

Ondernemingsrechtbank te Gent (afdeling Dendermonde)

18 oktober 2021 – 2de Kamer

Voorzitter: G. De Croock

Rechters in ondernemingszaken: E. Martens en H. Windey

Advocaten: P. Baillon, P. Vermeulen, A. Erauw, A. Cleyman en K. Lips

1. OPRICHTERSAANSPRAKELIJKHEID – KENNELIJK ONTOEREIKEND AANVANGSKAPITAAL – INHOUD FINANCIËEL PLAN – VENNOOTSCHAPPEN – FAILLISSEMENT

2. AANSPRAKELIJKHEID BEOEFENAAR VAN EEN CIJFERBEROEP – VRIJWARING VOOR OPRICHTERS – NIET-NAKOMING ADVIESPLICHT – VERLIES VAN EEN KANS – EXONERATIEBEDING

3. BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID – TEKORTKOMING AAN ALGEMENE ZORGVULDIGHEIDSP LICHT – INNEN VAN VOORSCHOTTEN – VOORTZETTEN VAN EEN REDDELOOS VERLOREN ONDERNEMING

1. Bij het faillissement van de vennootschap binnen drie jaar na de oprichting, zijn de oprichters jegens de belanghebbenden hoofdelijk gehouden voor de verbintenissen van de vennootschap, naar een verhouding die de rechter vaststelt, indien het maatschappelijk kapitaal, resp. het eigen vermogen en de ondergeschikte middelen ter beschikking gesteld van de vennootschap bij oprichting kennelijk ontoereikend waren voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar. Om de kennelijke ontoereikendheid van het aanvangskapitaal vast te stellen, moet het criterium van de redelijke, vooruitziende en voorzichtige oprichter gebruikt worden. Het financieel plan, opgesteld ten tijde van de oprichting, dient ter voorkoming van een post factum-beoordeling.

2. Als de beoefenaar van een cijferberoep op basis van de informatie die hij verkrijgt een financieel plan opstelt waaruit blijkt dat er financiële moeilijkheden te vrezen vallen op korte termijn, heeft hij de plicht het advies te geven om met dergelijk financieel plan de vennootschap niet op te richten, of vooraleer deze op te richten bijkomende middelen ter externe financiering te zoeken. Bij een tekortkoming aan deze adviesplicht, is de cijferberoeper aansprakelijk van zodra het aannemelijk is dat indien hij zijn plicht zou zijn nagekomen, de kans bestond dat de oprichters voormelde maatregelen wel zouden hebben genomen. Een exoneratiededing ter vrijwaring van de juistheid van ontvangen informatie ontslaat de cijferberoeper niet van zijn adviesplicht of de aansprakelijkheid die eruit voortvloeit.

3. De bestuurder begaat een tekortkoming aan de algemene zorgvuldigheidsnorm wanneer hij namens de vennootschap voorschotten int, alhoewel hij op dat ogenblik reeds wist dat het contract niet meer zou worden uitgevoerd, omdat de vennootschap zich al in staat van staking van betalen bevond. Met deze voorschotten verzekert hij de vennootschap immers van een fictief krediet en werden kennelijk deficitaire activiteiten verdergezet. De collectieve schade ingevolge de voortzetting van een reddeloos verloren vennootschap kan enkel ex aequo et bono worden begroot.

Baillon q.q. als curator van BVBA Eurowindows t./ Jan, Rita en SBB Accountants en Belastingconsulenten BV

A. Voorwerp van de vordering

1. De hoofdeis is ingeleid bij exploitaten dd. 26 maart 2013 en 4 augustus 2017 en was oorspronkelijk gericht tegen JAN, IVAN en RITA. RITA heeft bij akte van 5 november 2020 als erfgenaam van IVAN het geding hervat. Blijkens de laatste conclusie van eiser strekt zijn eis ertoe verweerders JAN en RITA, solidair te veroordelen, om aan de failliete boedel BVBA EUROWINDOWS te betalen de som van

229.358,11 euro meer de gerechtelijke intresten vanaf 26 maart 2013 tot de dag der algehele betaling, verweerders JAN en RITA solidair te veroordelen in de gerechtskosten.

[...]

3. Bij exploit dd. 19 november 2020 heeft JAN de SBB ACCOUNTANTS EN BELASTINGSCONSULENTEN BV gedagvaard in tussenkomst en vrijwaring en blijkens de laatste conclusie vordert hij dat SBB ACCOUNTANTS EN BELASTINGSCONSULENTEN BV zou worden veroordeeld om hem te vrijwaren voor alle bedragen waartoe hij tegenover de curator zou veroordeeld worden zowel in hoofdsom als intresten, provisioneel begroot op 1,00 euro en met veroordeling tot de kosten van het geding.

4. RITA vordert in haar conclusie dd. 11 maart 2021 en latere syntheseconclusie dat indien de vordering lastens haar gegrond zou worden verklaard, de verhouding tussen partij JAN en haar te bepalen op 99% lastens partij JAN en 1% lastens haar, de tussenvordering van haar tegen SBB ACCOUNTANTS ADVISEURS en partij JAN ontvankelijk en gegrond te verklaren en hen derhalve te veroordelen om haar te vrijwaren voor elke veroordeling die lastens haar zou worden uitgesproken op vordering van de curator en dit zowel in hoofdsom, rente en procedurekosten.

B. Feiten – voorwerp van betwisting

5. JAN, IVAN en RITA waren oprichters van de BVBA EUROWINDOWS, opgericht bij akte verleden voor notaris VLAMINCK dd. 31 januari 2011. IVAN overleed op 11 juli 2020 en RITA is zijn erfgenaam.

6. Het maatschappelijk kapitaal bedroeg 50.000,00 euro en was bij de oprichting volstort.

7. De vennootschap is haar activiteiten opgestart in mei 2011 met de opening van een showroom op het adres van de maatschappelijke zetel. Op 6 augustus 2012 wordt BVBA EUROWINDOWS failliet verklaard en dit als gevolg van de aangifte van staking van betalen door zaakvoerder JAN.

8. JAN was de enige zaakvoerder van de BVBA EUROWINDOWS.

9. BV SBB ACCOUNTANTS ADVISEURS was het accountantskantoor welke bijstand verleende bij het finaliseren van het financieel plan dat op 22 december 2010 is afgewerkt.

10. Naar aanleiding van het faillissement werd een strafonderzoek gevoerd lastens JAN die geleid heeft tot vervolging.

JAN is bij vonnis van 28 maart 2018 van de Dertiende Correctionele Kamer in de Rechtbank van Eerste Aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, vonnis dat bij arrest van 23 december 2019 van het hof van beroep Gent is bevestigd, veroordeeld voor de volgende strafrechtelijke inbreuken:

- inbreuk op artikel 496 Strafwetboek door onder valse voorwendsels gelden te innen ten nadele van CÉDRIC, MARIA en WILLY, DANY, BVBA DANCEE;

- inbreuk op artikel 489 bis, 4°, Strafwetboek;

- inbreuk op artikel 489 bis, 1° en 2° Strafwetboek.

Voor deze tenlasteleggingen is verweerder JAN veroordeeld in een hoofdgevangenisstraf van achttien maanden (met gewoon uitstel voor een periode van vijf jaar) en een geldboete van 1.200,00 euro.

Tevens is er een beroepsverbod opgelegd voor een termijn van tien jaar.

Op burgerlijk vlak werd de burgerlijke partijstelling van de curator ontvankelijk en gegrond verklaard en werd JAN veroordeeld tot betaling van een provisie van 1,00 euro. Deze veroordeling werd bevestigd in graad van beroep.

11. Tijdens de strafprocedure werd een expertise uitgevoerd door bedrijfsrevisor VANDENABEELE, afgesloten op 2 september 2017.

12. De gefailleerde vennootschap had tot doel de productie en het plaatsen van schrijnwerk. De curator wijst erop dat de plaatsing van schrijnwerk evenwel niet opgenomen is in de doelomschrijving en evenmin in de activiteiten van de Kruispuntbank Ondernemingen. Volgens de curator kon het financieel plan dat uitging van plaatsing van schrijnwerk, terwijl dit in het maatschappelijk doel niet het geval is dan ook onmogelijk correct zijn.

Volgens de curator is het financieel plan manifest ontoereikend gezien:

- in het financieel plan een klantenkrediet van 15 dagen is voorzien en een leverancierskrediet van 30 dagen. Dergelijke termijnen zijn totaal onrealistisch. Klanten betalen in de bouw niet binnen de 15 dagen;
- in het financieel plan geen sprake is van een voorraad. Er is evenmin sprake van werken in uitvoering, voorschotten op te maken op facturen op 31.12.2012;
- waarborgverplichtingen voor uitgevoerde werken ontbreken. In de details (blz. 14 van het financieel plan) is geen sprake van bewegingen begin- en eindvoorraad en evenmin van bewegingen begin- en eindvoorraad in verband met werken in uitvoering;
- volgens het financieel plan is er een 50/50 %-verhouding tussen omzet aan 6% en omzet aan 21%;
- volgens de statuten en volgens de inschrijvingen in KBO en BTW kan er evenwel geen plaatsing bij particulieren gebeuren bij gebreke aan inschrijving en erkenning; bovendien beschikte de gefailleerde niet over de vereiste beroepsbekwaamheid;
- er was geen personeel voorzien in het financieel plan zodat zich de vraag stelt wie de plaatsing ging uitvoeren, minstens was daarvoor geen kost voorzien;
- de gefailleerde, noch haar zaakvoerder, beschikte over het vereiste vestigingsattest.

Uit het bovenstaande blijkt volgens de curator dat er cruciale fouten gemaakt zijn bij de opmaak van het financieel plan.

13. De curator wijst erop dat:

- het volstort maatschappelijk kapitaal van 50.000,00 euro werd omgebogen naar een negatief eigen vermogen van -30.793,97 euro;
- belangrijke schulden werden gemaakt bij leveranciers terwijl de klanten wel facturen hebben betaald aan BVBA EUROWINDOWS; er waren bij de faillietverklaring immers geen openstaande klantenfacturen meer te innen;
- belangrijke voorschotten bij klanten werden gevraagd en ontvangen terwijl er niets werd geleverd en het blijkbaar ook niet de bedoeling was om de ontvangen voorschotten door te storten aan de leveranciers voor de levering van de goederen waarop de voorschotten betrekking hadden.

De curator wijst erop dat het passief samengesteld is uit belangrijke voorschotten waarvoor nooit prestaties of goederen werden geleverd zodat de gefailleerde zich op een onregelmatige wijze kredieten heeft verschaft in een periode waarin de vennootschap amper één jaar actief is geweest en alsdan ook al liquiditeitsproblemen kende.

C. Beoordeling

[...]

C.1. De aansprakelijkheid van de oprichters en de vordering in vrijwaring.

15. Artikel 229, 5° W.Venn. van toepassing ten tijde van de oprichting bepaalt: *“Niettegenstaande elk hiermee strijdig beding, zijn de oprichters jegens de belanghebbenden hoofdelijk gehouden: (...) 5° voor de verbintenissen van de vennootschap, naar een verhouding die de rechter vaststelt, in geval van faillissement uitgesproken binnen drie jaar na de oprichting, indien het maatschappelijk kapitaal of in het geval bepaald in artikel 211bis, het eigen vermogen en de ondergeschikte middelen, bij de oprichting kennelijk ontoereikend waren voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar. Het financieel plan, voorgeschreven krachtens artikel 215, wordt in dit geval door de notaris, op verzoek van de rechter-commissaris of van de procureur des Konings, aan de rechtbank overgelegd”*.

16. Om de kennelijke ontoereikendheid van het maatschappelijke kapitaal vast te stellen moet het criterium van de redelijke, vooruitziende en voorzichtige oprichter worden gebruikt. Nagegaan dient te worden of de oprichters realistisch en redelijk waren bij het schatten van de financiële noden van de vennootschap. Het moet manifest duidelijk zijn dat de onderneming door een onderkapitalisatie geen kans op slagen had en binnen een korte tijd zou failliet gaan.

17. De oprichters kunnen aan de hand van een financieel plan dat zij destijds opstelden aantonen dat zij wel degelijk als redelijk vooruitziend persoon hebben gehandeld. Het financieel plan is dus in eerste instantie een verdedigingsmiddel voor de oprichters welke moet voorkomen dat post factum redeneringen na faillissement de bovenhand zouden halen. Het financieel [plan], opgesteld bij de start, moet dergelijke redenering voorkomen. Op het ogenblik van het opstellen van het financieel plan waren er op dat vlak nog geen dwingende normen wat de inhoud betreft, zoals dit wel het geval is het nieuwe WVV.

18. Bij de beoordeling dient enkel rekening gehouden met elementen waarvan de oprichters op het moment van de oprichting kennis konden hebben. Latere onvoorzienbare elementen spelen derhalve geen rol.

19. Nazicht van dit financieel plan leert dat het geen omschrijving van de **voorgenomen activiteit** bevat. Het maatschappelijk doel in de oprichtingsakte is zeer ruim omschreven maar “schrijnwerkerij” is dan weer niet vermeld. Het financieel plan bevat in die context gezien al een zeer ernstige leemte, de voorgenomen activiteit is niet omschreven. Hoewel dit onder gelding van de wetgeving van toepassing op het ogenblik van het opstellen van het plan, geen verplichting was wordt het moeilijk de ernst van de cijferprognoses te beoordelen. De afwezigheid van deze omschrijving van de voorgenomen activiteit heeft voor gevolg dat de rechtbank mag aannemen dat de activiteit welke men in werkelijkheid uitoefende ook de voorgenomen activiteit was. De rechtbank neemt dus aan dat het plan is opgesteld met het oog op de activiteit van schrijnwerkerij. In dat opzicht is het al vreemd dat er geen werken in uitvoering in het plan zijn opgenomen of enige voorraad.

20. Uit de vooropgestelde jaarrekening van het eerste boekjaar blijkt dat er geen langdurige voorschotten door vennoten zijn voorzien (post 47/48) of andere financieringsbronnen (posten 170/4 en 43). Met dergelijke voorschotten of financieringen mag nochtans rekening worden gehouden. Wel blijkt dat voor het eerste kwartaal een externe financiering doormiddel van een voorschot van vennoten van 20.000,00 euro voorzien is, maar dit voorschot wordt al in het tweede kwartaal teruggenomen. Een kortstondige externe financiering werd dus voorzien. Dat hiermede de liquiditeitsspanningen niet werden opgelost blijkt uit de liquiditeitsratio's uit de latere vooropgestelde jaarrekeningen. De **liquiditeitsratio** (in de enge zin – verhouding tussen de vorderingen op korte termijn en de schulden op korte termijn of 22.389,04 euro vorderingen tegen 46.638,08 euro schulden) is blijkens het plan van meet af reeds slecht namelijk 0,48. Hij verbetert niet in de prognose voor het tweede en derde jaar. Het plan voorspelt dus reeds de liquiditeitsmoeilijkheden vanaf het eerste jaar. Doorgaans wordt een minimum liquiditeitsratio rond de 1 gesitueerd.

