
HOF VAN BEROEP BRUSSEL 20 APRIL 2010

BESLOTEN VENNOOTSCHAP MET BEPERKTE AANSPRAKELIJKHEID**Oprichting – Aansprakelijkheid van oprichters – Financieel plan – Faillissement**

Overeenkomstig artikel 229, 5° W.Venn. zijn de oprichters jegens belanghebbenden hoofdelijk gehouden voor de verbintenissen van de vennootschap in geval van faillissement uitgesproken binnen drie jaar na de oprichting, indien het maatschappelijk kapitaal bij de oprichting kennelijk ontoereikend was voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar.

Hiervoor dient in concreto gekeken te worden naar het overeenkomstig artikel 215 W.Venn. door de oprichters neergelegde financieel plan waarin de oprichters het bedrag van dit maatschappelijk kapitaal verantwoorden. De voorwaarde van kennelijke ontoereikendheid van het kapitaal moet worden beoordeeld op het ogenblik van de oprichting.

Alle gegevens die gekend zijn op het ogenblik van de oprichting moeten figureren in het financieel plan. Enkel met onvoorzienbare factoren die slechts na de oprichting duidelijk worden, moet geen rekening worden gehouden bij de beoordeling van de kennelijke ontoereikendheid.

C.T. en Kartam Inter-national NV / Ch. Van Buggenhout curator faillissement BVBA Brussels Bits

Zet.: C. Van Santvliet (raadsheer)

Pl.: Mrs Y. Mondelaers loco Th. Deben en K. Pira

Gelet op het vonnis dat, na tegenspraak, op 4 september 2008 gewezen werd door de rechtbank van koophandel te Brussel;

Er wordt geen akte van betekening van voormeld vonnis voorgelegd;

Gelet op het verzoekschrift tot hoger beroep dat, tijdig en regelmatig naar de vorm, op 27 oktober 2008 neergelegd werd ter griffie van het hof;

Gelet op de voor partijen neergelegde conclusies;

Gehoord de mondelinge uiteenzetting van de raadslieden van partijen;

Gelet op de voor partijen neergelegde stavingstukken.

I. Samenvatting van de relevante feiten en procedurevoorgaanden

1. De BVBA Brussels Bits (hierna 'Brussels Bits') werd door mevrouw T. en Kartam Inter-national SA (hierna 'appellanten') opgericht op 20 november 2006.

SOCIÉTÉ PRIVÉE À RESPONSABILITÉ LIMITÉE**Constitution – Responsabilité des fondateurs – Plan financier – Faillite**

L'article 229, 5° du Code des sociétés prévoit que les fondateurs d'une SPRL sont tenus solidairement envers les intéressés des engagements de la société en cas de faillite prononcée dans les trois ans de la constitution et si le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.

La condition de l'insuffisance manifeste s'examine sur base du plan financier déposé par les fondateurs en application de l'article 215 du Code des sociétés, dans lequel les fondateurs justifient le montant du capital social, et doit être évaluée au moment de la constitution.

Toutes les données qui sont connues au moment de la constitution doivent figurer dans le plan financier. Seuls les éléments imprévisibles, qui ne sont apparus qu'après la constitution, ne doivent pas être pris en compte lors de l'évaluation de l'insuffisance manifeste.

Het maatschappelijk kapitaal bedroeg 18.600 EUR, vertegenwoordigd door 100 aandelen, die allen werden volgestort. Mevrouw T. onderschreef 10 aandelen en Kartam Inter-national SA 90 aandelen.

Mevrouw T. werd benoemd als zaakvoerder van de vennootschap.

Het maatschappelijk doel bestond volgens de oprichtingsakte onder meer uit (vrije vertaling): "Alle activiteiten onder welke vorm ook die rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking hebben op nationaal of internationaal vervoer door middel van voertuigen, boten, vliegtuigen, enz.; evenals het toezicht, het beheer en de administratie van deze transporten, elke vorm van vrachtvervoer, verhuur evenals vertegenwoordiging, import, export en alle gelijkaardige of verbonden activiteiten m.b.t. producten en goederen, de aan- en verkoop van elk transportmiddel (voertuigen, boten, vliegtuigen, enz.) nieuw of tweedehands, en alle activiteiten van commissiehandel, vertegenwoordiging of bevrachting die hierop betrekking hebben."

