

# Hof van Cassatie van België

## Arrest

Nr. C.23.0088.N

1. **CERTI bv**, met zetel te 9000 Gent, Tijgerstraat 17, bus 202, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0819.604.963,

2. **S. R.**,

eisers,

vertegenwoordigd door mr. Werner Derijcke, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 65/11, waar de eisers woonplaats kiezen,

**tegen**

1. **N. V.**, advocaat,

2. **M. V.**, advocaat,

in hun hoedanigheid van curatoren van het faillissement van **CARIR CARTONNAGE bv**, met zetel te 8800 Roeselare, Industrieweg 47, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0405.539.776,

verweerders,

vertegenwoordigd door mr. Martin Lebbe, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1060 Brussel, Jourdanstraat 31, waar de verweerders woonplaats kiezen.

## **I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF**

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent van 26 september 2022.

Raadsheer Sven Mosselmans heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Els Herregodts heeft geconcludeerd.

## **II. CASSATIEMIDDEL**

De eisers voeren in hun verzoekschrift, dat aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

## **III. BESLISSING VAN HET HOF**

### ***Beoordeling***

#### *Eerste onderdeel*

#### *Eerste subonderdeel*

1. Krachtens artikel 265, § 1, Wetboek van Vennootschappen, zoals van toepassing, kunnen zaakvoerders of gewezen zaakvoerders alsmede alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap ten belope van het tekort, indien komt vast te staan dat een door hen begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement.

2. Anders dan het subonderdeel aanvoert, kan een voorstel van een bestuurder tot uitkering van dividenden en tantièmes een kennelijk grove fout uitmaken in de zin van voormeld artikel, ook al blijft dat voorstel binnen de kwantitatieve

bepkeringen van de vennootschapswetgeving die strekken tot kapitaalbescherming.

In zoverre het subonderdeel uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt het naar recht.

3. Anders dan het subonderdeel nog aanvoert, sluit de omstandigheid dat het door de bestuurder gedane voorstel tot winstuitkering samen met de jaarrekening is goedgekeurd door de algemene vergadering van de vennootschap die dienovereenkomstig heeft beslist tot uitbetaling van dividenden en tantièmes en vervolgens kwijting heeft verleend aan de bestuurder, de aansprakelijkheid van de bestuurder wegens kennelijke grove fout met toepassing van voormeld artikel niet uit.

In zoverre het subonderdeel uitgaat van het tegendeel, faalt het naar recht.

### ***Dictum***

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eisers tot de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eisers op 959,36 euro en op de som van 650 euro rolrecht verschuldigd op de Belgische Staat.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, als voorzitter, en de raadsheren Bart Wylleman, Sven Mosselmans, Myriam Ghyselen en Michael Traest, en in openbare rechtszitting van 23 mei 2024 uitgesproken door sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, in aanwezigheid van advocaat-generaal Els Herregodts, met bijstand van griffier Wim Vanderputten.

W. Vanderputten

M. Traest

M. Ghyselen

S. Mosselmans

B. Wylleman

B. Deconinck

# VOORZIENING IN CASSATIE

---

Voor

1. **CERTI, besloten vennootschap**, met maatschappelijke zetel te 9000 Gent, Tijgerstraat 17 bus 202, ingeschreven met KBO-nummer 0819.604.963
2. **S. R.**,

Eisers tot cassatie,

bijgestaan en vertegenwoordigd door Meester Werner DERIJCKE, ondertekende advocaat bij het Hof van cassatie, wiens kantoor gevestigd is te 1050 Brussel, Louizalaan 65, bus 11, bij wie keuze van woonplaats wordt gedaan,

Tegen

1. Meester **N. V.** q.q. en
2. Meester **M. V.** q.q.,

beiden advocaten met kantoor te (...), in hun hoedanigheid van curatoren over het faillissement van **CARIR CARTONNAGE, besloten vennootschap**, met zetel te 8800 Roeselare, Industrieweg 47, ingeschreven met KBO-nummer 0405.539.776, hiertoe aangesteld bij vonnis van de ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Kortrijk van 20 oktober 2016 [B.S., 24 oktober 2016],

Verweerders in cassatie

\*\*\*

Aan Mevrouw de eerste voorzitter en de heer voorzitter van het Hof van cassatie, aan de Dames en Heren raadsheren, die het Hof van cassatie samenstellen,

Hooggeachte Dames en Heren,

Eisers hebben de eer het arrest aan uw toezicht te onderwerpen dat op 26 september 2022 op tegenspraak tussen partijen is geweest door de 7<sup>de</sup> kamer van het hof van beroep Gent [rolnummer 2020/AR/1403; rep nr. 2022/6347].

## Feiten en procedurevoorgaanden

De feiten en de procedurevoorgaanden, zoals die blijken uit de stukken waarop uw Hof vermag acht te slaan – inzonderheid het bestreden arrest – kunnen als volgt worden samengevat.

1. De NV CARIR CARTONNAGEINDUSTRIE – waarvan verweerders thans de curatoren zijn – was actief in de productie en verkoop van kartonnen verpakkingen.

Zij werd bestuurd door de BV MALISA (met als vaste vertegenwoordiger de heer P.M) en door mevrouw L.M.

2. Op **30 september 2013** werd CARIR CARTONNAGEINDUSTRIE omgevormd tot een BVBA. De naam werd gewijzigd in CARIR CARTONNAGE.

De heer bedrijfsrevisor B.R. maakte een verslag op om na te gaan of er enige overwaardering was van het netto-actief of passief in de boekhoudkundige staat per 30 juni 2013. Hij maakte melding van de volgende onzekerheden:

- “De terreinen werden in het vorige boekjaar geherwaardeerd ten bedrage van 547.517,53 euro. Deze meerwaarde is slechts verantwoord in zoverre een toekomstige positieve rentabiliteit kan worden behaald.”
- het tegoed ten aanzien van de moedermaatschappij (BV MALISA) is slechts inbaar in zoverre de voorgestelde herstructurering kan worden gerealiseerd.

Dit laatste had betrekking op een vordering in rekening-courant van 606.907,79 euro, bedrag dat BV MALISA verschuldigd was aan BV CARIR CARTONNAGE.

BV MALISA en mevr. M.L namen ontslag als bestuurders van de NV CARIR CARTONNAGEINDUSTRIE.

Mevr. M.L werd aangesteld als zaakvoerder van de BV CARIR CARTONNAGE.

3. Op **4 oktober 2013** vond een aandelenoverdracht plaats en wijzigde het bestuur van BV CARIR CARTONNAGE.

- Eiseres verwierf alle aandelen van BV MALISA, die op haar beurt eigenaar was van 4.197 (van de 4.207) aandelen van de BV CARIR CARTONNAGE.
- Eiser verwierf de overige 10 aandelen van BV CARIR CARTONNAGE van de heer P.M..

Alle aandelen waren na deze overdracht in handen van eisers.

Eiseres (met eiser als vaste vertegenwoordiger) werd benoemd tot zaakvoerder van BV CARIR CARTONNAGE in vervanging van mevr. M.L. die ontslag nam.

Later zouden de heer S. D. C. en mevr. C.H. EEN MINDERHEIDSPARTICIPATIE VAN 620 aandelen verwerven.