21. Bovendien werd uitgegaan van een klantenkrediet van 15 dagen hetgeen volstrekt niet realistisch is. De ontwerp jaarrekening voor het eerste boekjaar voorzien weliswaar zeer belangrijke liquide middelen, doch, deze post is gevolg van het feit dat kennelijk geen rekening werd gehouden met de noodzakelijke uitgaven nodig inzake financiering van de voorraad en de werken in uitvoering en de kennelijke overschatting van de **omzet**.

In het arrest van het hof van beroep Gent van 23 december 2019 (blz. 16) werd het kennelijk overschatten van de omzet benadrukt waar het Hof stelt:

“Uit het deskundigenonderzoek dat werd bevolen door de eerste rechter blijkt dat er een onrealistisch financieel plan was, waarbij vooraf de omzet veel te hoog werd ingeschat en geen rekening werd gehouden met de mogelijks algemene achteruitgang in de sector... De beschikbare middelen waren al opgebruikt voor de eerste klant betaalde aan BVBA EUROWINDOWS.”

De exploitatiekosten eerste kwartaal 2021, voordat de eerste factuur werd opgesteld bedroegen volgens het plan al 42.164,75 euro terwijl blijkens de afschrijvingstabel de investeringen 30.000,00 euro bedroegen!

22. Het financieel plan bewijst dat het kapitaal kennelijk ontoereikend was, terwijl het juist een instrument zou moeten zijn om het tegendeel te bewijzen. Er hoeft geen oorzakelijk verband te worden bewezen tussen de kennelijke onderkapitalisatie en het faillissement. De curator dient enkel aan te tonen dat de voorwaarden in artikel 229, 5° W.Venn. omschreven vervuld zijn, faillissement binnen de drie jaar na de oprichting, het kapitaal dat bij de oprichting kennelijk ontoereikend voor de normale uitoefening van de voorgenomen activiteit. Het vervuld zijn van deze voorwaarden is inzake bewezen.

23. De rechtbank heeft een zekere beoordelingsmogelijkheid bij het vastleggen van de veroordeling. De rechtbank is overtuigd dat indien de zaakvoerder onmiddellijk had ingezien dat de continuïteit niet kon worden gehandhaafd met het aanwezige kapitaal het passief beperkter zou zijn geweest. De rechtbank houdt rekening met de aangroei van het passief ingevolge een kennelijke onredelijke voortzetting van de activiteit door de zaakvoerder. De aansprakelijkheid van de oprichters wordt beperkt tot 100.000,00 euro. De vordering in oprichtersaansprakelijkheid komt gegrond voor ten belope van **100.000,00 euro**.

24. De aansprakelijkheid zoals die voortvloeit uit artikel 229.5° is een hoofdelijke aansprakelijkheid (in

tegenstelling tot artikel 530 W.Venn waar de hoofdelijkheid een optie is). De rechtbank kan wel bepalen hoeveel elk van de oprichters in hun onderlinge verhouding dienen te betalen. De rechtbank is van oordeel dat JAN de spilfiguur was bij de oprichting, hij legde de contacten met de accountant voor het opstellen van het plan en hij zou als toekomstig zaakvoerder reeds bij de oprichting zich meer dan wie ook moeten rekenschap hebben gegeven van het onmogelijke van de opdracht. De rechtbank legt in hun onderlinge verhouding 75% van de veroordeling wegens oprichtersaansprakelijkheid ten laste van JAN en 25% ten laste van RITA (in eigen naam en als erfopvolger van wijlen IVAN). Dat IVAN in feite zich met de zaak bezig hield kan niet in aanmerking worden genomen. Een zaakvoerder dient zich in te laten met het beheer, het overlaten van het beheer aan een feitelijke zaakvoerder is zelf een fout. JAN kan zich niet op zijn eigen fout beroepen.

25. De vordering in vrijwaring van JAN en RITA in eigen naam en als rechtsopvolger van IVAN tegen SBB ACCOUNTANTS ADVISEURS en van RITA tegen JAN.

25.1. De oprichters van BVBA EUROWINDOWS zijn de contractpartij van BV SBB ACCOUNTANTS ADVISEURS. Blijkens de brief van 22 december 2010 is de opdrachtgever niet JAN zelf. De brief is gericht aan BVBA EUROWINDOWS, waaruit mag worden afgeleid dat hij is gericht aan alle oprichters, ook al werd het plan opgemaakt volgens de informatie verstrekt door JAN.

25.2. Enkel ten aanzien van RITA, in haar vermelde hoedanigheden, werpt SBB ACCOUNTANTS ADVISEURS de verjaring op, vermits de opdracht inzake het financieel plan werd beëindigd op 22 december 2020 en zij pas in conclusie van 11 maart 2021 een vrijwaringsvordering stelt tegen SBB ACCOUNTANTS ADVISEURS. De vordering ingesteld door JAN en RITA tegen SBB ACCOUNTANTS ADVISEURS zijn vrijwaringsvorderingen, zij vorderen de veroordeling van SBB ACCOUNTANTS ADVISEURS voor zover zij zelf zouden veroordeeld worden. De verjaring loopt niet bij een vordering tot vrijwaring, zolang de uitwinning niet heeft plaatsgehad (art. 2257 BW). De vorderingen in vrijwaring is niet verjaard.

25.3. De beroepsbeoefenaar (revisor - accountant – boekhouder) maakt een plan op rekening houdende met de inlichtingen die hij bekomt van diegene welke hem consulteerden. JAN, één van de oprichters, heeft de informatie verstrekt voor de oprichters. In deze contractuele context is er een exoneratiebeding dat bepaalt: *"Deze opdracht werd door ons uitgevoerd volgens de regels van de kunst en op basis van de gegevens die u ons als opdrachtgever hebt bezorgd. Zoals we u reeds konden meedelen, hebben wij niet de mogelijkheid om de door u meegedeelde informatie grondig te toetsen en kunnen wij bijgevolg niet aansprakelijk gesteld worden, rechtstreeks noch onrechtstreeks, voor de eventuele schade die door foutieve en/of onvolledige informatie zou veroorzaakt worden"*. De eisers in vrijwaring tonen niet aan waar de beroepsbeoefenaar een fout zou hebben gemaakt bij de uitvoering van zijn opdracht. Zij tonen niet aan dat het plan vertrekt van andere uitgangspunten, dan diegene welke aan de beroepsbeoefenaar werden verstrekt. Het exoneratiebeding kan dan ook in deze zin ten volle zijn uitwerking hebben. Het exoneratiebeding heeft de bedoeling elke aansprakelijkheid af te wijzen, voor het opmaken van een plan op basis van de informatie bekomen van JAN.

25.4. Als de beroepsbeoefenaar op basis van de informatie welke hij verkrijgt een plan opstelt, waaruit moeilijkheden te vrezen vallen op korte termijn, hetgeen hier het geval is, moet de beroepsbeoefenaar het advies geven met dergelijk financieel plan de vennootschap niet op te richten of vooraleer op te richten middelen ter externe financiering te zoeken. Op dit punt speelt het exoneratiebeding niet, dit exoneratiebeding beoogt enkel te vrijwaren voor de juistheid van de verkregen informatie. Hierboven

is aangetoond dat het plan zelf uitgaat van een zeer krappe liquiditeitsratio, zodat de problemen voorspelbaar waren.

25.5. BV SBB ACCOUNTANTS ADVISEURS bewijst niet dat zij aan bovenvermelde adviesverplichting heeft voldaan. Er is geen enkel bewijs van enig communicatie naar diegene die de opdracht gaf, dat met dergelijk financieel plan de vennootschap kort na de oprichting in financiële moeilijkheden dreigde te komen.

25.6. De rechtbank neemt aan dat de verantwoordelijkheid van BV SBB ACCOUNTANTS ADVISEURS enkel betrokken is wat de adviesplicht betreft. De eisers in vrijwaring zouden echter moeten bewijzen dat indien BV SBB ACCOUNTANTS ADVISEURS aan haar adviesplicht had voldaan de vennootschap niet zou zijn opgericht. Dit feit wordt niet aannemelijk gemaakt, wel kan aangenomen worden dat indien BV SBB ACCOUNTANTS ADVISEURS aan de adviesplicht had voldaan, de kans bestond dat de oprichters maatregelen zouden hebben genomen om hieraan te verhelpen bijvoorbeeld door een langere externe financiering te voorzien dan gebudgetteerd of dat zij de vennootschap niet zouden hebben opgericht. Het verlies van die kans doet schade ontstaan welke *ex aequo et bono* kan worden begroot. Dit resulteert in het gegrond verklaren van de vordering in vrijwaring voor de helft.

25.7 De vordering in vrijwaring van RITA in haar vermelde hoedanigheden tegen JAN, is ongegrond in de mate dat zij er toe strekt JAN tot vrijwaring te veroordelen voor andere bedragen dan deze zoals deze voortvloeien uit verdeling van de oprichtersaansprakelijkheid. De oprichtersaansprakelijkheid vereist geen causaal verband met de schade. De schade door fouten van JAN als bestuurder kunnen door RITA niet worden aangehaald om te stellen dat JAN haar dient te vrijwaren voor alle bedragen, welke ze zou dienen te betalen temeer daar hier reeds rekening werd mede gehouden bij het beperken van de oprichtersaansprakelijkheid.

C.2. De aansprakelijkheid van de bestuurder JAN op grond van artikel 1382 BW.

26. De curator stelt dat JAN zich schuldig heeft gemaakt aan het innen van voorschotten alhoewel hij op dat ogenblik reeds wist dat het contract/de bestelling niet meer zou worden uitgevoerd daar de BVBA EUROWINDOWS op dat ogenblik zich al in een staat van staking van betalen bevond.

JAN is volgens de curator als zaakvoerder manifest tekortgeschoten in de algemene zorgvuldigheidsplicht. Hij heeft handelingen gesteld die een normaal zorgvuldige en omzichtige persoon in dezelfde omstandigheden niet zou hebben uitgevoerd. Hij heeft een kennelijk deficitaire activiteit verder gezet. Door voorschotten te innen verwierf de vennootschap volgens de curator liquiditeiten waarmee misschien wel bepaalde oudere schulden konden worden ingelost, doch zulks gebeurde dan evenwel door het creëren van grotere nieuwe schulden.

27. De voorschotten welke een individuele schuldeiser betaalde voor het faillissement, kan individuele schade doen ontstaan. Sommige schuldeisers hebben zich burgerlijke partij gesteld in het strafproces en hun vordering werd gegrond verklaard.

28. Deze individuele schade van bepaalde schuldeisers neemt niet weg, dat dank zij deze voorschotten de vennootschap zich een fictief krediet kon verzekeren, waardoor dan weer de activiteit kennelijk onredelijk kon worden voortgezet. Hierdoor ontstonden dan weer schuldeisers zoals deze van RSZ en Belastingen welke er niet zouden zijn geweest indien de onderneming tijdig de boeken had neergelegd. Het feit dat JAN een virtueel failliete onderneming in stand hield en het feit dat hierdoor collectieve schade ontstond wordt bewezen door de strafrechtelijke veroordeling wegens het miskenning van de

verplichting om aangifte te doen van de toestand van staking van betalen binnen de maand (art 9 faillissementswet van 8 augustus 1997) en het feit dat de burgerlijke partijstelling van de curator BAILLON gegrond werd verklaard voor 1,00 euro provisioneel (vonnis van 28 maart 2018 correctionele rechtbank Oost-Vlaanderen afdeling Dendermonde en Arrest 23 december 2019 hof van beroep Gent zesde kamer).

29. Dergelijke collectieve schade wegens het verderzetten van een kennelijke reddeloos verloren onderneming kan enkel *ex aequo et bono* worden begroot. Rekening houdende met de veroordeling van JAN als oprichter, wordt een bijkomende veroordeling uitgesproken voor de schade ingevolge onredelijk voortzetten van de activiteiten. Deze vergoeding wordt *ex aequo et bono* begroot op 50.000,00 euro.

30. Deze schadevergoeding komt bovenop de veroordeling van JAN als oprichter.

[...]

OM DEZE REDENEN,

DE RECHTBANK,

[...]

Verklaart de vordering van meester BAILLON, in zijn hoedanigheid van curator over het faillissement van de BVBA EUROWINDOWS ontvankelijk en gegrond als volgt.

Veroordeelt de heer JAN en mevrouw RITA in eigen naam en als erfopvolger van IVAN, hoofdelijk tot betaling aan de curator, meester BAILLON van 100.000,00 euro, meer de gerechtelijke intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf 4 augustus 2017 tot de datum van betaling.

Veroordeelt de heer JAN tot de gerechtelijke intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf de dagvaarding dd. 26 maart 2013 tot 3 augustus 2017.

Zegt dat in hun onderlinge verhouding de heer JAN gehouden is tot 75% en mevrouw RITA in voormelde hoedanigheden tot 25% en verklaart de vordering in vrijwaring van mevrouw RITA in voormelde hoedanigheden tegen de heer JAN gegrond voor elk bedrag dat zij bewijst te hebben betaald boven de bedragen die zij ingevolge de onderlinge verdeling tussen haar en de heer JAN meer zal hebben betaald dat datgene waartoe haar aandeel in de veroordeling is beperkt.

Verklaart de vordering in vrijwaring van mevrouw RITA in haar voormelde hoedanigheden tegen SBB ACCOUNTANTS EN BELASTINGCONSULENTEN BV en de vordering in vrijwaring van de heer JAN tegen SBB ACCOUNTANTS EN BELASTINGCONSULENTEN BV ontvankelijk en gegrond als volgt: zegt dat SBB ACCOUNTANTS EN BELASTINGCONSULENTEN BV, de heer JAN en mevrouw RITA in voormelde hoedanigheden zal dienen te vrijwaren tot beloop van 50.000,00 euro, meer de intresten op dit bedrag vanaf 19 november 2020, veroordeelt dienvolgens SBB ACCOUNTANTS in betaling aan mevrouw RITA en de heer JAN samen van 50.000,00 euro meer de intresten vanaf 19 november 2020.

Veroordeelt de heer JAN tot betaling aan de curator, meester BAILLON van 50.000,00 euro uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid, meer de gerechtelijke intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf de dagvaarding dd. 26 maart 2013.

[...]

NOOT

Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen: kan de cijferberoeper als zondebok dienen?