In concreto zou de voorgenomen handelsactiviteit voornamelijk betrekking hebben op het vervoer van zand van Ant-

werpen naar Brussel per binnenschip. Dit vervoer wordt georganiseerd met behulp van beunbakken die geladen worden met zand en met duwbotten (d.i. bemande schepen die de beunbakken voortduwen).

2. Met het oog op deze vervoeractiviteit werden twee voorlopige koopcontracten – onder voorbehoud van financiering – ondertekend voor de aankoop van twee beunbakken, ‘Zandexpress 5’ en ‘Zandexpress 6’, van de Nederlandse vennootschap Spaansen Transportbedrijf BV via bemiddeling door Cornet Shipping BV, voor een bedrag van 297.500 EUR (148.750 EUR per boot). Deze overeenkomsten werden per fax van 17 november 2006 overgemaakt (stukken 5 en 6 bundel geïntimeerde *q.q.*).

Dexia Lease bezorgde, onder voorbehoud van aanvaarding van het dossier, op 15 november 2006 een voorstel voor de leasing over een periode van 5 jaar (voorschot van 60.000 EUR en 59 termijnen van 4.489,22 EUR).

In een niet-gedateerd faxbericht aan Cornet Shipping BV bevestigde de heer K., echtgenoot van mevrouw T., deze verkoop (stuk 8 bundel geïntimeerde *q.q.*): *“.../ We hebben het genoegen hiermee de reservatie van financiering te lichten en bevestigen dus de koop. De financiële operatie gebeurt via Dexia Lease en de effectieve overname zal voldaan worden op een nog te bestemmen datum tussen 3 en 8 januari 2007. .../”*

Op 27 november 2006 werd een rapport opgesteld waarin deze beunbakken getaxeerd werden op 21 november 2006 (stukken 3 en 4 bundel geïntimeerde *q.q.*).

Dexia Lease trok zich uiteindelijk terug zodat op 5 januari 2007 werd besloten om de beunbakken in kwestie voorlopig te huren voor de som van 398,80 EUR respectievelijk 445,60 EUR per dag, in afwachting van een alternatief voor de financiering van Dexia. In een door alle partijen op 5 januari 2007 voor akkoord ondertekend schrijven meldt Spaansen Transportbedrijf: *“Naar aanleiding van het nog niet aanwezig zijn van de gestelde betaling m.b.t. de aankoop van duwbak Zandexpress 5 en Zandexpress 6 ontvangt u hierbij dit huurcontract. Omdat een duwboot ten tijde van deze brief reeds gereed is om de bakken van IJmuiden naar België te verplaatsen en wij u niet willen belasten met vergeefse vaarkosten, is dit een huurcontract met een geldigheidsperiode van heden tot de betaling volgens koopcontract op onze rekening staat.”* (stuk 10 bundel geïntimeerde *q.q.*).

De koopovereenkomst werd uiteindelijk op 26 januari 2007 geannuleerd.

3. Daarnaast ondertekende Brussels Bits op 2 januari 2007 een huurovereenkomst met Maro BVBA voor de duwbotten ‘Joy’ en ‘Robby’ voor de prijs van 1.200 EUR respectievelijk 900 EUR per dag (stuk 11 bundel geïntimeerde *q.q.*). De schipper was in de huurprijs inbegrepen. De gasolie bleef voor rekening van de huurder. De verschuldigde huurgelden werden nooit betaald zodat Brussels Bits amper drie maan-

den later, bij vonnis van 28 maart 2007 van de rechtbank van koophandel te Antwerpen bij verstek werd veroordeeld tot betaling van achterstallige huurgelden ten belope van 56.900 EUR, een verbrekingsvergoeding en een wederverhuuringsvergoeding van telkens 117.450 EUR. De afrekening per 16 juli 2007 bedroeg 298.294,93 EUR.

4. Bij vonnis van 26 juni 2007 werd Brussels Bits op aangifte failliet verklaard. Meester Van Buggenhout werd aangesteld als curator.