4. Eiser wenste, via eiseres, BV CARIR CARTONNAGE te herstructureren en voerde hierover ook gesprekken met BELFIUS en KBC.

In het verlengde boekjaar 1 juli 2013-31 december 2014 van BV CARIR CARTONNAGE werden een aantal acties ondernomen:

- Op **11 april 2014** verkocht BV CARIR CARTONNAGE haar onroerend goed voor 2.150.000 euro aan BV CERTI-INVEST, WAARVAN EISER DE ZAAKVOERDER WAS.

Vervolgens werd met de koper een huurovereenkomst gesloten waarbij BV CARIR CARTONNAGE het onroerend goed verder zou huren van de koper.

De huurprijs bedroeg 15.398,85 euro per maand.

- In de jaarrekening per **31 december 2014** werden twee afgeschreven machines van BV CARIR CARTONNAGE geherwaardeerd voor 909.900 euro op basis van een schattingsverslag.

Hierdoor steeg het eigen vermogen per 31 december 2014 van 456.859 euro tot 1.124.596 euro.

De winst van het boekjaar bedroeg 852.355 euro ingevolge de verkoop van het onroerend goed. Het bedrijfsverlies bedroeg weliswaar 827.080 euro (tegenover een bedrijfsverlies van 374.641 euro in het jaar voordien)

5. Op **1 april 2015** fuseerden eerste eiseres en de BV MALISA waarbij de BV MALISA werd overgenomen door eerste eiseres.

Hierdoor ging ook de schuld in rekening-courant van de BV MALISA ten aanzien van de BV CARIR CARTONNAGE over op eerste eiseres.

6. Op **15 april 2015** keurde de algemene vergadering de jaarrekening per 31 december 2014 goed.

Daarin werd aan de (uitzonderlijke) winst van 852.355 euro volgende bestemming gegeven :

- 305.065,47 euro werd aangewend voor het overgedragen verlies van boekjaar 2013, waarmee bancaire schulden werden aangezuiverd;
- 289,27 euro werd toegevoegd aan de reserves;

- 497.000 euro werd aan eisers, volgens hun aandeelhoudersverhouding, uitgekeerd als dividend;
- 50.000 euro werd toegekend als tantième aan eiseres.

7. Op **18 mei 2015** werden de toegekende dividenden uitbetaald.

Op **31 mei 2015**, dus onmiddellijk aansluitend op de uitbetaling, heeft eerste eiseres het haar uitbetaalde bedrag van 495.818,64 euro aangewend om haar schuld in rekening-courant, die (oorspronkelijk een schuld van de BV MALISA was en op dat ogenblik 691.834,39 euro bedroeg), aan te zuiveren.

Het saldo van de rekening-courantschuld van eerste eiseres werd in de loop van het boekjaar 2015 verder met eigen middelen van eerste eiseres aangezuiverd tot deze volledig was betaald.

Dit wordt aangetoond door stuk 14 van het dossier van eisers voor het hof van beroep. Dit stuk 14 wordt bij deze voorziening als Bijgevoegd Stuk 2 gevoegd. Er zal er worden op teruggekomen in het derde subonderdeel van het eerste onderdeel van het enige cassatiemiddel en in de ontwikkeling bij dat derde subonderdeel.

8. Op **17 juni 2016** keurde de algemene vergadering van BV CARIR CARTONNAGE de jaarrekening per 31 december 2015 goed.

Er werd kwijting verleend aan de zaakvoerder.

Het eigen vermogen bedroeg toen 825.734,29 euro.

Er was in boekjaar 2015 een te bestemmen verlies van 298.862,16 euro.

9. Vanaf juni 2016 betaalde de BV CARIR CARTONNAGE de huur aan BV CERTI-INVEST niet meer.

Bij vonnis van **18 oktober 2016** van het vreedegerecht Roeselare werd de huurovereenkomst ontbonden en werd BV CARIR CARTONNAGE bij verstek veroordeeld tot betaling van de achterstallige huur van 61.595,40 euro, meer wederverhuringsvergoeding van 92.393,10 euro.

10. Op **20 oktober 2016** werd BV CARIR CARTONNAGE op bekentenis failliet verklaard en werden verweerders als curatoren aangesteld.

Na faillissement hebben eisers het actief overgedragen aan een concurrent van BV CARIR CARTONNAGE. Deze nam ook de aandelen van BV CERTI-INVEST over.

Eisers realiseerden een actief van 603.148,37 euro.

Blijkens het derde proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen bedroeg het aanvaard passief 1.759.306,11 euro.



18. De minderheidsaandeelhouders van BV CARIR CARTONNAGE [zie hierboven, randnr. 3] hebben op **9 december 2016** voor de toenmalige rechtbank van koophandel Gent, afdeling Kortrijk, een aansprakelijkheidsprocedure ingeleid tegen o.m. eisers.

Bij vonnis van **4 april 2018** verklaarde de rechtbank die vordering “*ontvankelijk maar ongegrond*”<sup>1</sup>.

11. Op **12 maart 2019** dagvaardden verweerders eisers op grond van hun bestuurdersaansprakelijkheid.

12. Met het vonnis van **24 maart 2020** van de ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Kortrijk, werd de vordering van verweerders deels gegrond verklaard.

Eisers werden solidair veroordeeld om aan verweerders de som van 495.818,64 euro meer gerechtelijke intrest te betalen.

Het meer gevorderde werd afgewezen.

Eisers werden veroordeeld tot de gerechtskosten.

13. Op **1 september 2020** tekenden eisers hoger beroep aan tegen voormeld vonnis.

Met het bestreden arrest, gewezen op **1 januari 2022**, oordeelde het hof van beroep dat het hoger beroep van eisers ongegrond was. Het incidenteel beroep van verweerders werd evenzo afgewezen als ongegrond. De appelrechters oordeelden:

“Het hof [van beroep]:

- verklaart het hoofdberoep [van eisers] toelaatbaar doch ongegrond.
- verklaart het incidenteel beroep van [verweerders] toelaatbaar doch ongegrond.
- [b]evestigt integraal het bestreden vonnis van de tweede kamer van de ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Kortrijk van 24 maart 2020
- veroordeelt [eisers] tot de kosten van het geding in hoger beroep,
  - begroot voor [verweerders] op nul euro
  - niet verder cijfermatig begroot voor [eisers] nu deze kosten (inclusief de al in rekening gebrachte bijdrage van 20 euro aan het Begrotingsfonds voor juridische tweedelijnsbijstand) ten laste blijven van hen.
- zegt voor recht dat [eisers] na uitnodiging, ook de rolrechten van 400 euro moeten betalen aan de Belgische Staat, FOD Financiën.”

---

<sup>1</sup> Bijgevoegd Stuk nr. 1.

\*\*\*

Eisers wensen tegen het bestreden arrest op te komen met het volgende enige cassatiemiddel.

