, 614; P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, "Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (suite) (1979-1990)", *R.C.J.B.* 1993, p. 693-694, nr. 93; D. HERBOSCH, "Betwistingen naar aanleiding van de volstoringsvordering ingesteld door de curator", *T.R.V.* 2002, p. 543, nr. 6; R. TAS, "De volstorting van het kapitaal na faillissement: van oprichtersaansprakelijkheid en mogelijkheid tot compensatie met het saldo van de rekening-courant", (noot onder Gent 10 oktober 2001), *T.R.V.* 2002, p. 459, nr. 4; R. AYDOGU en O. CAPRASSE, "Les avances d'associé et la libération du capital: deux notions équivalentes" (noot onder Luik 14 april 2005), *Rev. prat. soc.* 2004, p. 390, nr. 28 en de daar geciteerde rechtspraak; C. KRZEWSKI, weergave Brussel 13 november 2003, *T.B.H.* p. 503, nr. 5; zie D. VAN GERVEN, "Kroniek vennootschapsrecht 2006-2007", *T.R.V.* 2007, p. 433, nr. 71.

¹³. J. RONSE, *o.c.*, 308; M. WYCKAERT, *o.c.*, p. 341, nr. 484.

¹⁴. O.m. L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, p. 629, nr. 768.

¹⁵. O.m. Brussel 13 november 2003, *T.B.H.* 2004, 502, weergave C. KRZEWSKI; Antwerpen 19 februari 2001, *R.W.* 2001-02, 1438; Brussel 15 september 2000, *J.T.* 2001, 91; Gent 6 september 2000, *T.R.V.* 2001, 258, noot; Gent 25 september 1991, *R.W.* 1991-92, 614, *Rev. prat. soc.* 1992, 107, noot F. 'T KINT; Kh. Brussel 22 april 1997, *T.R.V.* 2002, 534; *contra*: Gent 10 oktober 2001, *T.R.V.* 2002, 454, kritische noot R. TAS en Gent 25 september 1991, *R.W.* 1991-92, 614. Zie hierna meer genuanceerd nr. 4.

¹⁶. Bv. Gent 9 november 1994, *T.R.V.* 1995, 323, noot.

¹⁷. Cf. Gent 25 september 1991, *R.W.* 1991-92, 614, *Rev. prat. soc.* 1992, 107, noot F. 'T KINT; J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1961-1965)", *R.C.J.B.* 1967, p. 327, nr. 37bis.

¹⁸. Zie ook reeds Gent 10 oktober 2001, *T.R.V.* 2002, 454, kritische noot R. TAS en Gent 25 september 1991, *R.W.* 1991-92, 614.

¹⁹. In die zin ook S. LOOSVELD, *l.c.*, p. 101, nr. 2.

²⁰. In casu werd dit blijkbaar niet onderzocht.

²¹. S. GILCART, "La faillite et les aléas de la libération du capital" (noot onder Kh. Leuven 2 mei 2002), *J.D.S.C.* 2003, p. 36, nr. 4.

een verzoek om volstorting voorligt. Het gegeven dat de verbintenis tot volstorting reeds bestaat op het ogenblik dat de aandeelhouder of vennoot inschrijft op het kapitaal doet hieraan niets af. Het bestaan van een verbintenis impliceert niet dat zij opeisbaar of betaalbaar is.

Problematisch inzake de schuldvergelijking met de volstortingsvordering is in de regel niet zozeer het gebrek aan opeisbaarheid van de volstortingsvordering, maar het gebrek aan betaalbaarheid van de volstortingssschuld. Om te kunnen overgaan tot schuldvergelijking moet namelijk de eigen schuld betaalbaar zijn, d.w.z. er mag geen termijnbepaling of voorwaarde bestaan in het voordeel van de schuldeiser van de vordering, en de verrekeningsvordering al – en nog – opeisbaar²². Op het vlak van de volstorting door middel van schuldvergelijking impliceert dit, aangezien het in de regel de aandeelhouder of vennoot is die zich op de schuldvergelijking beroept, dat de volstortingssschuld betaalbaar moet zijn en de vordering van de aandeelhouder of vennoot op de vennootschap opeisbaar. Het onderscheid tussen opeisbaarheid en betaalbaarheid mag bij de schuldvergelijking inzake volstorting worden genuanceerd. De opeisbaarheid van de volstortingsvordering en de betaalbaarheid van de volstortingssschuld zijn namelijk beide afhankelijk van dezelfde rechtshandeling, met name het verzoek om volstorting door het bevoegde orgaan. In de tijd gesitueerd vallen opeisbaarheid en betaalbaarheid bij volstorting door middel van schuldvergelijking in die optiek samen.