1. Feiten en situering

1. Het geannoteerde vonnis van de ondernemingsrechtbank te Gent (afdeling Dendermonde) oordeelt over een klassieke feitenconstellatie waarbij de oprichters van een vennootschap in een manifest ontoereikend aanvangskapitaal hebben voorzien, met een kortstondig bestaan van de vennootschap tot gevolg. Bij notariële akte van 31 januari 2011 werd de BVBA EUROWINDOWS opgericht door Jan, Rita en Ivan. Het kapitaal bedroeg 50.000 euro, en was bij de oprichting volledig volgestort. De vennootschap startte haar activiteiten op in mei 2011 met de opening van een showroom op het adres van de statutaire zetel. Feitelijk gezien was de BVBA werkzaam in de sector van de schrijnwerkerij, al ontbreekt een vermelding van deze activiteit in het – nochtans ruim omschreven – statutair voorwerp van de vennootschap. Bovendien beschikte de BVBA niet over de vereiste inschrijving in de KBO en de vereiste erkenning voor dergelijke activiteiten, noch was enige bestuurder Jan in het bezit van de nodige bewijzen van beroepsbekwaamheid.

2. Reeds gedurende het eerste boekjaar krijgt de vennootschap te kampen met liquiditeitsproblemen. Investerings van 30.000 euro werden in het eerste kwartaal tenietgedaan door exploitatiekosten van 42.164,75 euro. Voorschotten van vennoten als externe financiering die initieel voor wat ademruimte konden zorgen, werden in het tweede kwartaal meteen teruggenomen. Het kapitaal werd omgebogen naar een negatief eigen vermogen van -30.793,97 euro. De BVBA maakte ook grote schulden bij leveranciers, terwijl eigen klanten wel facturen betaalden aan haar. Leveranciersschulden werden niet afgelost door de omvangrijke voorschotten die de BVBA op haar beurt van klanten vroeg, waardoor de leveringen eveneens uitbleven.

3. Deze onmiskenbare financiële moeilijkheden deden de BVBA uiteindelijk de das om in het tweede boekjaar, wat enige bestuurder Jan dwong om de staking van betaling aan te geven. Dit resulteerde in de faillietverklaring van de vennootschap op 6 augustus 2012. Daarop stelde de curator een vordering in tegen de oprichters Jan, Rita en Ivan, teneinde hen hoofdelijk aansprakelijkheid te stellen voor alle schulden van de gefailleerde vennootschap, *i.e.* een bedrag van 229.358,11 euro. Deze vordering vond haar grondslag in de oprichtersaansprakelijkheid wegens een kennelijk ontoereikend “aanvangskapitaal” (oud art. 229, 5° W.Venn., thans art. 5:16, 2° WVV). De ondernemingsrechtbank kende de vordering toe ten belope een bedrag van 100.000 euro, na marginale toetsing van het financieel plan dat bij oprichting van de vennootschap overhandigd was aan de notaris.¹ Opmerkelijk is dat één van de oprichters, Jan, er gedeeltelijk in geslaagd is om de externe accountant die dit financieel plan opstelde te laten veroordelen, na hem in vrijwaring te hebben geroepen, wegens de “schending van zijn adviesplicht”. Dit vonnis doet vragen rijzen naar de draagwijdte en de aard van dergelijke raadgevingsplicht in hoofde van de cijferberoeper, alsook de mogelijke aansprakelijkheid die eruit kan voortvloeien.

2. Oprichtersaansprakelijkheid wegens een kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen

4. De vereiste van een “toereikend kapitaal” bij de oprichting van de voormalige BVBA vindt zijn

¹ Oud art. 215 W.Venn., thans art. 5:4 WVV voor de BV.

oorsprong in rechtsleer uit de jaren '50, die kritiek uitte op het toen nog verplichte minimumkapitaal.² Toch werd de notie pas in 1978 wettelijk geïntroduceerd,³ met als doel de oprichters van vennootschappen te sanctioneren indien zij “hun financiële aansprakelijkheid beperken door de inbreng van een kennelijk te laag maatschappelijk kapitaal om de vooropgestelde [...] activiteiten te verwezenlijken”.⁴ Sindsdien werden van dit leerstuk reeds talloze toepassingen gemaakt in de rechtspraak.⁵ Het geannoteerde vonnis is opvallend – en doet mijns inziens de afschrikwekkende functie van de wetbepaling inzake oprichtersaansprakelijkheid teniet – omdat het de beoefenaar van een cijferberoep een deel van de oprichtersaansprakelijkheid laat dragen bij wege van vrijwaring. Cijferberoepers drukken vaak de vrees uit dat zij dergelijke aansprakelijkheid zullen oplopen, maar er zijn erg weinig gevallen bekend waarin zij of een notaris daadwerkelijk aansprakelijk worden gesteld wegens hun rol als adviseur ten aanzien van de oprichters, *in casu* bij het opstellen van het financieel plan.⁶ De aloude vrees voor dit soort aansprakelijkheid werd bij menig accountant nog versterkt door de ingevolge het WVV nieuw ingevoerde regel, op basis waarvan de identiteit van de externe deskundige die bijstand heeft verleend bij de opmaak van het financieel plan, in het plan moet worden vermeld.⁷ Het is nu afwachten of het besproken vonnis het eerste in een trend is, dan wel een zeldzame uitzondering zal blijven. Om de lezer een goed begrip van deze problematiek te geven, is eerst een korte uiteenzetting van de algemene principes van oprichtersaansprakelijkheid nodig.

2.1. Wettelijke aansprakelijkheid verduidelijkt door rechtspraak en doctrine

5. De oprichters van een gefailleerde vennootschap met beperkte aansprakelijkheid zijn hoofdelijk aansprakelijk voor haar schulden naar een verhouding die de rechter vaststelt, indien (i) de vennootschap failliet gaat binnen drie jaar na het verkrijgen van de rechtspersoonlijkheid, (ii) de activa van de failliete boedel niet volstaan om de passiva te betalen en (iii) uit het financieel plan blijkt dat het “aanvangskapitaal” kennelijk ontoereikend was voor een normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over tenminste twee jaar.⁸ Voor de kapitaalvennootschappen die

² G. BLOMMAERT, “Financieel plan, toereikend aanvangsvermogen en oprichtersaansprakelijkheid in de kapitaallose BV”, *DAOR* 2021, afl. 2, 4, nr. 4.

³ Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, *BS* 17 augustus 1978.

⁴ MvT, *Parl. St. Senaat* 1977-78, nr. 415/1, 47; O. CAPRASSE, “La responsabilité des fondateurs en cas de capital insuffisant” in B. TILLEMANS, A. BENOIT-MOURY, O. CAPRASSE en N. THIRION (eds.), *De oprichting van vennootschappen en de opstartfase van ondernemingen*, Brugge, Die Keure, 2003, 575-576, nr. 3.

⁵ Zie *inter alia* Gent 10 oktober 2001, *TRV* 2002, 454, noot R. TAS; Bergen 25 oktober 2001, *JT* 2002, 344, *TBH* 2002, 711, noot A. COIBION; Gent 17 maart 2003, *TRV* 2005, 501; Luik 8 mei 2003, *DAOR* 2003, 70; Brussel 2 maart 2005, *TRV* 2006, 249; Luik 10 september 2007, *JLMB* 2009, 295; Brussel 20 april 2010, *TBH* 2010, 692; Brussel 27 september 2012, *TBH* 2014, 866; Gent 5 november 2012, *TRV* 2014, 177; Antwerpen 16 april 2015, *RAGB* 2016, 444, noot C. VERSTAPPEN, *TBH* 2016, 468, noot H. CULOT; Antwerpen 18 februari 2016, *NJW* 2017, 192, noot J. WAELKENS; Luik 20 december 2016, *DAOR* 2017, afl. 4, 64; Gent 26 juni 2017, *DAOR* 2017, afl. 4, 30; Antwerpen 25 oktober 2018, *Limb.Rechtsl.* 2020, 180; Antwerpen 5 december 2018, *Limb.Rechtsl.* 2020, 279, noot B. WINDEY en M. VALKENERS; Luik 11 juni 2019, *DAOR* 2020, afl. 1, 95; Antwerpen 14 november 2019, *Limb.Rechtsl.* 2020, 198; Antwerpen 28 november 2019, *Limb.Rechtsl.* 2020, 204; Luik 14 januari 2020, *TRV* 2021, 214, noot D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE; Kh. Brussel 13 januari 2005, *JDSC* 2009, 165, noot M. DELVAUX; Kh. Brugge 12 maart 1981, *TBH* 1981, 604; Antwerpen 18 december 2000, *RW* 2001-02, 1364; Kh. Verviers 8 januari 2008, *DAOR* 2009, 163; Kh. Brugge 19 april 2010, *TGR-TWVR* 2011, 214; Kh. Gent 2 januari 2017, *TIBR* 2019, afl. 1, 1, noot L. DEMEULEMEESTER; Kh. Brussel (NL) 19 juli 2017, *DAOR* 2017, afl. 3, 100; Orb. Antwerpen 5 december 2018, *Limb.Rechtsl.* 2020, 279; Rb. Luik 11 juni 2019, *DAOR* 2020, afl. 1, 95.

⁶ Inzake de aansprakelijkheid van de notaris: Bergen 25 oktober 2001, *JT* 2002, 344, *TBH* 2002, 711, noot A. COIBION; Brussel 6 september 2002, *RGAR* 2003, afl. 9, nr. 13.776; Luik 14 januari 2020, *TRV* 2021, 214, noot D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE; Kh. Charleroi 30 maart 1999, *JLMB* 2000, 278. Inzake de aansprakelijkheid van de cijferberoeper: Brussel 7 november 2008, *TBH* 2010, 357, noot A. COIBION; Antwerpen 14 november 2019, *Limb.Rechtsl.* 2020, 198, noot B. WINDEY en M. VALKENERS.

⁷ Artt. 5:4, §2, 7°, 6:5, §2, 7° en 7:3, §2, 7° WVV.

⁸ Oud art. 229, 5° W.Venn., thans art. 5:16, 2° WVV voor de BV; zie *inter alia* O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 1996, 41-53, nr. 28-37; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1992-1998”, *TPR* 2000, 244-256, nr. 166-185; B. VERSCHULDEN, “Het financieel plan” in G. BATS, J. MERTENS en I. SAEYS (eds.), *20 jaar VEVb. De wettelijke en bijzondere opdrachten van de accountant en bedrijfsrevisor: liber amicorum Marcel Verschelden*, Diegem, Ced.Samsom, 2001, 224-227; F. BOUCKAERT, “Art. 229 W.Venn.” in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl.; O. CAPRASSE, “La responsabilité des fondateurs en cas de capital insuffisant” in B. TILLEMANS et al. (eds.), *De oprichting van vennootschappen en de opstartfase van ondernemingen*, Brugge, Die Keure, 2003, 581-584, nr. 11-

opgericht zijn t.e.m. 30 april 2019 blijft de oprichtersaansprakelijkheid onderworpen aan de oude bepaling uit art. 229, 5° W.Venn.,⁹ naar analogie met de overgangsbepaling voor bestuurdersaansprakelijkheid¹⁰ en in overeenstemming met vaste cassatierechtspraak inzake de temporele werking van aansprakelijkheidsgronden.¹¹ De nieuwe bepalingen van het WVV, die gelden voor zowel de BV, de CV als de NV,¹² voegen echter weinig fundamenteels toe aan het oude regime.¹³

6. In de wettelijke aansprakelijkheidsgrond zijn enkele elementen vervat die over de jaren heen door de rechtspraak en de literatuur werden verduidelijkt. Opdat de curator¹⁴ een vordering in oprichtersaansprakelijkheid kan instellen jegens de oprichters van een BVBA, dient het maatschappelijk kapitaal overeenkomstig oud art. 229, 5° W.Venn. kennelijk ontoereikend geweest te zijn voor de voorgenomen bedrijvigheid over tenminste twee jaar. De term *maatschappelijk kapitaal* is misleidend, aangezien men ook rekening moet houden met andere financiële middelen waarover de vennootschap redelijkerwijs verwachtte te beschikken in die periode van twee jaar.¹⁵ Zodoende kunnen ook vreemde middelen zoals voorschotten van vennoten, subsidies en bedrijfseconomisch verantwoorde leningen meegenomen worden in de beoordeling.¹⁶ Men mag daarom stellen dat niet zozeer het aanvangskapitaal van de BVBA, maar het geheel van het *aanvangsvermogen* kennelijk ontoereikend moet zijn om aanleiding te geven tot oprichtersaansprakelijkheid, zoals later bevestigd in het WVV.¹⁷

7. De rechter oordeelt onaantastbaar over de *kennelijke ontoereikendheid* van dit aanvangsvermogen, wat erg gebonden is aan de feitelijke omstandigheden.¹⁸ Voor deze feitenbeoordeling ontwikkelde de

13; P. COUSSEMENT en M. TISON, "Oprichtersaansprakelijkheid" in A. VAN OEVELEN, P. ERNST, A. FRANÇOIS en M. VAN PASSEL (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2003, losbl., 53-62, nr. 4076-4112; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 45-62, nr. 32-43; M. WYCKAERT en B. VAN BAELEN, "Wie is er bang van de kapitaallose BV?" in M. WYCKAERT (ed.), *Themis 105 – Vennootschapsrecht*, Brugge, Die Keure, 2018, 40-42, nr. 16-18; A. JANSEN en W. DAVID, "Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?", *TRV* 2020, 450-457, nr. 1-19; G. BLOMMAERT, "Financieel plan, toereikend aanvangsvermogen en oprichtersaansprakelijkheid in de kapitaallose BV", *DAOR* 2021, afl. 2, 18-22, nr. 48-58; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2021, 516-517, nr. 1102.

⁹ A. JANSEN en W. DAVID, "Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?", *TRV* 2020, 451-452, nr. 4.

¹⁰ Art. 39, §6 Wet 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *BS* 4 april 2019.

¹¹ Cass. 9 november 1984, *Arr. Cass.* 1984, 357; zie ook Cass. 14 november 2014, *AR C.13.0398.N*; G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire*, Brussel, Larcier, 2011, 124, nr. 134. Deze grond vormt dus een uitzondering op de regel dat alle dwingende bepalingen van het WVV verplicht van toepassing zijn vanaf 1 januari 2020.

¹² Artt. 5:16, 2°, 6:17, 2° en 7:18, 2° WVV.

¹³ Met uitzondering van een bijzondere verjaringstermijn, een verduidelijking van het startpunt van de faillissementstermijn en de uitsluiting van "loutere inschrijvers" bij oprichting; A. JANSEN en W. DAVID, "Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?", *TRV* 2020, 451, nr. 3.

¹⁴ In principe komt het enkel aan de curator toe om de oprichtersaansprakelijkheid te vorderen tijdens de faillissementsprocedure, omdat de schade die voortvloeit uit het kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal per definitie gemeen is aan alle schuldeisers van de gefailleerde vennootschap; F. BOUCKAERT, "Art. 229 W.Venn." in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl.; Kh. Brugge 12 maart 1981, *TBH* 1981, 604; Antwerpen 18 december 2000, *RW* 2001-02, 1364.

