
HOF VAN BEROEP ANTWERPEN 8 MEI 2003

VENNOOTSCHAP

Naamloze vennootschap – Kapitaal – Instandhouding – Uitkering – Dividend – Artikel 617 W.Venn.

De jaarrekening waarvan sprake in artikel 617 W.Venn. is de jaarrekening van het (volledige) boekjaar onmiddellijk voorafgaand aan de bewuste uitkering.

Om te beoordelen of een som kan uitgekeerd worden, moet uitgegaan worden van het nettoactief zoals dat blijkt uit de jaarrekening, en kan dus geen rekening gehouden worden met niet-uitgedrukte meerwaarden.

*NV Codreca/M. Vanbuul, G. Alofs, F. Ruyschaert advocaten q.q. faillissement NV Vanherf
Zet.: E. Hulpiau (voorzitter), E. Lemmens en J. Embrechts (raadsheren)
Pl.: Mrs. A. Gerkens en M. Bernaerts*

1. De antecedenten en de vorderingen

Het voorwerp van de door geïntimeerden, in hun hoedanigheid van curators van de op 18 mei 1998 door de Rechtbank van Koophandel te Tongeren failliet verklaarde NV Vanherf, bij conclusie d.d. 8 oktober 1999 in ondergeschikte orde tegen appellante ingestelde vordering en de daaraan ten grondslag liggende feiten werden correct uiteengezet in het bestreden vonnis d.d. 5 december 2001 van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren en dit hof verwijst daar naar. De eerste rechter verklaarde deze vordering gegrond.

Appellante, die bij een ter griffie van dit hof op 18 maart 2002 neergelegd verzoekschrift hoger beroep instelde, besluit tot de gehele of gedeeltelijke ongegrondheid van de vordering.

Geïntimeerden besluiten tot de gedeeltelijke gegrondheid van het hoger beroep en meer bepaald wat betreft de door de eerste rechter op de hoofdsom toegekende rente (de gerechtelijke rente vanaf de “datum van het faillissement”) en zijn akkoord dat deze gerechtelijke rente slechts vanaf 8 oktober 1999 kan toegekend worden.

2. Beoordeling

Er bestaat geen betwisting over het feit dat de uitkering van het litigieus “superdividend” ad 15 miljoen BEF op 8 februari 1998 door NV Vanherf aan appellante (aandeelhouder van 2.100 aandelen van NV Vanherf) een oneigenlijke uitkering (door vermindering van het eigen vermogen) was die kaderde in door appellante, NV Vanherf en KBC Bank uitgewerkte financiering van de overdracht d.d. 8 augustus 1996 van de aandelen van NV Vanherf door Michel en Leonard Vanherf aan NV Codreca (appellante) – een patrimoniumvennootschap – en Werner Dreessen (gedelegeerd bestuurder van NV Codreca, en na de over-

SOCIÉTÉS

Société anonyme – Capital – Maintien – Bénéfice distribuable – Dividende – Article 617 C.soc.

Les comptes annuels visés à l'article 617 du Code des sociétés sont les comptes annuels de l'exercice (complet), précédant immédiatement la distribution de dividende.

Pour juger si une somme peut être distribuée, l'on doit partir de l'actif net, tel qu'il résulte des comptes annuels, et l'on ne peut pas tenir compte des plus-values non exprimées.

dracht ook van NV Vanherf) aan de prijs van 22 miljoen BEF.

Het bestreden vonnis heeft de in het kader van deze financiering door KBC BANK aan NV Vanherf toegestane kredieten en de daarvoor verworven zekerheden rechtsgeldig en tegenwerpbaar aan de curators van de failliete NV Vanherf verklaard en tegen dit onderdeel van het vonnis werd geen rechtsmiddel ingesteld.

De betwisting tussen partijen houdt verband met de interpretatie (en draagwijdte) die dient gegeven te worden aan de tekst van artikelen 617 en 619 W.Venn. (voorheen art. 77bis Venn.W.).