5. De bovenstaande, aan het vennootschapsrecht ontleende, verklaring inzake de opeisbaarheid en betaalbaarheid van de verbintenis tot volstorting, wordt in de rechtspraak soms gestoeld op de verbintenisrechtelijke principes inzake de verbintenis op termijn²³. De redenering luidt als volgt. De verbintenis tot volstorting kan worden aangemerkt als een verbintenis op termijn. Deze termijn bestaat, behou-

dens andersluidende statutaire regeling, evenzeer in het voordeel van de vennootschap als van de vennoot. De aandeelhouder of vennoot kan derhalve geen nuttig beroep doen op artikel 1187 B.W., op grond waarvan de termijn wordt vermoed te zijn overeengekomen in het voordeel van de schuldenaar. Omdat de termijn bij de verbintenis tot volstorting niet enkel tot voordeel van de aandeelhouder of vennoot strekt, kan deze laatste niet eenzijdig de schuldvergelijking bewerkstelligen door afstand te doen van het voordeel van de termijn. De mogelijkheid van facultatieve schuldvergelijking staat de aandeelhouder of vennoot met andere woorden niet open.

Van Ommeslaghe en Dieux hebben er op gewezen dat bovenstaande verbintenisrechtelijke verklaring niet afdoende is²⁴. Zij steunt enkel op de principes inzake de verbintenis op termijn, terwijl de verbintenis tot volstorting zowel op termijn als onder voorwaarde kan zijn. Indien in de statuten of een andere akte niets bepaald is omtrent het tijdstip van volstorting, kan de voorwaarde zelfs worden gekwalificeerd als een zuiver potestatieve opschortende voorwaarde. Het bevoegde orgaan beslist in dat geval immers exclusief en discretionair of en wanneer het om volstorting verzoekt. De mogelijkheid bestaat dat er nooit om volstorting wordt verzocht en de aandeelhouder of vennoot omwille van een andere reden van zijn verbintenis wordt bevrijd, bijvoorbeeld ingevolge een kapitaalvermindering door gehele of gedeeltelijke vrijstelling van het saldo van de inbreng²⁵. Het potestatief karakter komt bij de verbintenis tot volstorting van de zijde van de schuldeiser. Er is dan ook geen probleem inzake de geldigheid van de voorwaarde²⁶. Omdat de kwalificatie van de verbintenis tot volstorting als een loutere verbintenis op termijn te eng is, achten Van Ommeslaghe en Dieux de rechtsregels inzake de verbintenis op termijn, waaronder het vermoeden van artikel 1187 B.W., niet van toepassing op de verbintenis tot volstorting.

3. SCHULDVERGELIJING MET DE VOLSTORTINGSVORDERING NA SAMENLOOP

6. In België geldt de regel dat schuldvergelijking na samenloop in principe niet is toegestaan (art. 1298 B.W.; vgl. Nederland: art. 53 Fw. en Duitsland: § 95 InsO.). Op deze regel wordt een uitzondering aanvaard voor samenhan-

gende vorderingen die zijn ontstaan vóór de samenloop²⁷. Of de vereiste samenhang in het concrete geval voorhanden is, betreft een feitenkwestie²⁸. Sinds de invoering van de Wet financiële zekerheden geldt het verbod daarnaast ook niet

²² M.E. STORME, “Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden”, *T.P.R.* 2006, p. 1040, nr. 179.

²³ Kh. Bergen 10 november 1986, *Rev. prat. soc.* 1987, 81. Zie i.v.m. de verbintenis op termijn in het algemeen: DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, p. 290, nr. 503; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 536.

²⁴ P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (suite) (1979-1990)”, *R.C.J.B.* 1993, p. 693-695, nr. 93.

²⁵ P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, *l.c.*, p. 694, nr. 93; zie over zulke kapitaalvermindering: M. WYCKAERT, *o.c.*, p. 344-345, nrs. 489-490.