¹⁵ P. COUSSEMENT en M. TISON, "Oprichtersaansprakelijkheid" in A. VAN OEVELEN et al. (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2003, losbl., 58, nr. 4100; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004/2012, 49, nr. 36.

¹⁶ M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA: vermogens- en kapitaalvorming door inbreng, rechten en plichten van vennoten*, Kalmthout, Biblio, 1995, 192-193, nr. 251.

¹⁷ De nieuwe bepalingen van het WVV spreken voor de BV en CV over een toereikend "aanvangsvermogen" (dit is logisch, aangezien deze vennootschapsvormen geen kapitaalnotie kennen), maar voor de NV wordt nog steeds de term "kapitaal" gehanteerd. De voorbereidende werkzaamheden geven aan dat men rekening mag houden met andere financieringsbronnen dan inbrengen; MvT *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001, 128. Er is geen enkele reden om aan te nemen dat dit niet zou gelden voor de NV; B. WINDEY en M. VALKENERS, "Oprichtersaansprakelijkheid als bijzondere vorm van bestuurdersaansprakelijkheid en vice versa – Quo vadis onder het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen" (noot onder Antwerpen 5 december 2018), *Limb.Rechtsl.* 2020, 290.

¹⁸ P. COUSSEMENT en M. TISON, "Oprichtersaansprakelijkheid" in A. VAN OEVELEN et al. (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2003, losbl., 55, nr. 4086; R. VAN BOVEN, "Art. 215 W.Venn. (oude art. 120ter W.Venn.)" in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl.

rechtspraak enkele uitgangspunten die dienen als leidraad.¹⁹ Allereerst moet de rechter zich plaatsen in de schoenen van de oprichters op het ogenblik van de oprichting van de vennootschap.²⁰ Teneinde een *post factum*-beoordeling te voorkomen, mag de rechter enkel rekening houden met de feitelijke elementen die de oprichters op het ogenblik van de oprichting kenden of redelijkerwijze hoorden te kennen.²¹ Het financieel plan speelt hierbij een belangrijke rol, omdat het ten tijde van de oprichting – *in tempore non suspecto* – is opgemaakt (cf. randnr. 10).²² Ten tweede moest de ontoereikendheid van het aanvangsvermogen op dat moment evident zijn voor elke normaal vooruitziende en gewetensvolle oprichter.²³ De toetsing van de rechter is dus marginaal, zodat aan de oprichters enige beoordelingsruimte wordt gelaten.²⁴ Bepaalde rechtspraak durft ook het beroep en de kwalificaties van de oprichters in rekening te brengen,²⁵ al verandert dit niets aan het feit dat de beoordeling *in abstracto* geschiedt.

8. Volgens sommige auteurs zou het regime van de oprichtersaansprakelijkheid enigszins afwijken van het gemeenrechtelijk aansprakelijkheidsregime, omdat geen bewijs van fout en causaal verband vereist zou zijn.²⁶ Een vaststelling van de kennelijke ontoereikendheid van het aanvangsvermogen zou voldoende zijn opdat de oprichtersaansprakelijkheid in het gedrang kan komen. De curator zou er niet toe gehouden zijn aan te tonen dat de ontoereikendheid een fout in hoofde van de oprichters inhoudt.²⁷ Naar mijn mening is deze stelling niet correct, aangezien de zorgvuldigheidsnorm onrechtstreeks toch zijn ingang vindt via het abstracte criterium van de normaal vooruitziende en gewetensvolle oprichter. Wel terecht is de stelling dat de curator niet moet bewijzen dat het faillissement in oorzakelijk verband staat met deze kennelijke ontoereikendheid.²⁸ Er volgt daarom geen exoneratie van de oprichters als het faillissement een andere oorzaak heeft, zoals het instorten van de markt,²⁹ voor zover dit ten tijde van de oprichting voorzienbaar was.

2.2. Het financieel plan als cruciaal bewijsmiddel

9. Het financieel plan is een belangrijk element bij de beoordeling van de rechter over de kennelijke ontoereikendheid van het aanvangsvermogen.³⁰ Vóór de oprichting van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid zijn de promotoren – *i.e.* de latere oprichters van de vennootschap – verplicht om een financieel plan op te stellen waarin zij verantwoorden dat de voorziene financiële

¹⁹ C. VERSTAPPEN, "Het financieel plan als (enig) instrument bij de beoordeling van oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal" (noot onder Antwerpen 16 april 2015), *RAGB* 2016, 451, nr. 13.

²⁰ Gent 17 maart 2003, *TRV* 2005, 501; Brussel 20 april 2010, *TBH* 2010, 692.

²¹ Van de oprichter wordt niet verwacht dat hij een "glazen bol" heeft en rekening kan houden met onvoorzienbare elementen na de oprichting; Gent 10 oktober 2001, *TRV* 2002, 454, noot R. TAS; Brussel 20 april 2010, *TBH* 2010, 692.

²² P. COUSSEMENT en M. TISON, "Oprichtersaansprakelijkheid" in A. VAN OEVELEN *et al.* (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2003, losbl., 55-56, nr. 4086; M. DALLE, "Wat het financieel plan niet is" (noot onder Gent 5 oktober 1994), *AJT* 1994-95, 172-173, nr. 1.

²³ C. VERSTAPPEN, "Het financieel plan als (enig) instrument bij de beoordeling van oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal" (noot onder Antwerpen 16 april 2015), *RAGB* 2016, 451, nr. 13; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2021, 516-518, nr. 1104.

²⁴ M. WYCKAERT en B. VAN BAELEN, "Wie is er bang van de kapitaallose BV?" in M. WYCKAERT (ed.), *Themis 105 – Vennootschapsrecht*, Brugge, Die Keure, 2018, 40-41, nr. 16.

²⁵ Brussel 20 december 1983, *TBH* 1984, 525; Luik 5 mei 1995, *JLMB* 1997, 626; G. BLOMMAERT, "Financieel plan, toereikend aanvangsvermogen en oprichtersaansprakelijkheid in de kapitaallose BV", *DAOR* 2021, afl. 2, 18-19, nr. 52.

²⁶ G. BLOMMAERT, "Financieel plan, toereikend aanvangsvermogen en oprichtersaansprakelijkheid in de kapitaallose BV", *DAOR* 2021, afl. 2, 20, nr. 53.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ A. COIBION, "L'insuffisance manifeste du capital social à la lumière du plan financier et la responsabilité encourue par les fondateurs et le notaire instrumentant" (noot onder Bergen 25 oktober 2001), *TBH* 2002, 720, nr. 20.

²⁹ P. COUSSEMENT en M. TISON, "Oprichtersaansprakelijkheid" in A. VAN OEVELEN *et al.* (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2003, losbl., 61, nr. 4108.

³⁰ A. JANSEN en W. DAVID, "Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?", *TRV* 2020, 457, nr. 20.

middelen de levensvatbaarheid van de vennootschap kunnen verzekeren gedurende de eerste twee jaren van haar bestaan.³¹ Daarnaast dient deze verplichting om te voorkomen dat vennootschappen overhaast worden opgericht, want het dwingt de promotoren tot reflectie over de financiële implicaties van de voorgenomen activiteiten.³² Onder het oude W.Venn. was zowel de vorm als de inhoud van het financieel plan volledig vrij³³ (behalve voor de Starters-BVBA).³⁴ Thans schrijft het WVV wel op een uitdrukkelijke en veralgemeende wijze de minimuminhoud voor.³⁵ Het financieel plan moet bij de oprichting van de vennootschap overhandigd worden aan de instrumenterende notaris, die de taak heeft om het te bewaren, doch niet openbaar te maken.³⁶ De notaris is enkel gehouden tot voorlegging van het plan op verzoek van de rechter-commissaris of Procureur des Konings.³⁷ De curator dient zich dus eerst tot één van hen te wenden, vooraleer hij het plan kan raadplegen.

10. Het financieel plan helpt de rechter om zich te plaatsen op het ogenblik van de oprichting van de vennootschap, en niet in de valstrik van de *a posteriori*-beoordeling te trappen.³⁸ In tegenstelling tot wat bepaalde rechtsleer en rechtspraak beweert,³⁹ kunnen evenwel niet enkel de financiële middelen die blijken uit het financieel plan in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de oprichtersaansprakelijkheid.⁴⁰ Hoewel het financieel plan – zoals benadrukt in het geannoteerde vonnis – net het verdedigingsmiddel bij uitstek is, staat het de oprichters namelijk vrij om op enige andere wijze te bewijzen dat het aanvangsvermogen voldoende, of juist, niet manifest ontoereikend was.⁴¹ Uit de rechtspraak blijkt dat wanneer een financieel plan schetsmatig, summier of amateuristisch is, aan de oprichters gevraagd wordt om met andere elementen te bewijzen dat zij bij de oprichting in een redelijk aanvangsvermogen voorzien hebben.⁴² Dit komt neer op een *de facto* omkering van de bewijslast.

2.3. Het geannoteerde vonnis

11. In onderhavige zaak lag een uitgebreid financieel plan voor, opgesteld met de hulp van een externe accountant. Er was dus geen nood aan een omkering van de bewijslast, gezien het plan reeds op exhaustieve wijze de voorziene financiële middelen ten tijde van de oprichting weergaf. Uit het vonnis bleek dat het plan op zich reeds afdoende bewijs vormde voor een kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen, “*terwijl het juist een instrument zou moeten zijn om het tegendeel te bewijzen*”. De prognoses van het plan waren immers uitermate alarmerend.

³¹ Kh. Brussel 8 april 1986, RPS 1986, 166; B. VERSCHULDEN, “Het financieel plan” in G. BATS et al. (eds.), *20 jaar VEVb. De wettelijke en bijzondere opdrachten van de accountant en bedrijfsrevisor: liber amicorum Marcel Verschelden*, Diegem, Ced.Samsom, 2001, 223.

³² MvT Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001, 128-129; D. BRULOOT, “Art. 215” in D. BRULOOT, K. BYTTEBIER, J. CERFONTAINE, H. DE WULF en K. MARESCAU (eds.), *Vennootschappen Duiding 2017*, Brussel, Larcier, 2017, 343, nr. 1.

³³ A. COIBION, “L’insuffisance manifeste du capital social à la lumière du plan financier et la responsabilité encourue par les fondateurs et le notaire instrumentant” (noot onder Bergen 25 oktober 2001), *TBH* 2002, 717, nr. 7.

³⁴ De minimuminhoud van het financieel plan dat overhandigd diende te worden bij de oprichting van de voormalige Starters-BVBA werd dwingend voorgeschreven door de artt. 219bis-septies KB 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen, *BS* 6 februari 2001; J. LAURIJSEN en P. VERSCHULDEN, *Starters-BVBA: oase of fata morgana?*, Mechelen, Kluwer, 2010, 18-21.

³⁵ Artt. 5:4, §2, 6:5, §2 en 7:3, §2 WVV.

³⁶ M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA: vermogens- en kapitaalvorming door inbreng, rechten en plichten van vennoten*, Kalmthout, Biblio, 1995, 193, nr. 251.

³⁷ Oud art. 229, tweede lid W.Venn.; thans art. 5:16, 2° WVV.

³⁸ H. CULOT, “Plan financier et avances d’associé” (noot onder Antwerpen 16 april 2015), *TBH* 2016, 471-472, nr. 7.

³⁹ Brussel 20 april 2010, *TBH* 2010, 692; C. VERSTAPPEN, “Het financieel plan als (enig) instrument bij de beoordeling van oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal” (noot onder Antwerpen 16 april 2015), *RAGB* 2016, 452, nr. 16.

⁴⁰ A. JANSSEN en W. DAVID, “Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?”, *TRV* 2020, 457, nr. 20.

⁴¹ M. DALLE, “Wat het financieel plan niet is” (noot onder Gent 5 oktober 1994), *AJT* 1994-95, 173, nr. 2.

⁴² Gent 17 maart 2003, *TRV* 2005, 501; Luik 10 september 2007, *JLMB* 2009, 295; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 59, nr. 41.

2.3.1. Beoordeling van de toereikendheid van het aanvangsvermogen

12. Het onderzoek naar de toereikendheid van het aanvangsvermogen dient in functie te staan van de *voorgenomen activiteiten* of bedrijvigheid over een periode van minstens twee jaar.⁴³ Ook de intentie van de oprichters met betrekking tot de geplande activiteiten dient beoordeeld te worden op het ogenblik van de oprichting.⁴⁴ In de eerste plaats kan men hiervoor naar het statutair voorwerp kijken, doch in voorliggende casus bleek het statutair voorwerp (vroeger aangeduid als het “maatschappelijk doel”) in de oprichtingsakte zeer ruim omschreven – zoals sinds jaar en dag een wijdverbreide praktijk is.⁴⁵ De feitelijke activiteit van de vennootschap, namelijk schrijnwerkerij, werd er desondanks niet in vermeld. De literatuur benadrukt dat de voorgenomen bedrijvigheid daarnaast vooral bepaald wordt door de vermeldingen van het financieel plan.⁴⁶ Ook het financieel plan vertoonde *in casu* evenwel een leemte op dit vlak. Hoewel een vermelding van de voorgenomen activiteiten ten tijde van de opstelling van het plan niet verplicht was,⁴⁷ bemoeilijkt een gebrek daarvan de beoordeling van de cijferprognoses in hoge mate. Daarom is het in dat geval gerechtvaardigd dat de rechter de feitelijk uitgeoefende bedrijvigheid beschouwt als de voorgenomen bedrijvigheid,⁴⁸ hier de activiteit van schrijnwerkerij.

13. Vervolgens bracht de rechter de originele liquiditeitspositie van de vennootschap in kaart, op basis van haar liquiditeitsratio en de schatting van de omzet in het financieel plan. Volgens de literatuur is de verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen overigens volstrekt irrelevant om al dan niet te besluiten tot een kennelijk ontoereikend vermogen, alsook het feit dat het financieel plan zelf aanzienlijke verliezen voorzag tijdens de eerste twee boekjaren.⁴⁹ Wat mijns inziens – in functie van de doelstelling van het financieel plan – wel belangrijk is, is net een redelijke voorspelling dat de vennootschap met de voorziene financiële middelen een positieve *cashflow*⁵⁰ kan aanhouden voor de activiteiten die zij beoogt te verrichten tijdens de eerste twee jaren van haar bestaan. In het financieel plan werden inderdaad verliezen voorspeld, maar deze verliezen werden niet opgevangen door eigen of vreemd vermogen om de vennootschap boven water te houden. Meer zelfs, het plan voorzag in de terugname van voorschotten van de vennoten reeds in het tweede kwartaal na de oprichting. Bovendien werd in het plan *ab initio* een grote som aan korte termijnschulden ingecalculeerd, tegenover een klein aandeel aan korte termijnvorderingen. Samen met een kennelijke overschatting van de te verwachten omzet, kon de rechter niet anders dan te concluderen tot een kennelijke ontoereikendheid van het aanvangsvermogen.