### **Enig cassatiemiddel**

#### **Geschonden wetsbepalingen**

- Artikel 265, § 1, van het wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing van die bepaling bij wet van 11 augustus 2017;
- Artikelen 19, 64, 178, eerste lid [dit lid zowel voor als na de wet van 15 april 2018], 198, § 2, 3<sup>de</sup> lid, 263, 284, 285 en 320 van het wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing van dat wetboek bij wet van 23 maart 2019;
- Artikelen 8.17 en 8.18 van Boek VIII (Bewijs) van het burgerlijk wetboek;
- Artikelen 1319, 1320 en 1322 van het oud burgerlijk wetboek, zoals van toepassing vóór hun opheffing bij wet van 13 april 2019;
- Artikel 1139, 4<sup>o</sup>, van het gerechtelijk wetboek;

#### **Aangevochten beslissing**

Gevat door het hoger beroep van eisers tegen het vonnis van de tweede kamer van de ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Kortrijk [A.R. nr. A/19/00772] – dat eisers, op vordering van verweerders, had veroordeeld tot betaling van “*het bedrag van 495.818,64 EUR (vierhonderdvijfennegentigduizend achthonderdachttien euro en vierenzestig cent), meer de gerechtelijke interesten gelijk aan de wettelijke intrestvoet vanaf de datum van dagvaarding tot de dag van algehele betaling*”, wegens “*kennelijk grove fout*”, en eisers tevens in de kosten van het geding had verwezen – verklaren de appelrechters het hoger beroep van eisers ongegrond, bevestigen zij het vonnis van de eerste rechters en veroordelen zij eisers tot de gerechtskosten in hoger beroep op grond van volgende redengeving [bestreden arrest, blz. 19-22]:

#### **“4.2.5. Uitkering dividend en tantième**

45. *In de jaarrekening eindigend op 31 december 2014 werd er een dividend aan BV MALISA (kort nadien opgegaan in [eiseres]) van 495.818,64 euro toegekend en een tantième van 50.000 euro aan [eiseres].*

*Het hof [van beroep] stelt vast dat [verweerdere] geen schending van artikel 320 W.Venn., betreffende kapitaalsbescherming, inroepen. Voor zoveel als nodig sluit het hof [beroep] zich aan bij de beoordeling van de eerste rechters op de pagina's 15 en 16 van het vonnis a quo waar zij geen schending van artikel 320 W.Venn. weerhielden.*

*De uitkering maakt op zich dan geen inbreuk uit op artikel 263 W.Venn., zijnde aansprakelijkheid wegens een inbreuk op de vennootschapswetten of de statuten.*

46. *[Verweerdere] voeren verder aan dat de uitkering in combinatie met het verderzetten van een deficitaire activiteit een inbreuk uit maakt op artikel 262 W.Venn. en artikel 1382 oud BW. Minstens maakt dit volgens hen een kennelijk grove fout uit in combinatie met andere fouten waaronder de onwettige herwaardering, het niet-naleven van de alarmbelprocedure en het afhalen van gelden van de BV CARIR CARTONNAGE.*

47. *Op basis van artikel 265§1 W.Venn. kan een zaakvoerder, indien bij het faillissement van de vennootschap de schulden de baten overtreffen en indien een door hem begane, kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement van de vennootschap, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap ten belope van het tekort.*

*[Verweerdere] dienen dan onder meer aan te tonen dat*

- *er sprake is van een kennelijke fout, zijnde een manifeste fout die elk normaal zorgvuldig en omzichtig bestuurder niet zou hebben gemaakt. Een grove fout betreft een fout die de essentiële normen van het dagelijkse leven en van de samenleving aantast en waarvan de bestuurder wist dat ze schade zou veroorzaken.*
- *Er een verband is tussen de kennelijk grove fout en het faillissement.*

48. *Het hof [van beroep] stelt dienaangaande het volgende vast.*

*BV MALISA had een historische schuld in rekening-courant aan BV CARIR CARTONNAGE van 606.907,79 euro op 30 juni 2013, zijnde net voor de aandelenoverdracht door [eiseres].*

*De schuld van MALISA in rekening-courant liep nadien op met ongeveer 85.000 euro, zijnde tot 691.834,39 euro op 31 december 2014 hetgeen impliceert dat zij bijkomende liquide middelen onttrok aan BV CARIR CARTONNAGE. Wel*

heeft [eiseres] in hetzelfde jaar 51.215,62 euro ter beschikking gesteld van BV CARIR CARTONNAGE via de rekening-courant.

Na de fusie door overname tussen MALISA en [eiseres] van 1 april 2015, waarbij de schuld in rekening-courant van MALISA overging naar [eiseres], liep de schuld in rekening-courant nog op tot 818.887,12 euro lopende het jaar 2015 (stuk 14 [eiseres]).

Het feit dat [eiseres] het op 18 mei 2015 ontvangen dividend van 495.818,64 euro heeft teruggestort, impliceert niet dat er geen sprake meer kan zijn van een kennelijk grove fout.

Het was een beleidsbeslissing van [eiseres] om haar schuld voor een bedrag van 495.818,64 euro te betalen middels de toekenning van een dividend zoals door haar voorgesteld. BV CARIR CARTONNAGE betaalde in die zin onrechtstreeks de schuld van haar zaakvoerder [eiseres] met (een deel van) de opbrengst van het onroerend goed.

[Eiseres] was als bestuurder nochtans zeer goed op de hoogte van de preciaire financiële toestand van BV CARIR CARTONNAGE. Abstractie makend van de eenmalige verkoop van het onroerend goed leed BV CARIR CARTONNAGE al jaren verliezen. In het boekjaar van de herwaardering (2015) leed BV CARIR CARTONNAGE zelfs een bedrijfsverlies van 827.080 euro. Zij opereerde in een zeer concurrentiële sector zoals ook blijkt uit de e-mail van [eiser] aan KBC van begin 2014 (bijlage bij haar stuk 28). [Eiseres] liet evenwel na om de rekening-courant die zij op 1 april 2015 overnam van BV M MALISA met eigen middelen aan te zuiveren. Dat deze rekening-courant werd opgebouwd voor de aandelenoverdracht doet niet ter zake nu de handelingen van BV MALISA toegerekend worden aan [eiseres].

49. Dat het dividend werd toegekend door de algemene vergadering, doet ook geen afbreuk aan het gegeven dat de constructie een beleidsbeslissing van [eiseres] betrof.

De zaakvoerder dient immers op het eind van het boekjaar een resultatenrekening voor te leggen aan de algemene vergadering waarin zij een bestemming geeft aan de winst van het afgelopen boekjaar. Daarbij geldt geen verplichting om de winst uit te keren. Deze kan ook op de reserve worden geboekt.