In zijn conclusie begroot de curator het faillissementspassief op 320.487,43 EUR provisioneel en geeft hij een overzicht van de aangegeven schuldvorderingen.

De voornaamste schuldeiser in het faillissement is Maro BVBA. Zij deed aangifte van haar schuldvordering voor een bedrag van 298.294,93 EUR.

5. Op 7 en 12 november 2007 ging geïntimeerde *q.q.* over tot dagvaarding van appellanten voor de eerste rechter op grond van artikel 229, 5° W.Venn.

Geïntimeerde *q.q.* verzocht de eerste rechter om:

- appellanten hoofdelijk en solidair, de ene bij gebreke aan de andere, te veroordelen tot betaling aan geïntimeerde *q.q.* van het bedrag van 320.487,43 EUR provisioneel te vermeerderen met de gerechtelijke interesten vanaf de datum van inleiding van het geschil tot de dag der volledige betaling;

- geïntimeerde *q.q.* voorbehoud te verlenen om betaling te vorderen van het eventueel bijkomende passief dat zou ingediend worden in de loop van de procedure;

- appellanten hoofdelijk en solidair te veroordelen in de gerechtskosten met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding in hoofde van geïntimeerde *q.q.* begroot op 364,40 EUR;

- het tussen te komen vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren niettegenstaande welk verhaal dan ook met uitsluiting van de mogelijkheden tot borgstelling noch kantonnement.

Appellanten verzochten de eerste rechter om de vordering ongegrond te verklaren en in ondergeschikte orde de aansprakelijkheid te matigen.

Bij het bestreden vonnis wordt de vordering van geïntimeerde *q.q.* integraal gegrond verklaard en worden appellanten hoofdelijk veroordeeld tot betaling van het bedrag van 320.487,43 EUR provisioneel, te vermeerderen met de gerechtelijke interesten aan de wettelijke rentevoet vanaf de datum van dagvaarding tot op de dag van volledige betaling. Geïntimeerde *q.q.* wordt voorbehoud verleend om betaling te vorderen van het eventueel bijkomende passief. Appellanten worden hoofdelijk veroordeeld tot betaling van de kosten van het geding, niet begroot in hoofde van de curator en het vonnis wordt voorlopig uitvoerbaar verklaard.

Het hoger beroep van appellanten strekt ertoe om:

- het bestreden vonnis te vernietigen;
- de vordering van geïntimeerde *q.q.* ontvankelijk maar ongegrond te verklaren;
- geïntimeerde *q.q.* te veroordelen in de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding (basisbedrag).

In ondergeschikte orde vorderen appellanten de opgelopen aansprakelijkheid te matigen.

Geïntimeerde *q.q.* verzoekt het hof om het bestreden vonnis te bevestigen en appellanten te veroordelen in de kosten van beide aanleggen, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoedingen.

II. Bespreking

6. Artikel 229, 5° W.Venn. legt voor de hoofdelijke gehoudenheid van de oprichters van een BVBA als voorwaarden op dat enerzijds het faillissement moet zijn uitgesproken binnen drie jaar na de oprichting en anderzijds het maatschappelijk kapitaal “*bij de oprichting kennelijk ontoereikend was voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar*”.

7. Tussen partijen bestaat discussie of Brussels Bits, wat betreft de activiteit van het zandvervoer per binnenschip, enkel zou optreden als tussenpersoon tussen de zandproducenten en de binnenvaart, dan wel of Brussels Bits zelf zou instaan voor het organiseren van het vervoer.

Appellanten houden nog steeds voor dat de voorgenomen bedrijvigheid bij de oprichting erin zou bestaan hebben op te treden als commissionair waarbij een hoge kapitaalinzet niet nodig zou zijn geweest. Onvoorziene omstandigheden zouden Brussels Bits echter verplicht hebben tot aankoop van de boten waardoor zij het eigenlijke vervoer diende waar te nemen en niet langer kon optreden als tussenpersoon.