2.3.2. Omvang en verdeling van de oprichtersaansprakelijkheid

⁴³ G. BLOMMAERT, “Financieel plan, toereikend aanvangsvermogen en oprichtersaansprakelijkheid in de kapitaallose BV”, *DAOR* 2021, afl. 2, 7, nr. 14.

⁴⁴ Luik 5 mei 1995, *JLMB* 1997, 626.

⁴⁵ P. COUSSEMENT en M. TISON, “Oprichtersaansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN *et al.* (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2003, losbl., 59, nr. 4104.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Thans dient het financieel plan verplicht een nauwkeurige beschrijving van de voorgenomen bedrijvigheid te bevatten; art. 5:4, §2, 1° WVV, art. 6:5, §2, 1° WVV en art. 7:3, §2, 1° WVV.

⁴⁸ Gent 16 januari 1985, *TBH* 1985, 405; Luik 8 mei 2003, *DAOR* 2003, afl. 1, 70; A. JANSEN en W. DAVID, “Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?”, *TRV* 2020, 455, nr. 13; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2021, 516-517, nr. 1102.

⁴⁹ Bergen 17 mei 1994, *TBH* 1996, 202; Luik 4 april 2000, *JLMB* 2002, 821; Antwerpen 18 februari 2016, *NJW* 2017, 192, noot J. WAELEKENS; C. VERSTAPPEN, “Het financieel plan als (enig) instrument bij de beoordeling van oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal” (noot onder Antwerpen 16 april 2015), *RAGB* 2016, 453, nr. 17.

⁵⁰ Eén der doelen van het financieel plan is om de *cashflow* van de vennootschap onder bijzondere aandacht te brengen; G. BLOMMAERT, “Financieel plan, toereikend aanvangsvermogen en oprichtersaansprakelijkheid in de kapitaallose BV”, *DAOR* 2021, afl. 2, 7, nr. 12.

14. Het in de casus voorliggende financieel plan toont een project dat gedoemd was om te mislukken, ongeacht het bestuur van de vennootschap. De oprichters Jan en Rita (Rita deels bij erfopvolging voor de overleden oprichter Ivan) werden bijgevolg hoofdelijk aansprakelijk gesteld op basis van oud art. 229, 5° W.Venn. Dit betekent echter niet noodzakelijk dat de oprichters aansprakelijk zijn voor het volledige netto-passief van de gefailleerde vennootschap, *i.e.* al haar onbetaalde verbintenissen.⁵¹ De omvang van de oprichtersaansprakelijkheid staat immers los van het tekort aan vermogen.⁵² De oprichters zijn enkel gehouden tot nakoming van de verbintenissen van de vennootschap “naar een verhouding die de rechter vaststelt”. De rechter beschikt derhalve over een matigingsbevoegdheid, hij beslist soeverein over het gedeelte van het netto-passief dat ten laste van de oprichters zal worden gelegd.⁵³ *In casu* hield de rechter rekening met de groei van het passief ingevolge de kennelijk onredelijke voortzetting van de activiteiten door enige bestuurder Jan, wat hem ertoe bracht om iets minder dan de helft van het netto-passief ten laste van de oprichters te leggen. Dergelijke beperking van de oprichtersaansprakelijkheid is mijns inziens terecht, omdat de oprichters geen aandeel hebben in het bestuur van de vennootschap. Uiteraard dient het door hen voorziene aanvangsvermogen slechts toereikend te zijn voor een *normale* bedrijvigheid over minstens twee jaar.⁵⁴ Oprichters kunnen derhalve niet gehouden zijn voor fouten van de bestuurders, zoals het foutief verderzetten van een reddeloos verloren onderneming. Het feit dat één van de oprichters *in casu* uiteindelijk ook benoemd werd tot bestuurder van de vennootschap, doet hier geen afbreuk aan. Enige fouten begaan tijdens zijn bestuur kunnen hem slechts verweten worden bij wege van bestuurdersaansprakelijkheid, zoals tevens blijkt uit de afzonderlijke redenering in de besproken uitspraak.

15. Ook wijkt het geannoteerde vonnis af van het gemeen recht voor de onderlinge verdeling van de oprichtersaansprakelijkheid. De rechtspraak kiest vaak voor een ongelijke verdeling van de *contributio*, namelijk de mate waarin elke oprichter intern moet bijdragen aan het netto-passief.⁵⁵ De rechtsleer schuift drie gronden naar voren om die afwijking van de suppletieve gelijke verdeelsleutel te rechtvaardigen,⁵⁶ doch de praktijk leert dat dit vooral afhankelijk is van de rol die elke oprichter gespeeld heeft bij de oprichting.⁵⁷ In voorliggende casus was de rechter van oordeel dat Jan – in tegenstelling tot de andere oprichters – de spilfiguur was bij de oprichting. Hij legde namelijk het contact met de accountant voor het opstellen van het financieel plan. Verder zou hij als toekomstig enig bestuurder meer aandacht geschonken moeten hebben aan de slaagkansen van het project. Daarom werd 75% van de oprichtersaansprakelijkheid ten laste van Jan gelegd, en 25% ten laste van Rita (in eigen naam en als erfgenaam van Ivan). Deze onderlinge gehoudenheid mag niet verward

⁵¹ In sommige gevallen worden de oprichters wel veroordeeld tot vergoeding van het gehele passief; Bergen 13 september 1989, *JLMB* 1990, 9; Kh. Brussel 14 maart 1989, *JT* 1989, 464; P. COUSSEMENT en M. TISON, “Oprichtersaansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN *et al.* (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2003, losbl., 61, nr. 4110.

⁵² G. BLOMMAERT, “Financieel plan, toereikend aanvangsvermogen en oprichtersaansprakelijkheid in de kapitaallose BV”, *DAOR* 2021, afl. 2, 20, nr. 54; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2021, 519, nr. 1106.

⁵³ Brussel 31 oktober 1991, *JLMB* 1992, 201, noot C. PARMENTIER; Luik 5 mei 1995, *TBH* 1996, 196; Bergen 26 maart 1998, *JLMB* 1999, 502; Luik 14 november 2000, *JLMB* 2002, 1341, noot O. CAPRASSE; Luik 10 september 2007, *JLMB* 2009, 295; Antwerpen 14 november 2019, *Limb.Rechtsl.* 2020, 198, noot B. WINDEY en M. VALKENERS; Luik 14 januari 2020, *TRV* 2021, 214, noot D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE; K. GEENS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1992-1998”, *TPR* 2000, 252-253, nr. 180-181.

⁵⁴ Luik 4 april 2000, *JLMB* 2002, 820; O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 1996, 47, nr. 34.

⁵⁵ Luik 5 mei 1995, *JLMB* 1997, 626; Luik 14 januari 2020, *TRV* 2021, 214, noot D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE; D. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Kroniek vennootschapsrecht 1996-1997”, *TRV* 1997, 376, nr. 73.

⁵⁶ De literatuur stelt dat een ongelijke *contributio* zijn grond kan vinden in (i) de vennootschapsrechtelijke verdeelsleutel op basis waarvan aandeelhouders slechts gehouden zijn tot de betrekkelijke omvang van hun inbreng, (ii) aandeelhouders-overeenkomsten en (iii) de statuten; K. GEENS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1992-1998”, *TPR* 2000, 253-254, nr. 182; G. BLOMMAERT, “Financieel plan, toereikend aanvangsvermogen en oprichtersaansprakelijkheid in de kapitaallose BV”, *DAOR* 2021, afl. 2, 20-21, nr. 56.

⁵⁷ D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE, “Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal en de aansprakelijkheid van de notaris: code rood voor het notariaat?” (noot onder Luik 14 januari 2020), *TRV* 2021, 223, nr. 10.

worden met de *obligatio*. Omdat de wet geen afwijking van de hoofdelijkheid toelaat, is elke oprichter jegens de schuldeisers gehouden voor het volledige bedrag van de oprichtersaansprakelijkheid.⁵⁸ Pas na de betaling aan de curator – die het collectief van de schuldeisers vertegenwoordigt – vindt de verdeling tussen de oprichters plaats.

3. Aansprakelijkheid van de beoefenaar van een cijferberoep wegens een kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen

16. De verplichting tot het opstellen van een financieel plan rust op de oprichters van de vennootschap. De wetgever dwingt hen er niet toe om een externe deskundige, een beoefenaar van een cijferberoep, aan te stellen voor de redactie van het financieel plan, aangezien dit de kosten van de oprichting zou verzwaren.⁵⁹ Toch is het in de praktijk gebruikelijk om beroep te doen op een externe boekhouder of accountant om het financieel plan te schrijven, of minstens te beoordelen.⁶⁰ Dit wordt overigens sterk aangeraden, vermits niet alle oprichters over de noodzakelijke boekhoudkundige en financiële kennis beschikken, vooral niet wanneer zij startende ondernemers zijn.⁶¹ Ook de voorbereidende werkzaamheden van de Wet van 4 augustus 1978 bevelen de tussenkomst van een deskundige aan.⁶² In voorliggende casus maakten de oprichters gebruik van deze mogelijkheid.

17. De beoefenaar van een cijferberoep is de *“natuurlijke adviseur”* met betrekking tot het financieel plan.⁶³ De cliënt die op hem een beroep doet mag verwachten dat *“hij over voldoende kennis beschikt om een dergelijk plan op te stellen, dat volledig en in overeenstemming met de wettelijke en boekhoudkundige vereisten is, zonder omissies en fouten”*.⁶⁴ Hiertegenover staat de notaris, wiens verplichtingen in dat kader – volgens de letter van de wet – beperkt zijn tot de bewaring en overhandiging van het financieel plan,⁶⁵ alsook tot de controle van de externe wettigheid van het document.⁶⁶ Toch bestaat een tendens in bepaalde rechtspraak om de taak van de notaris strenger te beoordelen, door van hem te verwachten dat hij de oprichters waarschuwt als het document in kennelijk onvoldoende financiële middelen voorziet.⁶⁷ Dergelijke inhoudelijke of kwalitatieve controle door de notaris wordt kritisch onthaald door de literatuur.⁶⁸ Voor de beoefenaar van het cijferberoep

⁵⁸ K. GEENS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1992-1998”, *TPR* 2000, 253, nr. 181.

⁵⁹ MvT *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001, 129.

⁶⁰ A. COIBION, “La responsabilité du professionnel de la comptabilité dans l’établissement du plan financier en cas d’insuffisance du capital” (noot onder Brussel 7 november 2008), *TBH* 2010, 362, nr. 4.

⁶¹ G. DELVAUX, “Taak van de beroepsbeoefenaar bij de opstelling van het financieel plan” in B. TILLEMANS *et al.* (eds.), *De oprichting van vennootschappen en de opstartfase van ondernemingen*, Brugge, Die Keure, 2003, 883; H. BRAECKMANS, “Oprichting, bestuur en einde van de vennootschap: verbeteringen zijn mogelijk in functie van symmetrie en concordantie” in *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 77, nr. 3.

⁶² Verslag namens de bijzondere commissie belast met het onderzoek van het ontwerp van Wet tot economische heroriëntering, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/2, 143; R. VAN BOVEN, “Art. 215 W.Venn. (oude art. 120ter W.Venn.)” in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl.

⁶³ D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE, “Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal en de aansprakelijkheid van de notaris: code rood voor het notariaat?” (noot onder Luik 14 januari 2020), *TRV* 2021, 228, nr. 30.

⁶⁴ Brussel 7 november 2008, *TBH* 2010, 357, noot A. COIBION.

⁶⁵ Oud art. 215, eerste lid W.Venn. en oud art. 229 *in fine* W.Venn.; thans artt. 5:4, §1, 6:5, §1 en 7:3, §1 WVV en artt. 5:16, 2°, 6:17, 2° en 7:18, 2° WVV.

⁶⁶ De controle van externe wettigheid brengt met zich mee dat de notaris nagaat of het document voldoet aan de vormelijke eisen uit de wet, en ook alle verplichte elementen bevat. Indien het plan niet aan deze vereisten voldoet, is de notaris ertoe gehouden om zijn ambt – het verlijden van de notariële oprichtingsakte – te weigeren; M. MONARD en M. THEYSKENS, “Het nieuwe vennootschapsrecht – One size fits all: de BV als nieuwe standaard-vennootschap”, *T.Not.* 2019, 371, nr. 15.

⁶⁷ Bergen 25 oktober 2001, *JT* 2002, 344, *TBH* 2002, 711, noot A. COIBION; Brussel 6 september 2002, *RGAR* 2003, afl. 9, nr. 13.776; Luik 14 januari 2020, *TRV* 2021, 214, noot D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE; Kh. Charleroi 30 maart 1999, *JLMB* 2000, 278.

⁶⁸ C. VANHALEWYN, “Het financieel plan en de rol van de notaris” (noot onder Kh. Charleroi 7 februari 1990), *Notarieel en Fiscaal Maandblad* 1991, 77-78; E. SMIT, “Le capital social et la responsabilité des fondateurs”, *DAOR* 1991, 15; A. COIBION, “L’insuffisance manifeste du capital social à la lumière du plan financier et la responsabilité encourue par les fondateurs et le notaire instrumentant” (noot onder Bergen 25 oktober 2001), *TBH* 2002, 718-719, nr. 12; R. DE VALKENNEER, “Le notaire et son devoir de conseil” (noot onder Bergen 25 oktober 2001), *RNB*

bestaat eenzelfde evolutie naar een raadgegingsverplichting inzake het financieel plan, eveneens met voor- en tegenstanders. Een juiste weergave van de verantwoordelijkheden die op de cijferberoeper rusten bij de aflevering van dit plan, eist een demarcatie van de gronden die aanleiding kunnen geven tot zijn aansprakelijkheid. Nadien worden beide “opdrachten” van de deskundige bekeken, *i.e.* het vergaren van de cijfermatige informatie enerzijds, en de inhoudelijke verwerking van die gegevens in het financieel plan anderzijds.