Voormelde wettekst is duidelijk waar hij verwijst naar “het nettoactief zoals dat blijkt uit de jaarrekening op de datum van afsluiting van het laatste boekjaar”: daarmee wordt dus de jaarrekening van het (uiteraard volledige) boekjaar onmiddellijk voorafgaand aan de bewuste uitkering bedoeld en deze bepaling vooronderstelt dan ook dat deze jaarrekening vóór de bewuste “oneigenlijke” uitkering opgemaakt en (alleszins door de bestuurders) gekend was, daar van belang is dat alleszins *a posteriori* uit de definitieve jaarrekening blijkt dat er op het ogenblik van de uitkering (in casu op 8 februari 1998) de door voormelde wetsartikelen vereiste uitkeerbare ruimte was.

In casu werd de ontwerpjaarrekening per 31 december 1997 pas na 8 februari 1998 opgesteld en was de door voormelde wettekst bedoelde jaarrekening dan ook deze van 31 december 1996 (periode 1 januari 1996 – 1 december 1996), die werd goedgekeurd door de algemene vergadering van 30 mei 1997.

De door NV Vanherf op 30 juni 1997 opgestelde tussentijdse balans geeft slechts een tussentijdse en voorlopige toestand

weer van de financiële situatie van de vennootschap op een welbepaald ogenblik tijdens het lopende boekjaar 1997 en kon dan ook niet de door voormelde wetsartikelen bedoelde "jaarrekening op datum van afsluiting van het laatste boekjaar" zijn en het feit dat de algemene vergadering d.d. 30 juni 1997 van NV Vanherf besliste om met éénparigheid van stemmen "in te stemmen met de uitkering van een superdividend van 15.000.000 BEF door vermindering van het eigen vermogen, gesteund op de afgesloten jaarrekening van 31 december 1996 en de tussentijdse balans van 30 juni 1997" doet daaraan geen afbreuk.

De voormelde wetteksten bepalen ook duidelijk wat onder nettoactief moet verstaan worden: "het totaal bedrag van de activa zoals dat blijkt uit de balans, verminderd met de voorzieningen en schuld". De door appellante verdedigde interpretatie naar de "geest van de wet" is strijdig met deze duidelijke wetteksten en kan daarom niet bijgetreden worden.

De door appellante op aandringen van KBC aan NV Vanherf op 4 oktober 1997 en 5 februari 1998 toegekende achtergestelde leningen ad resp. 3 miljoen BEF en 2 miljoen BEF zijn geen activa (in de zin van voormelde wetteksten) en kunnen niet met kapitaal gelijkgesteld worden: zij werden als dusdanig (d.w.z. als kapitaal) ook niet vermeld in enige (ontwerp)jaarrekening.

Met de door appellante ingeroepen niet-uitgedrukte meerwaarde op de onroerende goederen (een industriegebouw dat in de jaarrekening d.d. 31 december 1996 vermeld werd met een waarde van 4.414.438 BEF) kan, gelet op de duidelijke wetteksten van artikel 617 W.Venn. (oud art. 77bis Venn.W.) bij de bepaling van de wettelijke ruimte voor de litigieuze "oneigenlijke uitkering", ook geen rekening gehouden worden, nu volgens deze wetteksten enkel rekening kan gehouden worden met het nettoactief "zoals dat blijkt uit de jaarrekening".

In casu werd in geen enkele aan de litigieuze uitkering voorafgaande jaarrekening een herwaardering van het onroerend goed doorgevoerd (deze herwaardering gebeurde voor de eerste maal in een in mei 1998 opgestelde interne jaarrekening).

Bovendien merken geïntimeerden terecht op dat deze "latente meerwaarde" op het ogenblik van de litigieuze uitkering meer dan waarschijnlijk niet zou hebben kunnen beletten dat er wettelijk onvoldoende uitkeerbare ruimte was om op 8 februari 1998 een superdividend ad 15 miljoen BEF uit te keren, nu in 1997 een bedrijfsverlies geleden werd van 3.223.451 BEF, dat op 11 mei 1998 reeds opgelopen was tot 23.123.858 BEF en waardoor deze meerwaarde (volgens appellante 16.833.285 BEF, het industriegebouw werd door de curator verkocht "voor een bedrag ruim boven de tien miljoen BEF" – dixit appellante –) dus volledig geneutraliseerd werd.

