

---

**HOF VAN BEROEP ANTWERPEN 16 APRIL 2015**


---

**VENNOOTSCHAPPEN****Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid – Oprichting – Aansprakelijkheid van oprichters – Financieel plan – Lening van de vennoten**

*Bij de beoordeling of het maatschappelijk kapitaal wel berekend was op de voorgenomen activiteiten moet rekening worden gehouden met het geheel van financiële middelen waarover de vennootschap kon beschikken om haar doelstellingen te realiseren, ook al is daarvan geen melding gemaakt in het financieel plan.*

*Tot die financiële middelen behoren ook de gelden die de vennoten buiten het maatschappelijk kapitaal ter beschikking van de vennootschap stellen.*

*Mr. S.V.M., advocaat, q.q. curator faillissement Maxposure Belgium BVBA / Rija Beheer BV en R.U.  
Zet.: E. Hulpiau (voorzitter), M.-C. Willemaers en C. Van Der Schueren (raadsheren)  
Pl.: Mrs. I. Vanhoutte en P. Buntinx  
Zaak: 2013/AR/1614*

**1. De antecedenten en de vorderingen**

De curator van het faillissement van BVBA Maxposure Belgium heeft de Nederlandse vennootschap UTR Holding BV en de heer R.U. laten dagvaarden.

In het gedinginleidende exploit vorderde hij hun veroordeling tot betaling van provisioneel 2.500 EUR, te vermeerderen met de interesten.

De curator zette daartoe uiteen dat de failliete vennootschap was opgericht met een kapitaal van 18.600 EUR en binnen de 3 jaar na oprichting failliet werd verklaard. Hij achtte het maatschappelijk kapitaal kennelijk ontoereikend voor de uitoefening gedurende 2 jaar van de voorgenomen activiteit.

Daarom meende de curator dat de oprichters op grond van artikel 229, 5° W.Venn. hoofdelijk aansprakelijk waren voor het niet nakomen van de verbintenissen van de vennootschap.

In aanvullende conclusies genomen voor de eerste rechter heeft de curator zijn eis uitgebreid en vorderde hij betaling van 31.450 EUR te vermeerderen met de interesten aan de wettelijke rentevoet vanaf 25 april 2008.

In tweede aanvullende conclusies, tevens syntheseconclusies, heeft de curator de heer R.U. ook aangesproken als zaakvoerder van de failliete vennootschap en heeft zijn veroordeling gevorderd tot betaling van 114.419,40 EUR, te vermeerderen met de gerechtelijke interesten en dit op grond van zijn beweerde aansprakelijkheid voor verdwenen goederen van de failliete vennootschap.

**SOCIÉTÉS****Société privée à responsabilité limitée – Constitution – Responsabilité des fondateurs – Plan financier – Avances d’associés**

*Lorsqu’on examine si le capital social était suffisant pour les activités envisagées, il faut tenir compte de l’ensemble des moyens financiers dont la société pouvait disposer pour réaliser ses objectifs, même s’il n’en est pas fait mention dans le plan financier.*

*Font aussi partie de ces moyens financiers les fonds que les associés mettent à la disposition de la société en dehors du capital social.*

In aanvullende syntheseconclusies heeft de curator, in antwoord op de opgeworpen niet-ontvankelijkheid van de eisuitbreiding ten overstaan van R.U., zijn “gedwongen tussenkomst” als zaakvoerder gevorderd.

In het bestreden vonnis van 28 maart 2011 heeft de rechtbank van koophandel van Antwerpen, thans afdeling Antwerpen, de vordering op grond van de oprichtersaansprakelijkheid ongegrond verklaard.

De rechtbank verklaarde de uitbreiding van eis ten overstaan van R.U. niet ontvankelijk. De eerste rechter oordeelde dat de door de curator bij conclusies gestelde eis in tussenkomst wel ontvankelijk was doch ongegrond.

Met een verzoekschrift neergelegd op 30 mei 2013 tekende de curator hoger beroep aan.

Hij vordert in hoger beroep de hoofdelijke veroordeling van BV UTR Holding en van R.U. tot betaling van 31.450 EUR te vermeerderen met de interesten aan de wettelijke rentevoet vanaf 25 april 2008, en de veroordeling van R.U. tot betaling van 114.419,40 EUR te vermeerderen met de interesten aan de wettelijke rentevoet vanaf 18 februari 2011.

UTR Holding, thans Rija Beheer BV (maar hierna verder aangeduid als UTR Holding) en R.U. concluderen tot de ongegrondheid van het hoger beroep.

R.U. heeft incidenteel beroep aangetekend in zover de eerste rechter de vordering in tussenkomst ontvankelijk verklaarde.