Zoals de eerste rechter terecht stelde, strookt deze voorstelling van de feiten niet met het gegeven dat er reeds vóór de oprichting ondubbelzinnig sprake was om de beunbakken aan te kopen (zie hiervoor tevens *supra* onder randnr. 2).

Volledigheidshalve kan worden opgemerkt dat de zogenaamd onvoorziene marktfactoren waarvan sprake in de conclusie van appellanten en waardoor de intermediaire functie in het zandvervoer moeilijk waar te maken zou zijn geweest zonder over beunbakken te beschikken, zich ook reeds manifesteerden vóór de oprichting.

Het hof besluit dan ook dat de voorgenomen handelsactiviteit van Brussels Bits van bij de aanvang wel degelijk bestond in het eigen vervoer van goederen per binnenschip middels de aankoop van de beunbakken en de huur van de duwboten.

8. Voor de beoordeling van de vordering van geïntimeerde *q.q.* op grond van de oprichtersaansprakelijkheid moet het

hof aldus verder nagaan of het maatschappelijk kapitaal van de op te richten vennootschap, dat in casu door de oprichters werd vastgesteld op 18.600 EUR, kennelijk ontoereikend was om gedurende minstens twee jaar een handelsactiviteit die erin bestond goederenvervoer per binnenschip te organiseren, uit te voeren.

Hiervoor dient in concreto gekeken te worden naar het in toepassing van artikel 215 W.Venn. door de oprichters neergelegde financieel plan waarin de oprichters het bedrag van dit maatschappelijk kapitaal verantwoordden.

De voorwaarde van kennelijke ontoereikendheid van het kapitaal moet worden beoordeeld op het ogenblik van de oprichting. De verantwoording van het bedrag van het kapitaal op dat ogenblik noodzaakt: een beschrijving van de vooropgestelde activiteit, een schatting van het te behalen omzetcijfer, een rentabiliteitsstudie en op basis hiervan een berekening van de noodzakelijke investeringen (kosten), het bedrag van de externe inkomstenbronnen (kredieten) en eventuele zekerheden of borgstellingen.

Met het begrip kapitaal van artikel 215 W.Venn. wordt niet enkel beoogd het maatschappelijk kapitaal, maar ook alle andere middelen die de vennootschap te harer beschikking heeft zoals leverancierskrediet, bankkrediet, leningen of borgstellingen door vennoten of eventuele subsidies.

9. In voorliggend geval voorziet het financieel plan (stuk 2 bundel geïntimeerde *q.q.*) in een winst vóór belasting van 15.110 EUR tijdens het eerste werkingsjaar en van 9.644 EUR tijdens het tweede werkingsjaar. Hierbij wordt rekening gehouden met volgende financiële middelen: een maatschappelijk kapitaal van 18.600 EUR, een jaaromzet van 60.000 EUR tijdens het eerste werkingsjaar en een jaaromzet van 75.000 EUR tijdens het tweede werkingsjaar. De uitgaven worden begroot op 63.490 EUR respectievelijk 65.356 EUR.

Dit oorspronkelijk financieel plan bevat op het eerste gezicht reeds zwakke elementen omdat de in rekening gebrachte uitgaven slechts enkele zeer algemene administratieve werkingskosten betreffen, zoals autokosten, bureaunkosten (huur lokalen, telecommunicatiekosten, verzekeringen, nutsvoorzieningen), vergoeding zaakvoerder en dergelijke meer.

Van de daadwerkelijke en belangrijkste exploitatiekosten voor het vervoer per binnenschip van zand van Antwerpen naar Brussel die de beoogde activiteit van de onderneming uitmaakt, meer bepaald de financiering voor de aankoop of het huren van de beunbakken, het huren van de duwboten en de nodige gasolie voor het organiseren van dit vervoer, wordt zelfs geen melding gemaakt in het plan. De exploitatiekosten worden derhalve volledig onderschat zonder dat er zich onvoorziene omstandigheden voordeden.

Zelfs rekening houdend met de minimale uitgaven waarmee in het plan wel rekening werd gehouden en waarmee een vennootschap enkel op administratief vlak kan overleven,

wordt met de gegeneerde inkomsten slechts een minimale winst voor belastingen gerealiseerd.