In de gegeven omstandigheden, waar enkel een eenmalige uitzonderlijke winst werd geboekt en het werkelijk eigen vermogen veel lager was dan het geboekte eigen vermogen (214.696,45 euro in plaats van 1.124.596,45 euro gelet op de onwettige herwaardering), zou elke

*redelijke vooruitziende bestuurder geen voorstel hebben gedaan om de winst integraal uit te keren.*

*[Eiseres] wist dat zij als meerderheidsaandeelhouder (3.577 aandelen op 4.207 aandelen, zie pg. 4 stuk 3 curatoren) de beslissing om een maximaal dividend uit te keren, via de algemene vergadering van BV CARIR CARTONNAGE zou goedkeuren.*

*De goedkeuring vond in concreto plaats bij de goedkeuring van de jaarrekening per 31 december 2014 op 14 april 2015, zijnde kort nadat de schuld in rekening-courant van MALISA was overgegaan naar [eiseres] door de fusie van 1 april 2014.*

*Het voorstel tot winstuitkering van [eiseres] als zaakvoerder, daarin gevolgd door de algemene vergadering was enkel ingegeven om haar schuld in rekening-courant aan te zuiveren. [Eiseres] liet haar eigen belangen daarbij primeren op deze van de onbetaalde schuldeisers.*

50. *Indien het dividend niet zou zijn voorgesteld door [eiseres] en mee goedgekeurd zou zijn door haar, had BV CARIR CARTONNAGE nog een vordering op [eiseres] voor het bedrag van het dividend. De vordering was geboekt onder vorderingen op ten hoogste één jaar.*

*CARIR CARTONNAGE werd aldus ontdaan van een noodzakelijke buffer om haar overlevingskansen te garanderen.*

*Dergelijke buffer was noodzakelijk. De verkoop van het onroerend goed bracht aanzienlijke toekomstige huurlasten met zich mee waarvoor voldoende liquide middelen nodig waren. Van een normaal vooruitziend en zorgvuldig bestuurder in dezelfde omstandigheden kan dan ook worden verwacht dat zij reserves aanlegde en niet voorstelde om een maximaal dividend uit te keren.*

*De negatieve bedrijfsresultaten in de daaropvolgende jaren 2015 en 2016 zorgden ervoor dat middels het verderzetten van de verlieslatende activiteit het eigen vermogen onmiddellijk daalde naar respectievelijk - 84.165,71 EUR (31 december 2015) en - 364.300,20 EUR (31 december 2016).*

51. *Naast het dividend ontving [eiseres] bovendien bijkomend nog een tantième van 50.000 euro op haar eigen voorstel.*

*Deze tantième werd niet teruggestort aan BV CARIR CARTONNAGE. Rekening houdend met de geschetste verliezen en omstandigheden, was ook haar voorstel om zichzelf een tantième goed te keuren, een kennelijk grove fout.*

52. *Het hof [van beroep] besluit met de eerste rechters dat er sprake is van kennelijk grove fouten in hoofde van [eiseres] die hebben bijgedragen tot het faillissement, dit naast de internationale concurrentie en terugval in de verkoop.*

*De kennelijke grove fout dient niet de enige oorzaak van het faillissement te zijn om aansprakelijkheid op grond van artikel 265§1 W.Venn. vast te stellen.*

*Er zijn geen aanwijzingen dat ten tijde van de voormelde fouten in de periode van 2014-2015, BV CARIR CARTONNAGE zich reeds bevond in virtuele staat van faillissement.*

*Er is voorts geen discussie dat de schulden de baten van het faillissement overtreffen zoals blijkt uit het proces-verbaal van verificatie van schuldvordering en het jaarverslag met de gerealiseerde activa.*

53. *De voorwaarden van artikel 265 §1 W.Venn. zijn dan vervuld.*

*[Eiseres] en [eiser] (op grond van artikel 61§2 W.Venn.) kunnen dan "persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk worden verklaard voor het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap ten belope van het tekort".*

*De eerste rechter heeft de veroordeling beperkt tot een bedrag van 495.818,64 euro en motiveerde de beslissing als volgt: In de gegeven omstandigheden eigen aan de zaak is het billijk en correct om enkel de kennelijk overdreven winstuitkering die aan eerste verweerder werd gedaan in toepassing van art. 265, §1 W.Venn. ten laste van verweerders te leggen, zijnde 495.818,64 EUR zoals aan laatstgenoemde betaald op 18 mei 2015.*

*Rekening houdend met de andere oorzaken die het faillissement mede hebben veroorzaakt, waaronder tegenvallende inkomsten ingevolge internationale concurrentie, onderschrijft het hof [van beroep] deze beoordeling van de eerste rechters.*

54. *Nu de aansprakelijkheidsvordering op de andere aangehaalde rechtsgronden, niet zouden leiden tot een andere veroordeling nu de verweten fouten en de gevorderde schade dezelfde is, gaat het hof [van beroep] niet verder in op de andere middelen van [verweerders]."*

## **Grievens**

### **Eerste onderdeel**

1. Indien bij faillissement van de vennootschap de schulden de baten overtreffen, zijn overeenkomstig artikel 265, § 1, van het wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing ervan bij wet van 11 augustus 2017, zaakvoerders of gewezen zaakvoerders, alsmede alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk voor een door hen begane kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement. Zij kunnen in dat geval worden gehouden tot het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap ten belope van het tekort.

Het foutvereiste, opdat tot de aansprakelijkheid op grond van artikel 265, § 1, van het wetboek van vennootschappen zou kunnen worden besloten, is dubbel. Het dient vooreerst te gaan om een manifeste fout die elk normaal zorgvuldig en omzichtig bestuurder niet zou hebben gemaakt. Bovendien moet het gaan om een grove fout die een uitzonderlijk karakter heeft en de essentiële normen van het dagelijkse leven en van de samenleving aantast en waarvan de bestuurder wist of moest weten dat ze schade zou veroorzaken.

2. Artikel 263 van hetzelfde wetboek, zoals van toepassing vóór de opheffing van dat wetboek bij wet van 23 maart 2019, voegt eraan toe dat de zaakvoerders van een BVBA (thans BV), hetzij jegens de vennootschap, hetzij jegens derden, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle schade die het gevolg is van overtreding van de bepalingen van dit wetboek of van de statuten van de vennootschap. Ten aanzien van de overtredingen waaraan zij geen deel hebben gehad, worden zij van die aansprakelijkheid slechts ontheven indien hun geen schuld kan worden verweten en zij die overtredingen hebben aangeklaagd op de eerste algemene vergadering nadat zij er kennis van hebben gekregen.

**EERSTE SUBONDERDEEL**

De beslissing van de appelrechters om eisers, in hun respectievelijke hoedanigheid van bestuurder en permanente vertegenwoordiger, te veroordelen op grond van artikel 265 van het wetboek van vennootschappen zoals toepasselijk in deze zaak valt of staat met het al dan niet verantwoord zijn van de beslissing om een dividend van 495.818,64 euro en een tantième van 50.000 euro uit te keren.

*Eerste subsubonderdeel*

3. Krachtens artikel 320, § 1, van het wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing van dat wetboek bij wet van 23 maart 2019, mag geen uitkering 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. Onder netto-actief 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.

4. Artikel 1138, 4°, van het gerechtelijk wetboek bepaalt dat er geen herroeping van het gewijsde open staat maar enkel, tegen de beslissingen in laatste aanleg, voorziening in cassatie wegens overtreding van de wet indien er in een vonnis (of in een arrest) tegenstrijdige beschikkingen staan.

5. Het bestreden arrest heeft o.m. het volgende beslist [bestreden arrest, blz. 18, laatste lid, en blz. 19, eerste lid]:

*“Het hof [van beroep] stelt vast dat [verweerdere] geen schending van artikel 320 W.Venn., betreffende kapitaalsbescherming, inroepen. Voor zoveel als nodig sluit het hof [van beroep] zich aan bij de beoordeling van de eerste rechters op de pagina’s 15 en 16 van het vonnis a quo waar zij geen schending van artikel 320 W.Venn. weerhielden.*

*De uitkering maakt op zich dan geen inbreuk uit op artikel 263 W.Venn., zijnde aansprakelijkheid wegens een inbreuk op de vennootschapswetten of de statuten.”*



6. Het is tegenstrijdig enerzijds te beslissen dat de uitkering van een dividend niet eens een schending van het wetboek de vennootschappen uitmaakt in de zin van artikel 263 van het wetboek van vennootschappen maar tegelijkertijd toch een grove fout zou uitmaken in de zin van artikel 265, § 1, van hetzelfde wetboek.