Appellante, samen met W. Dreessen enig aandeelhouder van NV Vanherf en wiens gedelegeerd bestuurder (W. Dreessen)

tevens gedelegeerd bestuurder van NV Vanherf was, diende in casu dan ook te weten dat zij de door artikel 617 W.Venn. (oud art. 77bis Venn.W.) bepaalde grens voor de uitkering van het "superdividend" overschreden had. Appellante verschuilt zich daarbij ten onrechte achter het positief advies dat KBC (overigens medio 1996, toen de jaarrekening per 31 december 1996 nog niet gekend was) m.b.t. de uitkering van dit superdividend gegeven had, nu vooreerst KBC er zelf belang bij had dat het superdividend zou uitgekeerd worden (aangezien deze uitkering de gedeeltelijke terugbetaling van het aan appellante verstrekt krediet moest waarborgen), en vervolgens appellante en haar gedelegeerd bestuurder W. Dreessen zelf onafhankelijk van KBC moesten en konden nagaan of de boekhoudkundige gegevens getoetst aan de duidelijke bepalingen van artikel 617 W.Venn. (oud art. 77bis Venn.W.) voldoende wettelijke uitkeringsruimte voor dit superdividend verschafte.

Het feit dat een door appellante geraadpleegd bedrijfsrevisor van Deloitte & Touche ten onrechte van oordeel was dat de litigieuze uitkering de in artikel 617 W.Venn. bepaalde uitkeringsgrens niet overschreed (cf. de inhoud van de brief d.d. 26 november 1998 van Deloitte & Touche aan appellante), ontslaat appellante niet van voormelde verantwoordelijkheid omdat deze verkeerde beoordeling – waarvan door de neergelegde stukken zelfs niet bewezen is dat zij reeds bestond op het ogenblik van de litigieuze uitkering – hoe dan ook haar toerekenbaar blijft.

Op grond van voormelde motieven heeft de eerste rechter terecht geoordeeld dat bij toepassing van artikel 617 W.Venn. in casu op 8 februari 1998 maximaal 12.821.723 BEF (17.502.723 BEF nettoactief – 4.050.000 BEF gestort kapitaal – 205.000 BEF niet-uitkeerbare reserves – 426.000 BEF onbeschikbare reserves) als "superdividend" mocht uitgekeerd worden en heeft hij appellante bij toepassing van artikel 619 W.Venn. (oud art. 77bis Venn.W.) terecht veroordeeld tot terugbetaling van het excedent van 2.178.277 BEF.

Op dit bedrag kan echter maar gerechtelijke rente worden toegekend vanaf 8 oktober 1999.

Nu het hoger beroep grotendeels ongegrond is, blijven de kosten in hoger beroep ten laste van de partij die ze gemaakt en/of begroot heeft.

Om die redenen:

Het hof,

Rechtdoende op tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de Wet van 15 juni 1935;

Verklaart het hoger beroep slechts ten dele gegrond als volgt;

Wijzig het bestreden vonnis enkel in zoverre het oordeelde over de gerechtelijke intresten op de ten laste van appellante uitgesproken veroordeling tot betaling van een geldsom ad

2.178.277 BEF of 53.998,08 EUR en desbetreffend opnieuw recht doende;

Verhoogt voormelde som met gerechtelijke rente vanaf 8 oktober 1999 tot datum van betaling of kantonnering;

Laat de kosten in hoger beroep ten laste van de partij die ze gemaakt en/of begroot heeft.

(...)

Noot

Moet de mogelijkheid tot winstuitkering volgens artikel 617 W.Venn. steeds aan de hand van de laatste jaarrekening berekend worden?