²⁶ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 532; DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, p. 298, nr. 521.

²⁷ Cass. 7 december 1961, *Pas.* 1962, I, 440; Cass. 2 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 3, *Pas.* 1983, I, 3, *J.T.* 1982, 739, *R.W.* 1983-84, 523; Cass. 25 mei 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, p. 1125, nr. 547, *Pas.* 1989, I, 1015, *R.C.J.B.* 1992, 348, noot, *R.W.* 1989-90, 331, *T.B.H.* 1989, 775; Cass. 12 januari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 27, *Pas.* 1996, I, 27, *R.W.* 1996-97, 269; Cass. 7 mei 2004, *J.L.M.B.* 2004, 948, *Pas.* 2004, 774, *T.B.H.* 2004, 716; Cass. 30 september 2005, *www.cass.be*; Cass. 7 april 2006, *J.T.* 2006, 645, *J.L.M.B.* 2006, 896, *NjW* 2006, afl. 153, 944, noot, *T.B.H.* 2006, 810; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 384, nr. 556.

²⁸ Cass. 7 mei 2004, *T.B.H.* 2004, 716; Cass. 12 januari 1996, *Pas.* 1996, I, 46; Cass. 2 september 1982, *J.T.* 1982, 739, *R.W.* 1983-84, 523.

meer inzake contractuele schuldvergelijking, ongeacht of de betrokken vorderingen al dan niet samenhangen (art. 14-15 Wet financiële zekerheden²⁹).

Toegepast op de schuldvergelijking met de volstortingsvordering betekent dit dat deze schuldvergelijking na samenloop niet meer mogelijk is, tenzij de volstortingsvordering en de verrekenningsvordering een nauwe samenhang vertonen of contractueel kunnen worden verrekend³⁰. Over de invulling van de vereiste samenhang zijn de rechtspraak en rechtsleer verdeeld³¹. Een meerderheid is terzake restrictief en aanvaardt de samenhang tussen de volstortingsvordering en de verrekenningsvordering, doorgaans uit hoofde van een rekening-courant of een geldlening, in de regel niet³². Een minderheid hanteert een ruimere, meer economische, invulling van de vereiste samenhang en aanvaardt de samenhang tussen de volstortingsvordering en de verrekenningsvordering in principe wel³³.

De vereiste samenhang om te kunnen overgaan tot schuldvergelijking na samenloop moet objectief worden beoordeeld. Dit gebeurt in principe aan de hand van de eigenschappen van de betrokken vorderingen³⁴. Het is aangewezen om geen rekening te houden met omstandigheden die louter de persoon van de titularis van een van de wederzijdse vorderingen betreffen. In die optiek is het bij de beoordeling van de vereiste samenhang bij schuldvergelijking met de volstortingsvordering irrelevant of de titularis van de verrekenningsvordering als aandeelhouder of vennoot al dan niet een invloed zou kunnen uitoefenen op de beslissing van het bestuursorgaan om de volstorting te vragen vóór de samenloop, bijvoorbeeld als bestuurder of zaakvoerder³⁵.

7. Het hof van beroep van Gent oordeelt in het geannoteerde arrest dat de volstortingsvordering en de vordering van de vennoot uit hoofde van een rekening-courant samen-

hangend zijn, want “*verknocht met het vennootschapsleven*”. Deze minderheidsopvatting is verdedigbaar. Zowel de volstorting, die verband houdt met de kapitaalopbouw van de vennootschap, als de vennootschappelijke rekening-courant (of bv. een geldlening aan de vennootschap) dragen bij tot de goede werking van die vennootschap. Zij kaderen in dezelfde financieringsgedachte³⁶. Alleszins in economische zin zijn zij in die optiek samenhangend. Zulke ruime, meer economische opvatting van de vereiste samenhang kadert in een gemeenrechtelijke tendens waarin de rechtspraak en rechtsleer de vereiste samenhang steeds ruimer invullen³⁷.