Artikel 320, §1, van het wetboek van vennootschappen bepaalt de wettelijke beperkingen voor de uitbetaling van dividenden en tantièmes.

Er zou, eventueel, gelet op de omstandigheden van een welbepaalde zaak, aan een bestuurder een foutieve appreciatie kunnen worden verweten bij het voorstel van de uitbetaling van dividenden en tantièmes hoewel deze binnen de perken van artikel 320, § 1, van het wetboek vennootschappen zouden blijven, maar, vermits het wetboek van vennootschappen zelf bepaalt wat absoluut niet door de beugel kan, kan een uitkering die binnen de perken van die bepaling blijft, in geen enkel opzicht een grove fout in de zin van artikel 265, § 1, van het wetboek van vennootschappen opleveren.

Hieruit vloeit voort dat, door toch te beslissen dat de uitkering van een dividend en een tantième in deze zaak, waarvan er wordt vastgesteld dat zij artikel 320, § 1, van het wetboek van vennootschappen niet schenden, een grove fout in de zin van artikel 265, § 1, van het wetboek van vennootschappen uitmaakt,

- het bestreden arrest tegenstrijdige bepalingen inhoudt en aldus artikel 1138, 4°, van het gerechtelijk wetboek schendt;
- het bestreden arrest het begrip grove fout schendt in de zin van artikel 265 van het wetboek van vennootschappen zoals van toepassing vóór de opheffing van die bepaling bij wet van 11 augustus 2017, al dan niet samen gelezen met artikelen 263 en 320 van hetzelfde wetboek voor de opheffing van dit wetboek bij wet van 23 maart 2019;

*Tweede subsubonderdeel*

Artikel 64 van het wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing van dat wetboek bij wet van 23 maart 2019, bepaalt dat een besluit van de algemene vergadering nietig is: 1° wegens enige onregelmatigheid naar de vorm waardoor het genomen besluit is aangetast, indien de eiser aantoonbaar dat de begane onregelmatigheid het genomen besluit heeft kunnen beïnvloeden; 2° in geval van schending van de regels betreffende de werkwijze van de algemene vergaderingen of in geval van beraadslaging en besluit over een aangelegenheid die niet op de agenda voorkomt, wanneer er bedrieglijk opzet is; 3° wegens enige andere overschrijding van bevoegdheid of wegens misbruik van bevoegdheid; 4° wanneer stemrechten werden uitgeoefend die opgeschort zijn krachtens een wettelijke bepaling die niet in dit wetboek is opgenomen en, buiten deze onwettig uitgeoefende stemrechten, het aanwezigheids- of meerderheidsquorum vereist voor de beslissingen ter algemene vergadering niet zou zijn bereikt; 5° wegens enige andere in dit wetboek vermelde reden.

Krachtens artikel 178, eerste lid, van het wetboek van vennootschappen, zowel voor als na de wet van 15 april 2018 maar vóór de opheffing van dat wetboek bij wet van 23 maart 2019, spreekt de bevoegde rechtbank op verzoek van elke belanghebbende de nietigheid uit van een besluit van de algemene vergadering.

Volgens artikel 198, § 2, 3<sup>de</sup>, van het wetboek van vennootschappen, vóór de opheffing van dat wetboek bij wet van 23 maart 2019, kunnen de vorderingen tot nietigverklaring van een besluit van de algemene vergadering bedoeld in voormeld artikel 178 niet meer worden ingesteld na het verstrijken van een termijn van zes maanden te rekenen van de dag waarop de besluiten kunnen worden tegengeworpen aan degene die de nietigheid inroept of van de dag waarop hij er kennis van heeft gekregen.

Artikel 284 van het wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing van dat wetboek bij wet van 23 maart 2019, bepaalt dat de algemene vergadering het jaarverslag en het verslag van de commissarissen hoort en de jaarrekening behandelt. Na de goedkeuring van de jaarrekening beslist de algemene vergadering bij afzonderlijke stemming over de aan de zaakvoerders en commissarissen te verlenen kwijting. Deze kwijting is alleen dan rechtsgeldig, wanneer de ware toestand van de vennootschap niet wordt verborgen door enige weglating of onjuiste opgave in de jaarrekening, en, wat verrichtingen betreft die strijdig zijn met de statuten of met dit wetboek, wanneer deze bepaaldelijk zijn aangegeven in de oproeping.

Artikel 285 van hetzelfde wetboek voegt eraan toe dat het bestuursorgaan, tijdens de zitting, het recht heeft de beslissing met betrekking tot de goedkeuring van de jaarrekening drie weken uit te stellen. Deze verdaging doet geen afbreuk aan de andere genomen besluiten, behoudens andersluidende beslissing van de algemene vergadering hieromtrent. De volgende vergadering heeft het recht de jaarrekening definitief vast te stellen.

Uit voormelde artikelen 284 en 285 van het wetboek van vennootschappen vloeit voort dat de algemene vergadering de jaarrekening wellicht niet opstelt, maar het is wel zij die erover beslist.

Het bestreden arrest probeert dit in deze zaak weliswaar te omzeilen door in wezen te poneren dat eiseres “*wist dat zij als meerderheidsaandeelhouder ... de beslissing om een maximaal dividend uit te keren, via de algemene vergadering van BV CARIR CARTONNAGE zou goedkeuren*”. [bestreden arrest, blz.20, voorlaatste lid].

Dit is echter niet relevant.

De geldigheid van een beslissing van de algemene vergadering – inclusief de goedkeuring van de jaarrekening – kan slechts binnen de perken van voormelde artikelen 64, 178, eerste lid, en 198, §2, 3<sup>de</sup> lid, van het wetboek van vennootschappen worden aangevallen.

Er werd geen nietigheid van de algemene vergadering uitgesproken die het kwestieuze dividend en het kwestieuze tantième hebben toegekend en er wordt niet gesteld dat de algemene vergadering zou zijn misleid en zich niet met kennis van zaken zou hebben uitgesproken.

Het feit dat eiseres tegelijkertijd bestuurder en hoofdaandeelhouder van BV CARIR CARTONNAGE kan daar niets aan veranderen.

De algemene vergadering van BV CARIR CARTONNAGE heeft zich dus rechtsgeldig over de kwestieuze uitkeringen uitgesproken en niemand kan daar nog op terugkomen. De beslissing over die uitkeringen kan eisers niet als een grove fout worden aangewreven.

Hieruit vloeit voort dat, door te beslissen dat het feit “[d]at het dividend werd toegekend door de algemene vergadering, ... ook geen afbreuk [doet] aan het gegeven dat de constructie een beleidsbeslissing van [eiseres] betrof” en dat eisers daarvoor aansprakelijk moeten worden gesteld, respectievelijk als bestuurder en permanente vertegenwoordiger, wegens kennelijk grove fout, terwijl de kwestieuze – niet tijdig aangevochten – beslissingen door de algemene vergadering werden genomen, schendt het bestreden arrest artikel 265, § 1, van het wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing ervan bij wet van 11 augustus 2017 en artikelen 64, 178, eerste lid [dit lid zowel voor als na de wet van 15 april 2018], 198, § 2, 3<sup>de</sup> lid, 284, 285 en 320 van het wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing van dat wetboek bij wet van 23 maart 2019.