Hans De Wulf¹

1. Gerechtelijke uitspraken waarin artikel 617 W.Venn. centraal staat, zijn zeldzaam, en daarom alleen al het publiceren waard. Artikel 617 luidt:

“Geen uitkering mag geschieden indien op de datum van afsluiting van het laatste boekjaar het nettoactief, 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.

Onder nettoactief moet worden verstaan: het totaalbedrag van de activa zoals dat blijkt uit de balans, verminderd met de voorzieningen en schulden. Voor de uitkering van dividenden en tantièmes mag het eigen vermogen niet omvatten:

- 1° het nog niet afgeschreven bedrag van de kosten van oprichting en uitbreiding;
- 2° behoudens in uitzonderingsgevallen, te vermelden en te motiveren in de toelichting bij de jaarrekening, het

nog niet afgeschreven bedrag van de kosten van onderzoek en ontwikkeling”.

Tot de essentie herleid is de boodschap van artikel 617 dat winsten niet mogen uitgekeerd worden zolang er nog verliezen op de balans voorkomen, omdat op die manier “het kapitaal aangetast zou worden”. Men mag geen uitkeringen doen die zouden resulteren in een nettoactief met een kleinere waarde dan het kapitaalbedrag. Dergelijke vereenvoudiging gaat evenwel voorbij aan de talrijke interpretatievragen die de bewoordingen van het artikel doen rijzen². In deze noot willen we slechts op één van die vragen ingaan, die ook in het geannoteerde arrest centraal staat, nl. op welk moment moet men zich plaatsen om de berekening die artikel 617 oplegt, te maken: is de laatste (goedgekeurde) jaarrekening determinerend, of moet men uitgaan van de vermogenstoestand van de vennootschap op het einde van het laatste boekjaar, ook al bestaat daarover nog geen (goedgekeurde) jaarrekening?

FEITEN EN BESLISSING VAN HET HOF VAN BEROEP

2. Het geschil voor het hof van beroep draaide rond de terugvordering, door de curator van een inmiddels failliete vennootschap, van een tussentijds dividend dat aan een aandeelhouder (appelante) was uitbetaald. De terugvordering was gebaseerd op artikel 619 W.Venn. dat bepaalt dat elke uitkering in strijd met de artikelen 617 of 618 W.Venn. door de aandeelhouder die haar heeft ontvangen, moet worden terugbetaald, indien de vennootschap bewijst dat die aandeelhouder wist of moest weten dat de uitkering te zijnen gunste met schending van die wetsartikelen was gebeurd.

In casu was aan appelante een “superdividend”, zijnde een tussentijds dividend, van 15 miljoen BEF uitgekeerd bij beslissing van de (buitengewone) algemene vergadering van 8 februari 1998. De precieze feiten zijn moeilijk te reconstrueren aan de hand van de tekst van het arrest alleen. In elk

geval is duidelijk dat het hof van oordeel is dat de vennootschap zich bij het doen van de uitkering ten onrechte gebaseerd heeft op een tussentijdse balans van 30 juni 1997. Bovendien heeft de vennootschap bij het bepalen van de uitkeerbare ruimte ten onrechte achtergestelde leningen als kapitaal beschouwd en meerwaarden die in geen enkele (ontwerp)jaarrekening waren uitgedrukt, toch mee in rekening genomen.

3. Het arrest is enigszins ongelukkig geformuleerd. Enerzijds stelt het dat waar artikel 617 W. Venn. verwijst naar “het nettoactief zoals dat blijkt uit de jaarrekening”, daarmee de jaarrekening van het boekjaar onmiddellijk voorafgaand aan de uitkering bedoeld wordt. Het lijkt erop dat het hof, om zijn bedoeling helemaal correct weer te

¹ Docent, Instituut Financieel Recht, UGent.

² Bv. de vraag naar de juiste interpretatie van het woord “uitkeringen”. Of: waarom wordt een onderscheid gemaakt tussen uitkering van dividenden en andere vormen van uitkering?