3.1. Aard van de aansprakelijkheid: contractueel of buitencontractueel?

18. De promotoren van de vennootschap richten voorafgaand aan de oprichting een opdracht- of oproepingsbrief aan de beoogde cijferberoeper, waarin zij hem verzoeken om bijstand met betrekking tot de opstelling van een ontwerp van het financieel plan.⁶⁹ Indien de cijferberoeper de opdracht vervolgens aanvaardt, komt enkel een contract tot stand tussen hem en de promotoren van de vennootschap.⁷⁰ Enkel zij zijn immers de opdrachtgevers van de cijferberoeper, niet de vennootschap.⁷¹ Dit impliceert ook dat alleen de oprichters zich kunnen keren tegen de cijferberoeper op grond van *contractuele* aansprakelijkheid wegens de niet-nakoming van zijn verbintenissen.⁷² De contractuele aansprakelijkheid van de cijferberoeper wordt beheerst door het gemeen recht.⁷³ In deze contractuele relatie gaat de cijferberoeper enkel de inspannings- of middelenverbintenis aan om de oprichters bijstand te verlenen zoals men dit kan verwachten van een normaal zorgvuldige, vooruitziende, bekwame en ijverige cijferberoeper die geplaatst is in dezelfde omstandigheden.⁷⁴ Een resultaatsverbintenis zou namelijk impliceren dat de cijferberoeper zonder meer borg staat voor de oprichters ingeval deze laatsten aansprakelijk worden gesteld voor het kennelijk ontoereikend

2002, 374-375; P. COUSSEMENT en M. TISON, “Oprichtersaansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN *et al.* (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2003, losbl., 57, nr. 4091; W. GOOSSENS, “Overzicht van rechtspraak vennootschapsrecht ten behoeve van het notariaat (2011-2018)”, *T.Not.* 2019, 298, nr. 13; M. MONARD en M. THEYSKENS, “Het nieuwe vennootschapsrecht – One size fits all: de BV als nieuwe standaard-vennootschap”, *T.Not.* 2019, 371, nr. 15; D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE, “Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal en de aansprakelijkheid van de notaris: code rood voor het notariaat?” (noot onder Luik 14 januari 2020), *TRV* 2021, 225-227, nr. 18-24; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2021, 516-517, nr. 1101. Zie evenwel in de positieve zin: J.-L. JEGHERS, “Quelques réflexions à propos des formalités récentes les plus courantes liées à l’acte de constitution d’une société commerciale” in B. CARTUYVELS (ed.), *Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires*, Brussel, Bruylant, 1999, 208, nr. 41; M.-A. DELVAUX, “Les responsabilités des administrateurs et gérants des S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L.”, *JDSC* 2001, 190; P. GOVERS, “Les obligations d’information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des notaires”, in F. GLANSDORFF (ed.), *Les obligations d’information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Brussel, Larcier, 2006, 124-125; A. JANSEN en W. DAVID, “Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?”, *TRV* 2020, 465-466, nr. 37.

⁶⁹ B. VERSCHULDEN, “Het financieel plan” in G. BATS *et al.* (eds.), *20 jaar VEVb. De wettelijke en bijzondere opdrachten van de accountant en bedrijfsrevisor: liber amicorum Marcel Verschelden*, Diegem, Ced.Samsom, 2001, 221.

⁷⁰ C. JANSSENS, “Les forums de l’audit – aspects juridiques et techniques du plan financier”, *Rev.B.Compt.* 1999, afl. 1, 25.

⁷¹ Hoewel de doctrine uit art. 2:2 WVV inzake verbintenissen aangegaan voor een rechtspersoon in oprichting volgens het Hof van Cassatie ook van toepassing is op de actiefzijde van wederkerige verbintenissen (Cass. 14 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1362; L. VAN GUCHT, “Verbintenissen aangegaan voor een rechtspersoon in oprichting” in A. VAN OEVELEN *et al.* (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2020, losbl., 645), lijkt het onmogelijk voor de vennootschap om de vordering jegens de cijferberoeper over te nemen, omdat de verbintenis tot bijstand bij het financieel plan per definitie reeds gepresteerd en derhalve uitgedoofd is vooraleer de vennootschap rechtspersoonlijkheid verwerft.

⁷² A. COIBION, “La responsabilité du professionnel de la comptabilité dans l’établissement du plan financier en cas d’insuffisance du capital” (noot onder Brussel 7 november 2008), *TBH* 2010, 363, nr. 7; K. AERTS, *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2020, 79, nr. 50; G. BLOMMAERT, “Financieel plan, toereikend aanvangsvermogen en oprichtersaansprakelijkheid in de kapitaal BV”, *DAOR* 2021, afl. 2, 14, nr. 36.

⁷³ Art. 25 Wet 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *BS* 13 december 2016; art. 44, eerste lid Wet 17 maart 2019 betreffende de beroepen van accountant en belastingadviseur, *BS* 27 maart 2019.

⁷⁴ C. JANSSENS, “Les forums de l’audit – aspects juridiques et techniques du plan financier”, *Rev.B.Compt.* 1999, afl. 1, 25; O. CAPRASSE, “La responsabilité des fondateurs en cas de capital insuffisant” in B. TILLEMANS *et al.* (eds.), *De oprichting van vennootschappen en de opstartfase van ondernemingen*, Brugge, Die Keure, 2003, 588, nr. 17; J. WINDEY, “Les responsabilités liées à l’état de faillite” in J.-P. BUYLE, B. DESSART, J. CRUYPLANTS en P. VAN OMMESLAGHE (eds.), *Les responsabilités d’entreprise*, Brussel, Jeune Barreau, 2007, 519, nr. 58; K. AERTS, *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2020, 79, nr. 50; G. BLOMMAERT, “Financieel plan, toereikend aanvangsvermogen en oprichtersaansprakelijkheid in de kapitaal BV”, *DAOR* 2021, afl. 2, 14, nr. 36.

aanvangsvermogen van de vennootschap dat blijkt uit het financieel plan waarvoor de deskundige bijstand verleende, *quod non*.⁷⁵

19. Wanneer de oprichters wensen om de cijferberoeper in vrijwaring te roepen voor het deel van het passief waartoe zij bij wege van oprichtersaansprakelijkheid veroordeeld werden, dienen zij het bewijs te leveren van een contractuele fout van de cijferberoeper. De vrijwaringsvordering strekt er immers toe om bij een veroordeling onmiddellijk de schade op de in vrijwaring geroepen derde te verhalen, hier de cijferberoeper als contractant van de oprichters. Dergelijk procesrechtelijk manoeuvre kan in principe enkel gestoeld worden op contractuele aansprakelijkheid, dus de vraag rijst in welke mate er sprake is van een tekortkoming aan de middelenverbintenis van de cijferberoeper.⁷⁶

20. Een andere hypothese dan die in voorliggende casus, bestaat erin dat de curator rechtstreeks een vordering instelt tegen de cijferberoeper, bv. als de oprichters insolvent blijken. In dat geval is de cijferberoeper enkel gehouden tot vergoeding aan het collectief van de schuldeisers, vertegenwoordigd door de curator, indien hij veroordeeld wordt in *buitencontractuele* aansprakelijkheid.⁷⁷ Mijn inziens kan men de cijferberoeper evenwel moeilijk verwijten dat hij een op iedereen rustende verplichting, *i.e.* de algemene zorgvuldigheidsverplichting, geschonden heeft bij een gebrekkige waarschuwing aan het adres van de oprichters. De contractuele en professionele plichten van de cijferberoeper gelden niet voor eenieder. Voorlopig vindt men dan ook geen toepassingen van deze hypothese in de gepubliceerde rechtspraak.

3.2. Plichten van de beoefenaar van een cijferberoep bij de aflevering van het financieel plan

21. De bedrijfsrevisor, accountant of externe boekhouder heeft de veralgemeende taak om “bijstand” te verlenen bij het opstellen van het financieel plan.⁷⁸ Zijn taak is niet beperkt tot het “omgieten” van de verkregen cijfergegevens in een document dat voldoet aan de vereisten van het financieel plan.⁷⁹ Indien het tegendeel waar was, zou de opmaak ervan geautomatiseerd kunnen worden en geen menselijke tussenkomst meer vereisen. Men kan moeilijk volhouden dat de cijferberoeper zorgvuldig handelt wanneer hij zijn opdrachten op een louter passieve wijze uitvoert, van hem wordt verwacht een actieve rol aan te nemen.⁸⁰ De vereiste graad van zijn actieve betrokkenheid is evenwel betwist, en speelt bovendien op twee niveaus.

⁷⁵ Naar analogie met de verbintenissen van de notaris: “[...] *une solution contraire équivaudrait à faire peser sur le notaire, pendant trois années, une garantie de la solvabilité future de toutes les sociétés dont ils reçoivent l’acte constitutif*.”; A. COIBION, “L’insuffisance manifeste du capital social à la lumière du plan financier et la responsabilité encourue par les fondateurs et le notaire instrumentant” (noot onder Bergen 25 oktober 2001), *TBH* 2002, 719, nr. 12.

⁷⁶ Het samenloopverbod verbiedt in principe de keuze voor buitencontractuele aansprakelijkheid tussen twee contractpartijen; Cass. 14 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 179; Cass. 9 november 1987, *Pas.* 1988, 296; Cass. 28 september 1995, *Arr.Cass.* 1995, 827; Cass. 26 april 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1136; S. STIJNS en I. SAMOY, *Leerboek verbintenissenrecht - Boek 1bis*, Brugge, die Keure, 2020, 175, nr. 143. Zie voor een concrete toepassing van het samenloopverbod in de context van een vrijwaringsvordering jegens de cijferberoeper: Antwerpen 14 november 2019, *Limb.Rechtsl.* 2020, 198, noot B. WINDEY en M. VALKENERS. Het samenloopverbod staat evenwel onder druk en dreigt onder toekomstig recht vervangen te worden door een principiële keuzevrijheid; H. BOCKEN, “[Hervorming van het aansprakelijkheidsrecht] Samenloop in het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid”, *TPR* 2021, 164-169, nr. 9-15.

⁷⁷ De schuldeisers van de vennootschap zijn derden ten opzichte van de cijferberoeper, dus zijn aansprakelijkheid jegens de curator heeft een buitencontractuele aard.

⁷⁸ R. VAN BOVEN, “Art. 215 W.Venn. (oude art. 120ter W.Venn.)” in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl. Het WVV verwijst naar de cijferberoeper die “bijstand” heeft verleend bij de opmaak van het plan; artt. 5:4, §2, 7°, 6:5, §2, 7° en 7:3, §2, 7° WVV. “Bijstand” is in dit geval echter een neutrale term die verschillende ladingen dekt, men doelt hier op de concrete afspraken die gemaakt zijn tussen partijen.

⁷⁹ A. JANSEN en W. DAVID, “Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?”, *TRV* 2020, 471, nr. 49.

⁸⁰ G. DELVAUX, “Taak van de beroepsbeoefenaar bij de opstelling van het financieel plan” in B. TILLEMANS *et al.* (eds.), *De oprichting van vennootschappen en de opstartfase van ondernemingen*, Brugge, Die Keure, 2003, 892.

3.2.1. Beperkte controleplicht inzake de juistheid en volledigheid van aangereikte informatie

22. De cijferberoeper helpt bij de opmaak van het financieel plan op basis van de cijfergegevens die hem aangereikt worden door zijn opdrachtgevers, de promotoren van de vennootschap. Hierbij heeft hij de taak om alle informatie en inlichtingen te verzamelen die hij noodzakelijk acht als deskundige, om de oprichters in te lichten over de *“financiële bewegingen van de door hen geplande activiteiten”*.⁸¹ Eens deze informatie is ingewonnen van de opdrachtgevers, kan de beroepsbeoefenaar enkel en alleen op grond daarvan handelen.⁸²

23. De meerderheid van de literatuur acht de cijferberoeper niet in staat om de aangereikte informatie grondig te toetsen, met als gevolg dat hij niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade die door onjuiste en/of onvolledige informatie veroorzaakt zou kunnen worden.⁸³ Sommigen verwachten wel van de deskundige dat hij de verkregen cijfergegevens en de vooropgestelde resultaten toetst aan de door hem opgedane kennis en ervaring, en deze cijfers tevens vergelijkt met resultaten van soortgelijke ondernemingen of ondernemingen in dezelfde sector.⁸⁴ Bovendien kan van een redelijke deskundige, die een actieve rol vervult, een behoorlijke voorzichtigheid verwacht worden. Zo zal het klakkeloos overnemen van manifest onjuiste of onvolledige gegevens zonder enige waarschuwing aan het adres van de opdrachtgevers, in zijn hoofde alsnog een aansprakelijkheid kunnen opleveren. In die zin dient de cijferberoeper hoe dan ook tot op zekere hoogte de meegedeelde gegevens te verifiëren. Indien de informatie hem kennelijk vergezocht of onvolledig lijkt, moet de cijferberoeper weigeren om die gegevens in het plan op te nemen.⁸⁵ Bij exuberante gevallen van willekeur of bedrog vanwege de promotoren (bv. wanneer de cijfergegevens van die aard zijn dat men duidelijk misbruik wil maken van de aansprakelijkheidsbeperking uit het vennootschapsrecht), is hij *a fortiori* verplicht zijn medewerking compleet te staken. Van bedrijfsrevisoren eist de wet inmiddels een professioneel-kritische instelling, in het bijzonder *“bij de beoordeling van schattingen van de leiding met betrekking tot reële waarden, de waardevermindering van activa, voorzieningen en toekomstige kasstromen die relevant zijn voor het vermogen van de entiteit tot continuïteit van het bedrijf”*.⁸⁶ Cijfergegevens die echter ogenschijnlijk niet buiten de grenzen treden van wat gewoonlijk is in de sector, en niet overduidelijk willekeurig of bedrieglijk zijn, verlangen zoals gezegd geen grondige controle vanwege de beroepsbeoefenaar.

24. Voor de cijferberoeper bestaat de mogelijkheid om zich te bevrijden van zijn aansprakelijkheid voor de controleplicht, bij wege van een exonatiebeding. *In casu* maakte de cijferdeskundige gebruik van deze mogelijkheid, door zich contractueel te exoneren voor de schade die rechtstreeks of

⁸¹ B. VERSCHULDEN, “Het financieel plan” in G. BATS et al. (eds.), *20 jaar VEB. De wettelijke en bijzondere opdrachten van de accountant en bedrijfsrevisor: liber amicorum Marcel Verschelden*, Diegem, Ced.Samsom, 2001, 221-222; R. VAN BOVEN, “Art. 215 W.Venn. (oude art. 120ter W.Venn.)” in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl.

⁸² *Ibid.*

⁸³ B. VERSCHULDEN, “Het financieel plan” in G. BATS et al. (eds.), *20 jaar VEB. De wettelijke en bijzondere opdrachten van de accountant en bedrijfsrevisor: liber amicorum Marcel Verschelden*, Diegem, Ced.Samsom, 2001, 222; R. VAN BOVEN, “Art. 215 W.Venn. (oude art. 120ter W.Venn.)” in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl.; R. VAN BOVEN, “Le plan financier: aspects juridiques”, *Accountancy & Tax* 2005, afl. 3, 19, nr. 20; A. COIBION, “La responsabilité du professionnel de la comptabilité dans l’établissement du plan financier en cas d’insuffisance du capital” (noot onder Brussel 7 november 2008), *TBH* 2010, 362-363, nr. 6; D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE, “Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal en de aansprakelijkheid van de notaris: code rood voor het notariaat?” (noot onder Luik 14 januari 2020), *TRV* 2021, 228, nr. 29.