## **TWEDE SUBONDERDEEL**

7. De appelrechters stellen vast en oordelen dat:

- eiseres als zaakvoerder met betrekking tot het boekjaar 1 juli 2013-31 december 2014 aan de algemene vergadering een resultatenrekening voorlegde waarin de ingevolge verkoop van het onroerend goed gerealiseerde (uitzonderlijke) winst integraal werd uitgekeerd; [bestreden arrest, p. 20, nr. 49]
- de winstuitkering geen schending uitmaakt van artikel 320 van het wetboek van vennootschappen; [bestreden arrest, p. 18, nr. 45]
- het werkelijk eigen vermogen van BV CARIR CARTONNAGE op het ogenblik van het voorstel tot winstuitkering veel lager was dan het geboekte eigen vermogen, met name 214.696,45 euro in plaats van 1.124.596,45 euro gelet op de onwettige herwaardering van twee machines; [bestreden arrest, p. 20, nr. 49]
- het voorstel tot winstuitkering enkel zou zijn ingegeven door de bedoeling de rekening-courantschuld van eerste eiseres weg te werken en eerste eiseres daarbij haar eigen belangen zou hebben laten primeren op die van de onbetaalde schuldeisers. [bestreden arrest, p. 21, nr. 49]

en voorts:

“Na de fusie door overname tussen MALISA en [eiseres] van 1 april 2015, waarbij de schuld in rekening-courant overging naar [eiseres], liep de schuld in rekening-courant nog op tot 818.887,12 euro lopende het jaar 2015 (stuk 14 [eiseres])” [bestreden arrest, p. 19, nr. 48, onderaan]

“Het was een beleidsbeslissing van [eiseres] om haar schuld voor een bedrag van 495.818,64 euro te betalen middels de toekenning van een dividend zoals door haar voorgesteld. De BV CARIR CARTONNAGE betaalde in die zin onrechtstreeks de schuld van haar zaakvoerder [eiseres] met (een deel van) de opbrengst van het onroerend goed.” [bestreden arrest, p. 20, 2<sup>de</sup> lid]

“... [Eiseres] liet evenwel na om de rekening-courant die zij op 1 april 2015 overnam van BV MALISA met eigen middelen aan te zuiveren. Dat deze rekening-courant werd opgebouwd voor de aandelenoverdracht doet niet ter zake nu de handelingen van BV MALISA worden toegerekend aan [eiseres]”. [bestreden arrest, p. 20, 3<sup>de</sup> lid, twee laatste zinnen]

Op deze gronden besluiten de appelrechters tot een kennelijk grove fout die leidt tot de aansprakelijkheid van eisers op grond van artikel 265, § 1, wetboek van vennootschappen.

De appelrechters betrekken zodoende bij hun beoordeling elementen die op het ogenblik van de aan eisers verweten fout niet bekend waren, t.w. dat de bedrijfsresultaten navolgend zouden tegenvallen en het faillissement naderhand zou volgen, was niet bekend. De appelrechters stellen vast dat er geen aanwijzingen zijn dat ten tijde van de bedoelde fouten BV CARIR CARTONNAGE zich reeds bevond in virtuele staat van faillissement [bestreden arrest, p. 21, nr.

52] en dat het faillissement mede werd veroorzaakt door tegenvallende inkomsten ingevolge internationale concurrentie [bestreden arrest, p. 22, nr. 53].

Nu deze elementen niet bekend waren aan eisers op het ogenblik dat de gedeeltelijke winstuitkering door dividend en tantième werd voorgesteld, kan niet worden aangenomen dat de bedoelde winstuitkering niet zou zijn voorgesteld door een normaal zorgvuldig en omzichtig bestuurder. Evenmin kan worden aangenomen dat de bedoelde winstuitkering de essentiële normen van het dagelijkse leven en van de samenleving aantast en dat eisers wisten of moesten weten dat ze schade zou veroorzaken.

De winstuitkering maakte geen schending uit van artikel 320 van het wetboek van vennootschappen [bestreden arrest, blz. 18, nr. 45, 2<sup>de</sup> lid].

Het vennootschapsbelang wordt voorts bepaald door het collectieve winstbelang van alle huidige en toekomstige aandeelhouders – wat onder meer voortvloeit uit artikel 19 van het wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing bij wet van 23 maart 2019 – zodat een winstuitkering in beginsel niet foutief is.

In de gegeven omstandigheden, waar nog geen faillissement diende te worden voorzien, kan niet worden aangenomen dat het handelen van eisers de essentiële normen van het dagelijkse leven en van de samenleving aantast. Evenmin kan worden aangenomen dat eisers wisten of moesten weten dat hun handelen schade zou veroorzaken. De appelrechters stellen dit ook niet vast.

De appelrechters betrekken zodoende bij hun beoordeling elementen die op het ogenblik van de aan eisers verweten fout onbekend waren. Door op deze gronden te oordelen dat eisers een kennelijk grove fout hebben begaan, zonder vast te stellen dat in de gegeven omstandigheden eisers wisten of moesten weten dat de voorgestelde winstuitkering schade zou veroorzaken, miskennen de appelrechters het wettelijke foutbegrip en schenden de appelrechters artikel 265, § 1, wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing bij wet van 11 augustus 2017 en artikel 19 van het wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing bij wet van 23 maart 2019.

### ***DERDE SUBONDERDEEL***

8. De artikelen 8.17 en 8.18 van Boek VIII (Bewijs) van het burgerlijk wetboek, evenals, voor zoveel als nodig, de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het oud burgerlijk wetboek zoals van toepassing vóór hun opheffing bij wet van 13 april 2019, verbieden de rechter de bewijskracht van een akte te schenden door aan deze akte een uitlegging te geven die volstrekt onverenigbaar is met de bewoordingen en de draagwijdte ervan. De rechter miskent de bewijskracht van een akte indien hij beslist dat die akte iets inhoudt dat ze niet inhoudt of iets niet inhoudt dat er wel in voorkomt.

9. Volgende passus uit het arrest maakt een wezenlijk onderdeel van de redenering van het hof van beroep uit [bestreden arrest, blz. 19-20, nr. 48]:

*“48. Het hof [van beroep] stelt dienaangaande het volgende vast.*

*BV MALISA had een historische schuld in rekening-courant aan BV CARIR CARTONNAGE van 606.907,79 euro op 30 juni 2013, zijnde net voor de aandelenoverdracht door [eiseres].*

*De schuld van MALISA in rekening-courant liep nadien op met ongeveer 85.000 euro, zijnde tot 691.834,39 euro op 31 december 2014 hetgeen impliceert dat zij bijkomende liquide middelen onttrok aan BV CARIR CARTONNAGE. Wel heeft [eiseres] in hetzelfde jaar 51.215,62 euro ter beschikking gesteld van BV CARIR CARTONNAGE via de rekening-courant.*

*Na de fusie door overname tussen MALISA en [eiseres] van 1 april 2015, waarbij de schuld in rekening-courant van MALISA overging naar [eiseres], liep de schuld in rekening-courant nog op tot 818.887,12 euro lopende het jaar 2015 (stuk 14 [eiseres]).*

*Het feit dat [eiseres] het op 18 mei 2015 ontvangen dividend van 495.818,64 euro heeft teruggestort, impliceert niet dat er geen sprake meer kan zijn van een kennelijk grove fout.*

Uit het door de appelrechters aangehaalde stuk 14 van eisers volgt niet dat de schuld in rekening-courant van eerste eiseres in 2015 was opgelopen tot 818.887,12 euro. Dit bedrag is vermeld op stuk 14, maar het vertegenwoordigt louter het totaal van de debet- en creditverrichtingen over een heel jaar, wat niets te maken heeft met debet- of creditsaldo van de rekening-courant.