De oprichters behoorden te weten dat de kost voor de beunbakken bestond nu ze zelf, vóór de oprichting, een financiering van 300.000 EUR hadden aangevraagd bij Dexia Bank. Bovendien impliceerde de aanschaf van de beunbakken onmiskenbaar dat tevens duwboden dienden te worden voorzien. De huurovereenkomst die met betrekking tot deze duwboden werd opgesteld bepaalde bovendien dat het gasolieverbruik voor rekening van de huurder bleef. Al deze posten zijn trouwens terug te vinden in het faillissementspassief.

Het betreft dan ook voorzienbare kosten voor de normale uitoefening van de activiteit die dienden in rekening te worden gebracht. Het gaat niet om een onvoorzienbaar risico dat aan de aandacht van een normaal voorzichtig en vooruitziend oprichter kon ontsnappen.

10. Appellanten wensen thans nog voor te houden dat zelfs bij een gebrekkig financieel plan, waarin niet alle noodzakelijke elementen werden vermeld, de rechter alsnog de volledige bedrijfsmatige context moet bekijken. De eerste rechter zou derhalve volgens appellanten ten onrechte geen rekening hebben gehouden met de mogelijkheid van autofinanciering, de positieve kasstromen en de winstgevendheid van de voorgenomen activiteit.

Alle gegevens die gekend zijn op het ogenblik van de oprichting, moeten figureren in het financieel plan. Enkel met onvoorzienbare factoren die slechts na de oprichting duidelijk worden, moet geen rekening worden gehouden bij de beoordeling van de kennelijke ontoereikendheid.

In hun conclusie stellen appellanten als het ware een nieuw financieel plan op ter vervanging van het oorspronkelijk neergelegde financieel plan, rekening houdend met de volgens appellanten reeds gekende gegevens waarmee de rechter dan ook zou moeten rekening houden.

Zo gaan appellanten bij de geschatte kosten rekening houden met de kost voor de beunbakken en duwboden waardoor de uitgaven op jaarbasis stijgen tot 840.000 à 900.000 EUR, hetgeen meer dan het tienvoud uitmaakt van de oorspronkelijk voorziene uitgaven. De omzet wordt verhoogd tot 1.200.000 EUR op jaarbasis, hetgeen het twintigvoud is van de initieel in het eerste jaar voorspelde jaaromzet.

Van de beweerdte wekelijkse kapitaalopbouw en winstgevendheid van de activiteit wordt echter niets vermeld in het neergelegde financieel plan.

Bovendien worden de nieuw aangereikte cijfers die spreken over een nettoresultaat op maandbasis van ongeveer 25.000 EUR, niet bewezen noch aannemelijk gemaakt door appellanten. De feitelijke bedrijfsresultaten tonen het tegendeel aan.

Bij de beoordeling van de vordering kan de rechter bijgevolg geen rekening houden met deze veronderstellingen die niet aansluiten bij de feiten.

11. Een summier onderzoek van het financieel plan toont aan dat het vooropgestelde maatschappelijk kapitaal, zonder bijkomende externe financieringsmiddelen, kennelijk ontoereikend was om de effectief beoogde economische activiteit gedurende minstens 2 jaar te ontplooiën.

Dit manifest tekort kon redelijkerwijze niet ontgaan zijn aan de aandacht van een normaal voorzichtig en vooruitziend oprichter en is enkel te wijten aan de nalatigheid van de oprichters bij het opstellen van het financieel plan.

Ingevolge het faillissement van de vennootschap amper 7 maanden na haar oprichting, zijn de voorwaarden voor de toepassing van artikel 229, 5° W.Venn. vervuld en moet de hoofdelijke aansprakelijkheid van de oprichters worden weerhouden.

Met mogelijke psychische problemen van de heer K. die volgens appellanten feitelijk bestuurder zou zijn geweest en dienvolgens mogelijke latere bestuursfouten begaan na de oprichting, moet bij de beoordeling van onderhavige vordering geen rekening worden gehouden. De aansprakelijkheid van appellanten vloeit immers voort uit hun hoedanigheid van oprichter en de rol die zij vervuld hebben op het ogenblik van de oprichting van de vennootschap.