⁸⁴ R. VAN BOVEN, “Art. 215 W.Venn. (oude art. 120ter W.Venn.)” in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl.; A. COIBION, “La responsabilité du professionnel de la comptabilité dans l’établissement du plan financier en cas d’insuffisance du capital” (noot onder Brussel 7 november 2008), *TBH* 2010, 362, nr. 5.

⁸⁵ A. JANSEN en W. DAVID, “Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?”, *TRV* 2020, 472, nr. 51.

⁸⁶ Art. 15 in fine Wet 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *BS* 13 december 2016.

onrechtstreeks veroorzaakt zou kunnen worden als gevolg van door de opdrachtgevers bezorgde foutieve en/of onvolledige informatie. In het geannoteerde vonnis waren echter geen problemen voorhanden inzake de juistheid en de volledigheid van de verstrekte informatie. Zodoende kon het exonatiebeding zijn nut niet bewijzen. De accountant en de bedrijfsrevisor kunnen zich evenwel sowieso niet aan hun aansprakelijkheid onttrekken voor een fout gepleegd met bedrieglijk opzet of met het oogmerk te schaden.⁸⁷ Bovendien is het deontologisch gezien aan de bedrijfsrevisor niet toegelaten begrenzungen in te voeren die zouden leiden tot een overdreven vrijstelling van zijn aansprakelijkheid, hetgeen “*in strijd zou zijn met de waardigheid van het beroep*”.⁸⁸

3.2.2. Adviesplicht inzake de inhoud van het financieel plan

25. Eens voldoende cijfergegevens ingewonnen en – aan de oppervlakte – geverifieerd zijn, volgt de inhoudelijke of kwalitatieve beoordeling van de deskundige. In het financieel plan dient immers, zoals door het WVV uitdrukkelijk wordt voorgeschreven⁸⁹ en voordien *de facto* reeds de praktijk was,⁹⁰ een gemotiveerde schatting gemaakt te worden van de verwachte omzet en de verwachte rentabiliteit van de vennootschap, voor een periode van minstens twee jaar na de oprichting. Bij dit onderdeel van zijn opdracht vervult de cijferberoeper een adviserende rol jegens de oprichters. Het zijn de oprichters die het financieel plan neerleggen, en in de eerste lijn aansprakelijk zijn voor de inhoud ervan.⁹¹ Zij kunnen zich vervolgens tegen de cijferberoeper keren wegens de gebrekkige nakoming van zijn inspanningsverbintenis, als zijn bijstand niet beantwoordt aan de normale zorgvuldigheidsvereisten.⁹² De vraag of er tevens een adviesplicht voor de cijferdeskundige schuilgaat in die gedragsnorm van zorgvuldigheid moet bekeken worden in het licht van diverse juridische elementen, het ene meer overtuigend dan het andere.

A. Het voormalige certificeringsverbod voor bedrijfsrevisoren

26. Jarenlang was het voor bedrijfsrevisoren verboden om het financieel plan voor echt te verklaren of te certificeren. Het voormalig Koninklijk Besluit betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren bepaalde immers: “*De bedrijfsrevisor mag geen verklaring of certificering uitbrengen over financiële staten, die vooruitzichten inhouden, noch over informatie die niet gesteund is op controleerbare stukken.*”⁹³ Een minderheid van de literatuur oordeelde op basis van dit certificeringsverbod, mijns inziens onterecht, dat de bedrijfsrevisor niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de inhoud van het financieel plan, wanneer hij slechts hielp bij de opstelling ervan.⁹⁴ Aangezien de bedrijfsrevisor het plan

⁸⁷ Art. 25 Wet 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *BS* 13 december 2016; art. 44, tweede lid, 1° Wet 17 maart 2019 betreffende de beroepen van accountant en belastingadviseur, *BS* 27 maart 2019.

⁸⁸ X, *Vademecum van de bedrijfsrevisor. 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, 473-474.

⁸⁹ Het WVV vereist *inter alia* dat de geprojecteerde balansen en resultatenrekeningen na twaalf en vierentwintig maanden, een begroting van de verwachte inkomsten en uitgaven voor een periode van minstens twee jaar na de oprichting, en een beschrijving van de gehanteerde hypothesen bij de schatting van de verwachte omzet en de verwachte rentabiliteit worden opgenomen in het financieel plan; artt. 5:4, §2, 4°-6°, 6:5, §2, 4°-6° en 7:3, §2, 4°-6° WVV; M. MONARD en M. THEYSKENS, “Het nieuwe vennootschapsrecht – One size fits all: de BV als nieuwe standaard-vennootschap”, *T.Not.* 2019, 370-371, nr. 13.

⁹⁰ Luik 5 mei 1995, *TBH* 1996, 196; Kh. Charleroi 30 mei 1995, *JLMB* 1997, 639; Kh. Charleroi 30 maart 1999, *JLMB* 2000, 280; K. GEENS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1992-1998”, *TPR* 2000, 244-247, nr. 171; A. COIBION, “L’insuffisance manifeste du capital social à la lumière du plan financier et la responsabilité encourue par les fondateurs et le notaire instrumentant” (noot onder Bergen 25 oktober 2001), *TBH* 2002, 717, nr. 7.

⁹¹ P. COUSSEMENT en M. TISON, “Oprichtersaansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN *et al.* (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2003, losbl., 56, nr. 4090.

⁹² Zie voetnoot nr. 74.

⁹³ Art. 20, eerste lid oud Koninklijk Besluit 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren, *BS* 18 januari 1994.

⁹⁴ P. COUSSEMENT en M. TISON, “Oprichtersaansprakelijkheid” in A. VAN OEVELEN *et al.* (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2003, losbl., 57, nr. 4090; zie ook A. COIBION, “La responsabilité du professionnel de la comptabilité dans l’établissement du plan financier en cas d’insuffisance du capital” (noot onder Brussel 7 november 2008), *TBH* 2010, 362, nr. 6.

niet mocht bekrachtigen, noch ondertekenen, zou men volgens hen de inhoud van het plan nooit aan hem kunnen verwijten.⁹⁵ Echter, deze redenering haalt twee zaken door elkaar. Het was inderdaad gedurende lange tijd verboden aan de bedrijfsrevisor om het financieel plan te certificeren, aangezien hij zich dan in de plaats van de oprichters zou stellen. Dit doet evenwel geen enkele afbreuk aan de professionele verplichtingen van de bedrijfsrevisor die oorsprong vinden in zijn contract. Het tegendeel zou immers betekenen dat de bedrijfsrevisor zich van elke adviesverplichting en daaruit volgende aansprakelijkheid kan bevrijden door zich eenvoudigweg te onthouden van een certificering, *quod non*. Voor accountants en erkende boekhouders heeft overigens nooit een gelijkaardig verbod bestaan,⁹⁶ dus voormelde redenering gaat voor hen alleszins niet op. Met ingang van 2 oktober 2020 werd het certificeringsverbod voor bedrijfsrevisoren opgeheven.⁹⁷

In de praktijk zullen niet enkel bedrijfsrevisoren, maar ook andere cijferdeskundigen zich ervan weerhouden om het plan voor echt te verklaren of om zich in de plaats van de oprichters te stellen door het maken van prognoses.⁹⁸ Een certificatie zou immers impliceren dat de aansprakelijkheid van de cijferberoeper in het gedrang komt van zodra een kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen blijkt – aangezien het plan net als doel heeft om de toereikendheid van dit vermogen te staven. Ook de certificatie zou dus een feitelijke borgstelling voor de oprichters met zich meebrengen.

B. Eindverantwoordelijkheid van de oprichters voor het financieel plan

27. Een ander, naar mijn mening weinig overtuigend argument dat een minderheid van de rechtsleer aankaart om de aansprakelijkheid van de cijferberoeper af te wijzen, is de stelling dat de oprichters de verantwoordelijkheid dragen voor het finale plan dat zij uiteindelijk aan de notaris overhandigen.⁹⁹ De verplichting tot het neerleggen van het financieel plan is door de wetgever namelijk aan niemand anders opgedragen. Ook wordt de tussenkomst van een deskundige niet dwingend voorgeschreven.¹⁰⁰ De cijferberoeper aanvaardt overigens louter de opdracht om een *ontwerp* van het plan met bijhorend verslag op te stellen.¹⁰¹ Daarom zouden uitsluitend de oprichters aansprakelijk gesteld kunnen worden voor het kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen dat naar voren komt uit het financieel plan dat ze overhandigd hebben,¹⁰² al snijdt deze zienswijze weinig hout. Het feit dat de eindverantwoordelijkheid voor het financieel plan bij de oprichters ligt, verhindert de oprichters op geen enkele manier om een

⁹⁵ O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 1996, 46, nr. 33.

⁹⁶ Een certificeringsverbod voor accountants werd niet opgenomen in de Wet 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen, BS 11 mei 1999; noch in de nieuwe Wet 17 maart 2019 betreffende de beroepen van accountant en belastingadviseur, BS 27 maart 2019.

⁹⁷ Art. 1, 1° Koninklijk Besluit 11 september 2020 tot opheffing van de koninklijke besluiten bedoeld in artikel 145, 1°, 2°, 4°, 7°, 8° en 12° van de wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, BS 22 september 2020. De door het WVV (vanaf 1 mei 2019) verplichte vermelding van de naam van de externe deskundige in het financieel plan bemoeilijkt de toepassing van het verbod niet, aangezien een identiteitsvermelding niet *ipso facto* de certificatie van het plan impliceert.

⁹⁸ G. DELVAUX, "Taak van de beroepsbeoefenaar bij de opstelling van het financieel plan" in B. TILLEMANS *et al.* (eds.), *De oprichting van vennootschappen en de opstartfase van ondernemingen*, Brugge, Die Keure, 2003, 872.

⁹⁹ H. MICHEL en X. THUNIS, "Constitution de la société unipersonnelle" in H. MICHEL (ed.), *La S.P.R.L. unipersonnelle. Approche théorique et pratique*, Brussel, Bruylant, 1988, 154, nr. 278; B. VERSCHULDEN, "Het financieel plan" in G. BATS *et al.* (eds.), *20 jaar VEB. De wettelijke en bijzondere opdrachten van de accountant en bedrijfsrevisor: liber amicorum Marcel Verschelden*, Diegem, Ced.Samsom, 2001, 221; P. COUSSEMENT en M. TISON, "Oprichtersaansprakelijkheid" in A. VAN OEVELEN *et al.* (eds.), *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2003, losbl., 56, nr. 4090; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2012, 46, nr. 33.

¹⁰⁰ MvT Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-3119/001, 129.

¹⁰¹ R. VAN BOVEN, "Art. 215 W.Venn. (oude art. 120ter W.Venn.)" in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl.

¹⁰² B. VERSCHULDEN, "Het financieel plan" in G. BATS *et al.* (eds.), *20 jaar VEB. De wettelijke en bijzondere opdrachten van de accountant en bedrijfsrevisor: liber amicorum Marcel Verschelden*, Diegem, Ced.Samsom, 2001, 222; G. DELVAUX, "Taak van de beroepsbeoefenaar bij de opstelling van het financieel plan" in B. TILLEMANS *et al.* (eds.), *De oprichting van vennootschappen en de opstartfase van ondernemingen*, Brugge, Die Keure, 2003, 892.

professionele raadgever aan te spreken voor de nalatigheid die hij zou hebben begaan. Dit brengt wel een zekere delicateit met zich mee bij de begroting van het bedrag waarvoor de cijferberoeper in vrijwaring kan worden geroepen.¹⁰³ Bovendien is een wettelijke grondslag voor de aansprakelijkheid van de cijferberoeper niet nodig, omdat zijn professionele diensten grondslag vinden in een contract. Toch kan de verplichte vermelding van de naam van de deskundige¹⁰⁴ mijns inziens geen andere functie beogen dan de identificatie voor aansprakelijkheidsdoeleinden. Dit laatste wordt evenwel betwist.¹⁰⁵

C. De professionele zorgvuldigheidsplicht van de cijferberoeper

28. Het hof van beroep te Antwerpen bevestigde in een recent arrest dat het de oprichters zijn die de toereikendheid van aanvangsvermogen dienen te verantwoorden.¹⁰⁶ Het feit dat het kapitaal kennelijk ontoereikend is bevonden, brengt niet *ipso facto* met zich mee dat dit leidt tot de aansprakelijkheid van de boekhouder die het opstelde.¹⁰⁷ Het hof sloot echter niet uit dat de cijferberoeper nog enige aansprakelijkheid kon dragen, indien een tekortkoming aan zijn contractuele plichten bewezen wordt. Inderdaad, de loutere vaststelling dat de cijferberoeper het plan niet gecertificeerd heeft en het plan bovendien niet zijn eindverantwoordelijkheid uitmaakt, ontslaat hem volgens de meerderheid van de literatuur niet van de professionele zorgvuldigheidsplicht, die de beroepsbeoefenaar ertoe dwingt om bij een klaarblijkelijk onafwendbaar faillissement een uitdrukkelijke waarschuwing in dit verband te geven aan de oprichters.¹⁰⁸ Van een normaal zorgvuldige en ijverige cijferberoeper, die geplaatst is in dezelfde omstandigheden, mag men immers de inspanning verwachten om zijn cliënt te adviseren en te informeren.¹⁰⁹ Deontologisch gezien is de cijferberoeper ertoe gehouden om “*de cliënt alle nuttige informatie te verstrekken in verband met hun toevertrouwde werkzaamheden*”.¹¹⁰ Des te meer omdat hij als “natuurlijke adviseur” beschouwd kan worden wanneer het op het financieel plan aankomt,¹¹¹ kan hij zich redelijkerwijs niet in stilzwijgen verhullen als de vennootschap kennelijk gedoemd is om te mislukken,¹¹² zoals in voorliggende casus het geval blijkt. Zo is de aflevering van een dergelijk plan niet noodzakelijk foutief, maar mogelijks kan het gebrek aan een passend advies omtrent de haalbaarheid van het project en de toereikendheid van de erin voorziene middelen wel als onzorgvuldig beschouwd

¹⁰³ Zie randnr. 32 inzake het causaal verband.

¹⁰⁴ Artt. 5:4, §2, 7°, 6:5, §2, 7° en 7:3, §2, 7° WVV.