Uit het stuk 14 van eisers blijkt bovendien dat eerste eiseres in 2015 eigen middelen ter beschikking stelde van BV CARIR CARTONNAGE. De rekening-courantschuld daalde zo systematisch tot 165.339,88 euro op 30 juni 2015 en tot 0 euro op 31 december 2015.

Derhalve blijkt uit stuk 14 van eisers dat eerste eiseres wel degelijk met eigen middelen de rekening-courantschuld die zij van BV MALISA had overgenomen, heeft aangezuiverd in de loop van 2015. Zowel het uitgekeerde dividend, dat ingevolge de goedgekeurde jaarrekening aan eerste eiseres toekwam, als de overige gelden, waren eigen middelen van eerste eiseres.

Hieruit vloeit voort dat, door zo te oordelen, de appelrechters iets in stuk 14 van eisers lezen dat er niet instaat, met name dat de rekening-courantschuld van eerste eiseres in 2015 was opgelopen tot 818.887,12 euro én zij iets niet lezen dat er wel instaat, met name dat eerste eiseres de rekening-courantschuld in 2015 integraal of tenminste voor een aanzienlijk deel met eigen middelen heeft

terugbetaald. Zij geven aldus een lezing aan stuk 14 van eisers die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan en miskennen derhalve de bewijskracht ervan (schending van de artikelen 8.17 en 8.18 van Boek VIII (Bewijs) van het Burgerlijk Wetboek en van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het oud Burgerlijk Wetboek).

## Tweede onderdeel

1. Indien bij faillissement van de vennootschap de schulden de baten overtreffen, zijn overeenkomstig artikel 265, § 1 van het wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing bij wet van 11 augustus 2017, zaakvoerders of gewezen zaakvoerders, alsmede alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk voor een door hen begane kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement. Zij kunnen in dat geval worden gehouden tot het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap ten belope van het tekort.

Opdat tot de aansprakelijkheid op grond van artikel 265, § 1, van het wetboek van vennootschappen zou kunnen worden besloten dient een causaal verband tussen de fout en het faillissement te worden vastgesteld.

2. De appelrechters stellen vast en oordelen dat indien het dividend niet zou zijn voorgesteld door eerste eiseres en niet zou zijn mee goedgekeurd door haar, de BV CARIR CARTONNAGE nog een vordering had op eerste eiseres voor het bedrag van het dividend [bestreden arrest, blz. 21, randnr. 50, 1<sup>ste</sup> lid]. Zo werd volgens de appelrechters BV CARIR CARTONNAGE ontdaan van een noodzakelijke buffer om haar overlevingskansen te garanderen [bestreden arrest, blz. 21, randnr. 50, 2<sup>de</sup> lid]. Dergelijke buffer was volgens de appelrechters noodzakelijk om toekomstige huurlasten, waarvoor voldoende liquide middelen nodig waren, te dragen. Bovendien werd het uitgekeerde tantième niet teruggestort aan de BV CARIR CARTONNAGE [bestreden arrest, blz. 21, randnr. 50, 3<sup>de</sup> lid].

Op deze gronden oordelen de appelrechters dat het voorstel tot winstuitkering middels een dividend van 495.818,64 euro en tantième van 50.000 euro een kennelijk grove fout uitmaakt die heeft bijgedragen tot het faillissement.

3. De appelrechters hadden echter het volgende vastgesteld [bestreden arrest, blz. 3, nr. 7]:

“[De] NV CARIR CARTONNAGEINDUSTRIE [werd] omgevormd tot een BVBA. De naam werd gewijzigd in CARIR CARTONNAGE (notariële akte van 30 september 2013, ...).

De bedrijfsrevisor B.R. maakte een verslag op om na te gaan of er enige overwaardering was van het netto-actief of passief in de boekhoudkundige staat per 30 juni 2013. Hij maakte melding van de volgende onzekerheden:

- “De terreinen werden in het vorige boekjaar geherwaardeerd ten bedrage van 547.517,53 euro. Deze meerwaarde is slechts verantwoord in zoverre een toekomstige positieve rentabiliteit kan worden behaald.”
- het tegoeed ten aanzien van de moedermaatschappij (BV MALISA) is slechts inbaar in zoverre de voorgestelde herstructurering kan worden gerealiseerd.”

Gelet hierop konden de appelrechters niet oordelen dat indien het dividend niet was uitgekeerd, de BV CARIR CARTONNAGE nog over een schuldvordering had beschikt die inbaar was en er nog een belangrijke liquide buffer zou zijn geweest. De schuld in rekening-courant van BV MALISA, later overgegaan op eiseres, was in beginsel niet inbaar en werd dit enkel door het uitvoeren van de vooropgestelde herstructurering.

Het feit dat deze schuld integraal, en dus ruimer dan ten belope van het toegekende dividend, werd terugbetaald heeft de BV CARIR CARTONNAGE ook geen nadeel kunnen berokkenen. Het niet meer beschikken over een schuldvordering, is geen nadeel en veroorzaakt geen schade wanneer de schuld integraal is voldaan. De betaling van de schuld in rekening-courant kan dus niet hebben bijgedragen tot het faillissement.

Hieruit vloeit voort dat door niettemin te oordelen dat de aan eisers verweten fout zou hebben bijgedragen tot het faillissement van BV CARIR CARTONNAGE, de appelrechters artikel 265, § 1, wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing bij wet van 11 augustus 2017, schenden.

### Derde onderdeel

4. Krachtens artikel 320, § 1, van het wetboek van vennootschappen, zoals van toepassing vóór de opheffing van dat wetboek bij wet van 23 maart 2019, mag een uitkering 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. Onder netto-actief 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.

Als enige sanctie voor de schending van artikel 320, § 1, van het wetboek van vennootschappen bepaalt § 2 van voormeld artikel 320 dat elke uitkering die in strijd is met § 1 door degenen aan wie de uitkering is verricht, moet worden terugbetaald indien de vennootschap bewijst dat zij wisten dat de uitkering te



hunnen gunste in strijd met de voorschriften was of daarvan, gezien de omstandigheden, niet onkundig konden zijn.

5. Om de omvang dan van de veroordeling van eisers op grond van artikel 265 van het wetboek van vennootschappen de bepalen, poneert het bestreden arrest het volgende [bestreden arrest, blz. 22, § 53]:

“De eerste rechter heeft de veroordeling beperkt tot een bedrag van 495.818,64 euro en motiveerde de beslissing als volgt: In de gegeven omstandigheden eigen aan de zaak is het billijk en correct om enkel de kennelijk overdreven winstuitkering die aan [eiseres] werd gedaan in toepassing van art. 265, §1 W. Venn. ten laste van verweerders te leggen, zijnde 495.818,64 EUR zoals aan laatstgenoemde betaald op 18 mei 2015.