12. In ondergeschikte orde verzoeken appellanten het hof hun oprichtersaansprakelijkheid te matigen tot een bedrag van 22.195,43 EUR. Appellanten argumenteren immers dat het faillissementspassief wordt opgeblazen door de schuldvorderingen van Maro BVBA en Spaansen Transportbedrijf BV, welke schuldvorderingen zij alsnog betwisten in hun conclusie.

De rechter beschikt over een matigingsbevoegdheid aangaande de verhouding waarin hij het passief van de vennootschap ten laste legt van de oprichters. Hierbij dient rekening te worden gehouden met argumenten die in het voordeel van de oprichters spelen zoals de inspanningen die zij zouden hebben geleverd om ondanks het onderschatte maatschappelijk kapitaal, alsnog de precaire situatie van de vennootschap te verhelpen, onder meer door het terbeschikkingstellen van bijkomende financiële middelen.

De curator stelt in zijn conclusie dat het faillissementspassief voorlopig 320.487,43 EUR bedraagt en dat er geen gerealiseerd actief is.

De grootste post binnen dit passief wordt gevormd door de schuldvordering van Maro BVBA ten bedrage van 298.294,93 EUR ingevolge een verstekvonnis van 28 maart 2007.

Ten onrechte verwijten appellanten de curator deze schuldvordering niet naar deugdelijkheid te hebben onderzocht.

Deze schuldvordering van Maro BVBA werd oorspronkelijk noch door Brussels Bits noch door mevrouw T. betwist. De schuldvordering werd trouwens in de aangifte van faillissement door mevrouw T. in de lijst van schuldeisers vermeld voor een bedrag van 303.044,71 EUR. Mevrouw T. heeft als zaakvoerder zelf nagelaten het nodige initiatief te nemen opdat de vennootschap haar rechten zou vrijwaren in de procedure met Maro BVBA: Brussels Bits heeft nooit enig verweer gevoerd naar aanleiding van de dagvaarding noch verzet aangetekend tegen het verstekvonnis. Het is dan ook niet ernstig dat appellanten de curator verwijten dat hij niet heeft opgeworpen dat volgens het contract er eerst moest getracht worden om een minnelijke regeling uit te werken.

Thans geven appellanten in hun conclusie diverse redenen aan waarom de schuldvordering niet zou kunnen worden aanvaard. In essentie komt de redenering van appellanten erop neer dat Maro BVBA geen enkel economisch verlies zou hebben geleden omdat de gehuurde boten nooit voor Brussels Bits hebben moeten varen en zodoende altijd bedrijvig zijn gebleven voor Maro BVBA. Volgens appellanten was de uitvoering van de overeenkomst overigens geschorst wegens overmacht omdat Spaansen Transportbedrijf de beunbakken nooit zou hebben geleverd. De beweringen van appellanten worden echter door geen enkel stuk gestaafd. Zij slagen er derhalve niet in overtuigende argumenten noch bewijsstukken aan te brengen waarmee de curator de vordering ten gronde zou kunnen betwisten.

Wat betreft de ingediende schuldvordering van Spaansen Transportbedrijf BV (voor een bedrag van 21.903,20 EUR), stellen appellanten dat de beunbakken niet zouden zijn meegegeven. De stukken (9 + 10 bundel geïntimeerde *q.q.*) tonen evenwel het tegendeel aan.

13. Er zijn zodoende geen elementen voorhanden waardoor de hoofdelijke aansprakelijkheid van appellanten zou moeten worden gematigd.

Het hoger beroep van appellanten is ongegrond.

Om deze redenen:

HET HOF, rechtdoende na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Ontvangt het hoger beroep en verklaart het ongegrond,

Bevestigt het bestreden vonnis,

Veroordeelt appellanten hoofdelijk in de kosten van het hoger beroep, vastgesteld in hoofde van appellanten op 186 EUR.

Veroordeelt appellanten hoofdelijk tot betaling aan geïntimeerde *q.q.* van een rechtsplegingsvergoeding, begroot in hoofde van geïntimeerde *q.q.* op 7.000 EUR (basisbedrag).

(...)