¹⁰⁵ Volgens BRULOOT en VANDENBOSSCHE verandert deze verplichte vermelding niets aan de draagwijdte van de verantwoordelijkheid van de cijferberoeper; D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE, “Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal en de aansprakelijkheid van de notaris: code rood voor het notariaat?” (noot onder Luik 14 januari 2020), *TRV* 2021, 228, nr. 29.

¹⁰⁶ Antwerpen 14 november 2019, *Limb.Rechtsl.* 2020, 198, noot B. WINDEY en M. VALKENERS.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ C. JANSSENS, “Les forums de l’audit – aspects juridiques et techniques du plan financier”, *Rev.B.Compt.* 1999, afl. 1, 25; O. CAPRASSE, “La responsabilité des fondateurs en cas de capital insuffisant” in B. TILLEMANS *et al.* (eds.), *De oprichting van vennootschappen en de opstartfase van ondernemingen*, Brugge, Die Keure, 2003, 588, nr. 17; R. VAN BOVEN, “Art. 215 W.Venn. (oude art. 120ter W.Venn.)” in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl.; J. WINDEY, “Les responsabilités liées à l’état de faillite” in J.-P. BUYLE *et al.* (eds.), *Les responsabilités d’entreprise*, Brussel, Jeune Barreau, 2007, 519, nr. 58; A. COIBION, “La responsabilité du professionnel de la comptabilité dans l’établissement du plan financier en cas d’insuffisance du capital” (noot onder Brussel 7 november 2008), *TBH* 2010, 362-363, nr. 6; A. JANSEN en W. DAVID, “Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?”, *TRV* 2020, 472, nr. 51; D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE, “Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal en de aansprakelijkheid van de notaris: code rood voor het notariaat?” (noot onder Luik 14 januari 2020), *TRV* 2021, 228, nr. 30.

¹⁰⁹ A. JANSEN en W. DAVID, “Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?”, *TRV* 2020, 472, nr. 51; K. AERTS, *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2020, 79, nr. 50.

¹¹⁰ Luik 1 maart 2018, AR 2012/RG/1698, www.juportal.be; C. MÉLOTTE, “La responsabilité des professions comptables” in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, 2008, afl. 28sexies, V.3, nr. 502.

¹¹¹ D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE, “Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal en de aansprakelijkheid van de notaris: code rood voor het notariaat?” (noot onder Luik 14 januari 2020), *TRV* 2021, 228, nr. 30.

¹¹² A. JANSEN en W. DAVID, “Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?”, *TRV* 2020, 472, nr. 51; K. AERTS, *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Antwerpen – Gent – Cambridge, Intersentia, 2020, 79, nr. 50.

worden.¹¹³ Dit alles vormt evident een feitenkwestie waarover de rechter soeverein oordeelt.

29. Interessant in voorliggende casus is de poging van de deskundige om het exoneratiedebiet voor foutieve en/of onvolledige informatie ook te laten gelden als bevrijding van zijn adviesplicht. Het feit dat het plan uitgaat van de verstrekte informatie, is voor de cijferberoeper geen vrijgeleide om de oprichters niet te waarschuwen voor een kennelijke onderfinanciering van het project. Omdat men een onderscheid moet maken tussen de controleplicht en de adviesplicht, ving de deskundige *in casu* terecht bot en werd hij veroordeeld tot vrijwaring ten belope van de helft van het bedrag van de oprichtersaansprakelijkheid.

D. Een zekere terughoudendheid van de rechter is aangewezen

30. Mijns inziens kan voormeld meerderheidsstandpunt inzake de aansprakelijkheid van de deskundige niet geabstraheerd worden van de keerzijde van de medaille, namelijk de oprichters die (gedeeltelijk) ontheven worden van de eigen aansprakelijkheid voor het kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen. Zoals gezegd, heeft de oprichtersaansprakelijkheid tot doel om de oprichters van vennootschappen te sanctioneren indien zij “*hun financiële aansprakelijkheid beperken door de inbreng van een kennelijk te laag maatschappelijk kapitaal om de vooropgestelde [...] activiteiten te verwezenlijken*”.¹¹⁴ Van dit regime moet aldus een afschrikwekkend effect uitgaan. Het dient ertoe om oprichters te ontraden van een onbezonnen oprichting van vennootschappen en *a fortiori* een misbruik van de aansprakelijkheidsbeperking. De afwimpelmogelijkheid van het netto-passief op de cijferberoeper kan het nuttige effect van dit aansprakelijkheidsregime echter teniet doen, als men het onlosmakelijk verband tussen beiden ontkent.

Daarnaast zou men kunnen beargumenteren dat de cijferberoeper slechts contractueel gehouden is tot de vergoeding van de schade die was voorzien of die hij heeft kunnen voorzien ten tijde van de aanvaarding van zijn oproepingsbrief.¹¹⁵ Men kan op dat moment inderdaad niet voorspellen wat de precieze omvang van het netto-passief zal zijn ten tijde van het faillissement. Het Hof van Cassatie heeft deze zienswijze echter expliciet verworpen, door te besluiten dat de vereiste voorzienbaarheid van de schade enkel de oorzaak van de schade betreft en niet de omvang ervan.¹¹⁶ Alle schade waarvan de partijen “*het beginsel*” redelijkerwijs konden voorzien op het ogenblik van de totstandkoming van het contract, moet worden hersteld.¹¹⁷ De oorzaak van de schade, namelijk een kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen, kon op dat ogenblik wel degelijk verwacht worden. Niettemin valt het als een juridische denkfout aan te merken dat de cijferberoeper de schade dient te vergoeden die ontstond uit de schulden aangegaan door de bestuurders van de vennootschap in de periode voorafgaand aan het faillissement. De cijferberoeper heeft namelijk geen enkele invloed op de uiteindelijk aangegane schulden, en toch wordt een deel van het netto-passief te zijnen laste gelegd.

Om deze redenen zou de rechter een terughoudende positie moeten aannemen bij de begroting van

¹¹³ D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE, “Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal en de aansprakelijkheid van de notaris: code rood voor het notariaat?” (noot onder Luik 14 januari 2020), *TRV* 2021, 228, nr. 30.

¹¹⁴ MvT, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 415/1, 47; O. CAPRASSE, “La responsabilité des fondateurs en cas de capital insuffisant” in B. TILLEMANN *et al.* (eds.), *De oprichting van vennootschappen en de opstartfase van ondernemingen*, Brugge, Die Keure, 2003, 575-576, nr. 3.

¹¹⁵ Art. 1150 oud BW.

¹¹⁶ Cass. 11 april 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1091, *RCJB*, 1990, 79, noot L. Cornelis; Cass. 23 oktober 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 228; Cass. 4 februari 2010, *TBO* 2011, 25.

¹¹⁷ Deze cassatierechtspraak zal hoogstwaarschijnlijk als dusdanig gecodificeerd worden in het nieuw Burgerlijk Wetboek; zie het nieuw voorgestelde art. 5.87 BW in Wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, 319; B. VERKEMPINCK, “Disproportionele schadevergoedingen in het contractenrecht” in I. SAMOY en C. VAN SCHOUWBROECK (eds.), *Trends en evoluties in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, Antwerpen – Cambridge, Intersentia, 2019, 177-178, nr. 48-49.

de schade die ten laste van de cijferberoeper kan gelegd worden, in het bijzonder bij een flagrant geval waarin de oprichters kennelijk misbruik maakten van de aansprakelijkheidsbeperking. Bepaalde rechtspraak blijft daarom ook sceptisch over het al dan niet bestaan van een waarschuwingsplicht in hoofde van de deskundige bij het uitvoeren van zijn contractuele plichten inzake het financieel plan. Zo werd reeds geoordeeld dat de accountant slechts aansprakelijk kan worden gesteld indien de normaal zorgvuldige boekhouder, geplaatst in dezelfde omstandigheden, een *ander financieel plan* zou hebben opgemaakt.¹¹⁸ Andere jurisprudentie zoals het geannoteerde vonnis hanteert een strenger foutcriterium, en matigt de schade vervolgens via een *ex aequo et bono*-begroting (zie hierna in randnr. 32).¹¹⁹ Inderdaad, een beroep op de cijferberoeper mag voor de oprichters geen vrijgeleide zijn om ongeschonden een gedoemd project onder het beschermingsjasje van de vennootschap te brengen. Bij wege van het foutcriterium, de schadebegroting en subtiële causaliteitsoverwegingen verzacht de rechtspraak de hierboven vermelde heikele punten dan ook gedeeltelijk.

E. Gedeelde aansprakelijkheid met de notaris

31. Volledigheidshalve moet benadrukt worden dat de hete aardappel van het kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen soms niet enkel naar de helpende cijferberoeper wordt doorgeschoven, maar ook naar de instrumenterende notaris. De tendens naar de duidelijke erkenning van een raadgevingsplicht van de notaris bij de oprichting van vennootschappen, leidt steeds vaker tot de vaststelling van zijn aansprakelijkheid,¹²⁰ waarbij de rechtsleer stelt dat men ook rekening moet houden met de mogelijke bijstand van een cijferberoeper bij de opmaak van het financieel plan.¹²¹ Dit mondt mogelijks uit op de gedeelde aansprakelijkheid van enerzijds de notaris, en anderzijds de cijferberoeper. In voorliggend geval vorderde oprichter Jan evenwel niet de tussenkomst van de notaris.

3.3. Causaal verband: het verlies van een kans

32. Men kan moeilijk aantonen dat er een duidelijk, of minstens rechtstreeks causaal verband bestaat tussen het gebrek aan een zorgvuldige waarschuwing vanwege de cijferberoeper en het faillissement van de vennootschap, en in het verlengde daarvan de schade die de oprichters lijden bij wege van hun aansprakelijkheid voor het kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen. Opdat de aansprakelijkheid van de cijferberoeper in het gedrang kan komen, moet zijn fout echter een noodzakelijke voorwaarde (een zgn. *conditio sine qua non*) vormen voor het netto-passief dat de oprichters ten laste wordt gelegd.¹²² In tegenstelling tot wat voor de oprichters geldt in dit verband, vereist de aansprakelijkheid van de cijferberoeper immers wel een causaal verband. Omdat de nalatigheid van de cijferberoeper geen noodzakelijke voorwaarde vormt voor het netto-passief, is het verkeerd om hem tot het volledige bedrag van deze schulden te veroordelen. In principe kan wel aangestuurd worden op het verlies van een kans, wat ook vergoedbare schade uitmaakt.¹²³ Immers, moest de cijferberoeper een adequate waarschuwing gegeven hebben aan de promotoren, bestond meestal wel *de kans* dat zij inzagen dat

¹¹⁸ Antwerpen 14 november 2019, *Limb.Rechtsl.* 2020, 198, noot B. WINDEY en M. VALKENERS.

¹¹⁹ Brussel 7 november 2008, *TBH* 2010, 357, noot A. COIBION.

¹²⁰ Zie voetnoot nr. 68 voor enkele bronnen inzake de raadgevingsplicht van de notaris met betrekking tot de inhoud van het financieel plan.

¹²¹ M.-A. DELVAUX, "Les responsabilités des administrateurs et gérants des S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L.", *JDSC* 2001, 190; R. DE VALKENEEER, "Le notaire et son devoir de conseil" (noot onder Bergen 25 oktober 2001), *RNB* 2002, 375; R. VAN BOVEN, "Art. 215 W.Venn. (oude art. 120ter W.Venn.)" in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl.; D. BRULOOT en G. VANDENBOSSCHE, "Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal en de aansprakelijkheid van de notaris: code rood voor het notariaat?" (noot onder Luik 14 januari 2020), *TRV* 2021, 227, nr. 28.

¹²² Bv. Cass. 9 november 2012, *Arr.Cass.* 2012, 2481; Cass. 6 december 2013, *Arr.Cass.* 2013, 2640; Cass. 29 oktober 2014, *Arr.Cass.* 2014, 2374; S. STIJNS en I. SAMOY, *Leerboek verbintenissenrecht - Boek 1bis*, Brugge, die Keure, 2020, 140, nr. 107.

¹²³ Cass. 15 maart 2010, *Arr.Cass.* 2010, 167, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE.

het project niet levensvatbaar was, of dat het plan niet deugde, waardoor zij het zouden aanpassen of zelfs op de schop doen.¹²⁴ Een ontstentenis van dergelijke aanbeveling of waarschuwing heeft het verlies van die kans tot gevolg. Dit alles is niet meer dan een theoretische techniek om de deskundige te sparen van de schadelast waarop hij eigenlijk geen vat had, daar het resulteert in een procentuele vermindering van zijn schadeaandeel.

In het geannoteerde vonnis wordt het verlies van een kans eveneens aangewend als techniek om de bewijslast voor de oprichters te verlichten. De rechter neemt genoeg met een aannemelijk verloren kans, ofschoon de oprichters niet in staat waren om te bewijzen dat zij de vennootschap niet zouden hebben opgericht, moest de deskundige aan zijn adviesplicht voldaan hebben. Bijgevolg zag oprichter Jan zijn vrijwaringsvordering slechts voor de helft, *ex aequo et bono*, ingewilligd.

4. Conclusie

33. Het is duidelijk dat de wetgever met de oprichtersaansprakelijkheid een sanctieregime trachtte te creëren voor oprichters die op onverantwoorde wijze hun aansprakelijkheid proberen te beperken. De groeiende tendens om bij de opmaak van het financieel plan een beroep te doen op een beoefenaar van een cijferberoep, heeft daarbij het neveneffect dat de oprichters geneigd zijn om de cijferberoeper als zondebok naar voren te schuiven voor het kennelijk ontoereikend aanvangsvermogen dat door de oprichters voorzien is. Dergelijke afwimpeling van de oprichtersaansprakelijkheid verdient een kritisch onthaal, aangezien het niet de functie van de wetsbepaling was om deze verantwoordelijkheid in de schoenen van de deskundige te leggen. De cijferberoeper heeft geen enkele zeggenschap over het bestuur van de vennootschap en de ultieme omvang van het netto-passief ten tijde van het faillissement, wat zijn aansprakelijkheid een bittere pil om te slikken maakt.

34. Niettemin kan men van een zorgvuldige cijferberoeper in dezelfde omstandigheden wel verlangen om zijn cliënten – de oprichters van de vennootschap – op gepaste wijze te informeren en adviseren. Deze plicht geldt des te meer wanneer het overduidelijk is dat de vennootschap gedoemd is om ten onder te gaan door een ontoereikend aanvangsvermogen. Een volledig stilzwijgen van de accountant in dat geval, zoals in het voorliggend feitenrelaas, kan daarom niet getolereerd worden. Bij een zodanig flagrante schending van zijn adviesplicht, kan het derhalve wel gerechtvaardigd zijn om *een deel* van het netto-passief ten laste van de cijferdeskundige te leggen.

¹²⁴ A. JANSEN en W. DAVID, "Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions?", *TRV* 2020, 473, nr. 52.