Rekening houdend met de andere oorzaken die het faillissement mede hebben veroorzaakt, waaronder tegenvallende inkomsten ingevolge internationale concurrentie, onderschrijft het hof [van beroep] deze beoordeling van de eerste rechters”.

Eisers worden dus niet veroordeeld tot betaling van een bedrag dat toevallig met uitgekeerde dividenden zou overeenstemmen. Ze worden veroordeeld tot terugbetaling van een welbepaald dividend, te weten een bedrag van 495.818,64 euro dat op 18 mei 2015 is uitbetaald.

Het bestreden arrest had echter reeds het volgende beslist [bestreden arrest, blz. 18, laatste lid, en blz. 19, eerste lid]:

“Het hof [van beroep] stelt vast dat [verweerders] geen schending van artikel 320 W.Venn., betreffende kapitaalsbescherming, inroepen. Voor zoveel als nodig sluit het hof [beroep] zich aan bij de beoordeling van de eerste rechters op de pagina's 15 en 16 van het vonnis a quo waar zij geen schending van artikel 320 W.Venn. weerhielden.

De uitkering maakt op zich dan geen inbreuk uit op artikel 263 W.Venn., zijnde aansprakelijkheid wegens een inbreuk op de vennootschapswetten of de statuten.”

Door de terugbetaling van een dividend te bevelen hoewel het uitkeren ervan voldeed aan de voorwaarden van artikel 320, § 1, van het wetboek van vennootschappen zoals van toepassing vóór de opheffing van dat wetboek bij wet van 23 maart 2019, schendt het bestreden arrest artikel 320, § 2, hetzelfde wetboek.

### **Ontwikkeling**

#### **Eerste onderdeel**

##### ***EERSTE SUBONDERDEEL***

Het eerste subonderdeel vereiste geen ontwikkeling.

##### ***TWEEDE SUBONDERDEEL***

Het tweedede subonderdeel vereiste geen ontwikkeling.

### **DERDE SUBONDERDEEL**

Uit stuk 14 van eisers voor het hof van beroep bleek dat, naast de toerekening van het dividend van 495.818,64 euro op de rekening-courantschuld, nog een bedrag van 196.015,75 euro uit eigen middelen was betaald door eiseres aan BV CARIR CARTONNAGE om deze rekening-courant effen te zetten.

Eisers schreven dit op blz. 6, onder nr. 7, laatste alinea, van hun syntheseconclusie voor het hof van beroep :

“... Naast het uitgekeerde dividend dat onmiddellijk en reëel werd terugbetaald aan CARIR CARTONNAGE BV, werd er via [eiseres] een extra inbreng van middelen gedaan van 196.015,75 EUR om de rekening-courantschuld volledig aan te zuiveren, wat resulteerde in een zuivere balans.”

Dit werd door verweerders niet betwist.

196.015,75 euro is het verschil tussen:

- de schuld die eiseres overnam van MALISA BV door de fusie, nl. 691.834,39 euro (geboekt in de rekening-courant eiseres – stuk 14 – op datum van 30 juni 2015, verwijzend naar de fusie op 1 april 2015) en
- het bedrag van het dividend dat eiseres ontving van CARIR CARTONNAGE BV van 495.818,64 euro geboekt op de rekening-courant op 31 mei 2015, verwijzend naar het dividend uitgekeerd op 18 mei 2015 (zie kolom: ‘doc. datum’).

### **Tweedede onderdeel**

Met arrest van 28 november 2013 oordeelde Uw Hof dat het vennootschapsbelang wordt bepaald door het collectieve winstbelang van alle huidige en toekomstige aandeelhouders (Cass. 28 november 2013, inzake C.12.0549.N). Hieruit wordt afgeleid dat het vennootschapsbelang is samengesteld uit verschillende belangen, waaronder de belangen van de aandeelhouders, het eigen belang van de vennootschap en de belangen van *stakeholders*, maar dat de belangen van de aandeelhouders overwegen (H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Brussel, Lefebvre Sarrut, 2020, 307-308, nr. 640). Het vennootschapsbelang vereist niet dat winsten niet mogen worden uitgekeerd. Evenmin vereist het vennootschapsbelang dat het bestuur handelt in het belang van belanghebbende derden (D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Lefebvre Sarrut, 2020, 528-529, nr. 309).

Een kennelijk grove fout in de zin van artikel 265, § 1 van het wetboek van vennootschappen vereist (1) een manifeste fout die elk normaal zorgvuldig en omzichtig bestuurder niet zou hebben gemaakt én (2) een grove fout die een

uitzonderlijk karakter heeft en de essentiële normen van het dagelijkse leven en van de samenleving aantast en waarvan de bestuurder wist of moest weten dat ze schade zou veroorzaken (H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 349, nr. 631; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2001, 787). In de Franse wettekst is sprake van *une faute grave et caractérisée*. Een kennelijk grove fout wijst dus op een zeer verregaande, onvergeeflijke, ongehoorde lichtzinnigheid of onvoorzichtigheid, die grenst aan bedrog, en waarvan de bestuurder zich bewust was (T. VUYLSTEKE, "Het faillissement" in X (ed.), *De nv in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1998, I.10.6-108).

De rechter moet zich bij de beoordeling plaatsen op het ogenblik waarop de verweten handelingen zijn gesteld (D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Lefebvre Sarrut, 2020, 818-819, nr. 440; vgl. ook Memorie van toelichting WVV, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001, 59-60: "Minstens even belangrijk is hindsight bias te vermijden, dat wil zeggen wijsheid na de feiten waarbij uit de negatieve gevolgen van een bestuursbeslissing wordt afgeleid dat de beslissing als dusdanig onzorgvuldig was").

De rechter oordeelt in feite en dus onaantastbaar of de kennelijk grove fout heeft bijgedragen tot het faillissement, met dien verstande dat het Hof kan nagaan of de rechter het begrip kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement, niet heeft miskend [Cass., 13 januari 2022, A.R. nr. C.20.0559.N, *R.W.*, 2022-2023/16, blz. 623].

### Derde onderdeel

Het derde onderdeel vereist geen ontwikkeling.

\*\*\*

## BIJ DEZE BESCHOUWINGEN,

Besluit ondergetekende advocaat bij het Hof van cassatie, voor eisers, dat het U, Hooggeachte Dames en Heren, moge behagen het bestreden arrest te vernietigen, de zaak en de partijen te verwijzen naar een ander hof van beroep en uitspraak te doen over de kosten als naar recht.

### Bijgevoegd stuk:

1. *Vonnis van 4 april 2018 van de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Kortrijk, [A.R. nr. A/16/04358] dat stuk 3 van het dossier van eisers voor het hof van beroep uitmaakte*
2. *Door Mter Werner Derijcke, ondertekende advocaat bij het Hof van cassatie, voor eensluidend verklaard afschrift van stuk 14 van het dossier van eisers voor het hof van beroep*

*Brussel, 27 februari 2023*

Werner DERIJCKE  
Advocaat bij het Hof van cassatie

NIET VERBETERDE KOPIE