## 2. Beoordeling

1. BVBA Maxposure Belgium werd opgericht in augustus 2004. Het financieel plan voorziet in een prognose vanaf de oprichting tot einde 2005 en een prognose voor het jaar 2006. De verschillende duur van de beide periodes verklaart mede het verschil in cijfers.

De curator kan zich dan ook niet op dit verschil beroepen om de prognoses als niet realistisch af te doen.

2. Met betrekking tot de gerealiseerde omzet in de eerste 2 jaren van de bedrijvigheid brengt de curator geen gegevens voor. Geïntimeerden wijzen er op dat de onderneming de vooropgestelde omzet gerealiseerd heeft spijts het feit dat 2 werknemers kort na de oprichting reeds hun ontslag hebben gegeven en een concurrerende bedrijvigheid hebben opgestart.

De curator weerlegt de bewering niet dat wat de omzet betreft de in het financieel plan voorziene doelstelling gehaald werd. Zijn bedenkingen aangaande de ernst van de concurrentie die Maxposure Belgium zou ondervonden hebben van BVBA Micemedia (de door de voormalige werknemers opgerichte vennootschap) zijn niets zeggend over de werkelijk behaalde omzet. Desbetreffend kan het hof maar vaststellen dat de curator wel de jaarrekeningen van Micemedia voorbrengt maar niet deze van Maxposure Belgium. Geïntimeerden brengen de jaarrekeningen van Maxposure Belgium wel bij.

De curator heeft de cijfergegevens van die jaarrekeningen niet weerlegd.

3. Uit de jaarrekeningen blijkt dat Maxposure Belgium de vooropgezette omzet ruim haalde maar dat zij hiervoor wel beroep moest doen op financiële middelen haar voorgesloten door BV Uythof Total die in rekening-courant geboekt werden.

Volgens de jaarrekeningen heeft Uythof Total gedurende het eerste boekjaar afgerond 162.000 EUR ter beschikking van Maxposure Belgium gesteld.

Hoewel maar een bedrag van 26.000 EUR financiële hulp van de vennoten voorzien was in het financieel plan moet bij de beoordeling of het maatschappelijk kapitaal wel berekend was op de voorgenomen activiteiten rekening worden gehouden met het geheel van financiële middelen waarover de vennootschap kon beschikken om haar doelstellingen te realiseren. Tot die financiële middelen behoren ook de gelden die de vennoten buiten het maatschappelijk kapitaal ter beschikking van de vennootschap stellen, ook al is daarvan geen melding gemaakt in het financieel plan.

Aangezien deze financiering geboekt werd als schuld van de vennootschap in rekening-courant onderging ze niet hetzelfde risico als het maatschappelijk kapitaal. Die vaststelling neemt echter niet weg dat de financiering hetzelfde doel beoogde als het maatschappelijk kapitaal: de nodige midde-

len bezorgen aan de vennootschap om haar activiteiten te voeren.

4. Het is niet aangetoond dat er aldus een wanverhouding ontstond tussen het eigen vermogen en het vreemde vermogen waarmee Maxposure Belgium moest werken en dat de rentelast die de externe financiering meebracht mede oorzaak is geworden van het mislukken van de onderneming. Niet is bewezen, en wordt ook niet ingeroepen door de curator, dat Uythof Total voor faillissement aanspraak heeft gemaakt op de terugbetaling, zelfs niet op betaling van interesten op de rekening-couranttegoeden en aldus een bijkomende kost is ontstaan waarmee in het financieel plan geen rekening werd gehouden. Dat geen interesten werden aangerekend op de rekening-courant wordt overigens ook bevestigd in het verslag dat aan de jaarrekeningen is gehecht waarbij ook werd vermeld dat de aflossing onbepaald was.

Kortom, tijdens het leven van de vennootschap is deze externe financiering behandeld geworden als een deel van het maatschappelijk kapitaal.

5. Rekening houdend met het geheel van de financiële middelen die Maxposure Belgium aldus ter beschikking had is niet bewezen dat het maatschappelijk kapitaal kennelijk ontoereikend was. Die middelen stemmen in orde van grote overeen met de kosten.

De vordering van de curator in zover gebaseerd op de oprichtersaansprakelijkheid van geïntimeerden is terecht ongegrond verklaard.

6. De heer R.U. was zaakvoerder van Maxposure Belgium.

De curator heeft zijn eis uitgebreid en heeft de veroordeling van R.U. als zaakvoerder gevorderd tot betaling van 114.419,40 EUR als vergoeding voor schade veroorzaakt door fouten in het bestuur van de failliete vennootschap.

Die vordering steunt op de feitelijke bewering dat activa van de vennootschap niet werden aangetroffen. Volgens de curator droeg R.U. als zaakvoerder de verplichting om er voor te zorgen dat de activa van de vennootschap niet verdwenen. Wegens de tekortkoming aan die verplichting acht de curator R.U. voor de beweerdte verdwijning aansprakelijk.