8. Tot slot mag nog enige kritiek worden geuit op de rechtstoepassing door het hof van beroep in het geannoteerde arrest. Het hof lijkt te impliceren dat het niet nodig is om te onderzoeken of de voorwaarden voor de schuldvergelijking reeds vóór de samenloop vervuld zijn, indien de vereiste samenhang om tot schuldvergelijking na samenloop te kunnen overgaan voorhanden is. Het is evenwel logischer en juridisch correcter om eerst te onderzoeken of er al dan niet schuldvergelijking is ingetreden vóór de samenloop en slechts bij negatief resultaat te onderzoeken of de te verrekenen vorderingen samenhangend zijn en daarom in aanmerking komen voor schuldvergelijking na samenloop³⁸. Praktisch gezien komt deze oefening wellicht als overbodig voor wanneer de te verrekenen vorderingen in concreto samenhangend zijn. De uiteindelijke uitkomst is in voorkomend geval namelijk sowieso dat de schuldvergelijking mogelijk is. Dit verklaart wellicht de pragmatische houding van het hof van beroep van Gent. Bovendien blijkt uit de feiten, voor zover bekend, niet dat beide vorderingen reeds vóór het faillissement in aanmerking kwamen voor schuldvergelijking. Aan de beoordeling over de vereiste samenhang was het hof dus hoe dan ook toegekomen.

²⁹. B.S. 1 februari 2005.

³⁰. R. HOUBEN, “Contractuele compensatie na samenloop”, *R.W.* 2005-06, p. 1167, nr. 12.

³¹. Zie o.m. het overzicht van R. AYDOGU en O. CAPRASSE, *l.c.*, p. 392 e.v., nrs. 31 e.v.; S. LOOSVELD, *l.c.*, 104-105.

³². Brussel 15 september 2000, *J.T.* 2001, 91; Gent 6 september 2000, *T.R.V.* 2001, 258, goedkeurende noot M. WYCKAERT; Luik 27 februari 1996, *T.R.V.* 2002, 528; Antwerpen 19 februari 2001, *R.W.* 2001-02, 1438; Kh. Luik 9 mei 2003, *DAOR* 2002, 418; S. GILCART, “La faillite et les aléas de la libération du capital” (noot onder Kh. Leuven 2 mei 2002), *J.D.S.C.* 2003, p. 38, nr. 5; C. KRZEWINSKI, weergave Brussel 13 november 2003, *T.B.H.* 2004, p. 503, nr. 5; R. TAS, “De volstorting van het kapitaal na faillissement: van oprichtersaansprakelijkheid en mogelijkheid tot compensatie met het saldo van de rekening-courant” (noot onder Gent 10 oktober 2001), *T.R.V.* 2002, p. 460, nr. 6.

³³. Luik 14 april 2005, *Rev. prat. soc.* 2004, 369; Kh. Brussel 25 januari 2000, *Rev. prat. soc.* 2001, 315; F. T’KINT, noot onder Gent 25 september 1991, *Rev. prat. soc.* 1992, p. 111-112.

³⁴. Zie ook de definitie van samenhang bij C. GABET-SABATIER, “Le rôle de la connexité dans l’évolution du droit des obligations”, *Rev. trim. dr. civ.* 1980, p. 62, nr. 43 en de omvattende bijdrage van M. VAN QUICKENBORNE, “Réflexions sur la connexité objective, justifiant la compensation après faillite” (noot onder Cass. 25 mei 1989), *R.C.J.B.* 1992, 354-390.

³⁵. In die zin S. LOOSVELD, *l.c.*, 105; *contra*: R. AYDOGU en O. CAPRASSE, *l.c.*, p. 398-400, nrs. 39-41; vgl. Antwerpen 19 februari 2001, *R.W.* 2001-02, 1438.

³⁶. *Cf.* F. T’KINT, *l.c.*, 111-112; R. AYDOGU en O. CAPRASSE, *l.c.*, p. 398, nr. 37; S. LOOSVELD, *l.c.*, 105; Kh. Brussel 25 januari 2000, *Rev. prat. soc.* 2001, 315.

³⁷. Zie het overzicht: R. HOUBEN, “Contractuele compensatie na samenloop”, *R.W.* 2005-06, p. 1163, nr. 4; vgl. M.E. STORME, *l.c.*, p. 1046, nr. 188.

³⁸. In die zin ook D. HERBOSCH, “Betwistingen naar aanleiding van de volstortingsvordering ingesteld door de curator”, *T.R.V.* 2002, p. 543, nr. 6.