7. In het gedinginleidende exploit heeft de curator enkel melding gemaakt van feiten met betrekking tot het maatschappelijk kapitaal van de failliete vennootschap en dit in het kader van de ontwikkeling van zijn eis dat de gedaagden als oprichters aansprakelijk zijn wegens een beweerd kennelijk ontoereikend kapitaal.

Daarbij is op geen enkele manier gewag gemaakt van de verdwijning van activa, ook niet impliciet.

Krachtens artikel 807 Ger.W. kan een vordering uitgebreid of gewijzigd worden indien de nieuwe op tegenspraak genomen conclusies berusten op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd, zelfs indien hun juridische omschrijving verschillend is.

R.U. wijst er terecht op dat de vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid niet berust op een feit of een akte aanvaard in de dagvaarding. De uitbreiding van eis is om die reden niet ontvankelijk.

8. Volgens de curator heeft hij R.U. in zijn hoedanigheid van bestuurder in de zaak doen tussenkomen via conclusies die hij in eerste aanleg heeft genomen.

R.U. betwist de regelmatigheid daarvan.

De curator gaat er van uit dat R.U. in zijn hoedanigheid van voormalig zaakvoerder van de failliete vennootschap nog niet in de zaak betrokken was en tegen hem in die hoedanigheid dan ook geen tussenvordering kon worden gesteld, reden waarom hij gedwongen moest worden tussen te komen in het geding.

In die zin is de vordering in tussenkomst en de daarin gestelde aansprakelijkheidsvordering te aanzien als een hoofdvordering.

Dergelijke vordering kan overeenkomstig artikel 700 Ger.W. alleen bij dagvaarding worden gesteld vermits geen rechtsingang van de gestelde aansprakelijkheidsvordering mogelijk is bij verzoekschrift.

Die vordering in tussenkomst is dan ook niet ontvankelijk. Het incidenteel beroep van R.U. is gegrond.

9. De curator wordt als de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten van het hoger beroep.

### 3. Beslissing

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof verklaart het hoger beroep ongegrond en het incidentele beroep gegrond,

Het hof wijzigt het bestreden vonnis voor zover het de vordering in tussenkomst ten overstaan van de heer R.U. ontvankelijk verklaarde.

Het hof verklaart de vordering in tussenkomst niet ontvankelijk,

Het hof verwijst appellant *q.q.* in de kosten van het hoger beroep en vereffent deze aan de zijde van geïntimeerden op 5.500 EUR rechtsplegingsvergoeding.

## Note

### *Plan financier et avances d'associé*

*Henri Culot<sup>1</sup>*

1. L'arrêt commenté statue sur l'action en responsabilité des fondateurs pour capital insuffisant (art. 229, al. 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup>, C. soc.), introduite par le curateur de la société faillie. Cette problématique classique étant abondamment commentée en doctrine<sup>2</sup>, ces brèves observations se limitent à deux questions sur lesquelles la cour prend expressément position:

- le juge peut-il tenir compte des fonds avancés par un associé pour apprécier si le capital de départ était suffisant?
- le juge peut-il tenir compte de prêts accordés à la société alors qu'ils n'étaient pas prévus par le plan financier?

### 1. INCIDENCE D'UNE AVANCE D'ASSOCIÉ

2. Dans l'exposé des faits, la cour d'appel relève que le plan financier rédigé à la constitution de la société prévoyait un montant de 26.000 EUR à titre d'aide financière des associés. Mais, pendant son premier exercice, la société a emprunté environ 162.000 EUR à une autre SPRL, dont la

dénomination laisse penser qu'elle était contrôlée par la même personne physique. Il s'agissait donc (indirectement) d'une avance d'associé, qui avait été comptabilisée en compte courant.

<sup>1</sup> Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain, professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, avocat au barreau de Bruxelles.

<sup>2</sup> En général, parmi d'autres: O. CAPRASSE, « La responsabilité des fondateurs en cas de capital insuffisant », in B. TILLEMANS, A. BENOIT-MOURY, O. CAPRASSE et N. THIRION, *La constitution de sociétés et la phase de démarrage d'entreprises*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 573-589; 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 », *R.D.C.*, 2002, pp. 715-724; M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 198-208; P. COUSSEMENT et M. TISON, « Oprichtersaansprakelijkheid », *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Kluwer, 2003, 46 p. et les références citées; Y. DE CORDT (coord.) et al., « La société anonyme », *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 31-33; M.A. DELVAUX, « Les responsabilités des fondateurs, associés, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL », vol. 1, *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 24.3, 2011, n<sup>os</sup> 070-250; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. 3, Bruxelles, Kluwer, 2005, pp. 590 et s.; J. WINDEY, « Incidence du concordat et de la faillite sur la responsabilité des administrateurs et des fondateurs », *R.D.C.*, 2001, pp. 319-324.