

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2003-06



Peter COUSSEMENT, Michel TISON

Oprichtersaansprakelijkheid

May 2003

WP 2003-06

Peter COUSSEMENT, Michel TISON

Oprichtersaansprakelijkheid

Abstract

This paper provides an analysis of the rules under Belgian law on founders' liability in limited liability companies.

The conditions attached to the various liability regimes are analysed, having regard to the case law.

Finally, we examine a few issues related to founders' liability and corporate restructuring, highlighting some interpretation issues concerning effective application of the founders' liability regimes.

To be published in

Bestendig Handboek Vennootschap en Aansprakelijkheid, Kluwer 2003



Oprichtersaansprakelijkheid

Peter COUSSEMENT
ASSISTENT, INSTITUUT FINANCIËEL RECHT, UNIVERSITEIT GENT
&
Michel TISON
DOCENT, INSTITUUT FINANCIËEL RECHT, UNIVERSITEIT GENT

1. ALGEMENE BEGINSELEN	1
A. RATIO LEGIS	2
B. HET BEGRIP “OPRICHTER”	2
(1) <i>Rechtstreekse oprichting</i>	2
(2) <i>Oprichting bij inschrijving</i>	3
(3) <i>Bijzondere gevallen</i>	3
(a) Algemeen	3
(b) Inbreng tegen winstbewijzen	4
(c) Vennootschap in vereffening en oprichting van een nieuwe vennootschap	4
(d) Herstructurering van vennootschappen: fusie en splitsing	5
(e) Omzetting van vennootschappen	7
C. DE UITSLUITING VAN DE AANSPRAKELIJKHEID	7
(1) <i>Algemene exoneratiegronden</i>	7
(2) <i>Specifieke exoneratiemogelijkheden</i>	9
2. DE VENNOOTSCHAPSRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEIDSGRONDEN	9
A. ALGEMENE KENMERKEN	10
B. AANSPRAKELIJKHEID BIJ GEBREKEN IN DE OPRICHTING VAN DE VENNOOTSCHAP	12
(1) <i>De nietigheid van de vennootschap</i>	12
(2) <i>Afwezigheid of onjuistheid van de essentiële vermeldingen in de oprichtingsakte</i>	13
(a) Rechtstreekse oprichting	13
(b) Oprichting van een NV door openbare inschrijving	14
C. AANSPRAKELIJKHEID BIJ GEBREKEN IN DE VORMING VAN HET KAPITAAL	14
(1) <i>De geldigheid van de verbintenis of inschrijving</i>	14
(a) Algemeen	14
(b) Geldige toestemming	16
(c) Bekwaamheid	17
(d) Voorwerp	19
(e) Oorzaak	20
(2) <i>De plaatsing van het vereiste minimumkapitaal</i>	20
(3) <i>De volstorting van het geplaatste kapitaal</i>	21
(4) <i>De inschrijving door de vennootschap of haar dochtervennootschap op haar eigen aandelen</i>	22
(5) <i>De kennelijke overwaarding van inbrengen in natura</i>	25
(6) <i>De benaming van de vennootschap</i>	27
(7) <i>De éénpersoons-BVBA</i>	27
(8) <i>De aansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal</i>	28
(a) Algemeen	28
(b) Het financieel plan	30
(c) De aansprakelijkheidsvoorwaarden	32
(d) Omvang van de aansprakelijkheid	34
3. GEMEENRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE OPRICHTERS: ART. 1382 B.W.	35

1. Algemene beginselen



A. Ratio legis

1. De oprichtersaansprakelijkheid heeft voornamelijk tot doel derden te beschermen tegen de gevolgen van onregelmatigheden of gebreken in de oprichting van een vennootschap en de vorming of beperkte omvang van het maatschappelijk kapitaal. Onder de wet van 18 mei 1873 had de miskennis van de verschillende oprichtingsvereisten de retroactieve nietigheid van de vennootschap tot gevolg. Aangezien de nietigverklaring van de vennootschap in vele gevallen diegene ten goede kwam die de inbreuk gepleegd had, werden bij Wet van 6 maart 1973, in omzetting van artikel 11 Eerste vennootschapsrichtlijn, de gronden tot nietigverklaring beperkt en vervangen door de oprichtersaansprakelijkheid¹.

B. Het begrip “oprichter”

2. De invulling van het begrip oprichter is afhankelijk van de wijze waarop de vennootschap tot stand komt. Een onderscheid dient gemaakt te worden tussen de rechtstreekse oprichting en de oprichting door middel van inschrijvingen.

(1) Rechtstreekse oprichting

3. Ingeval de vennootschap rechtstreeks wordt opgericht door middel van één of verschillende akten, bepalen de artikelen 225 (BVBA), 401 (CVBA)² en 450, lid 2 (NV) W. Venn. dat zij die bij de oprichtingsakte verschijnen als oprichters worden beschouwd. De identificatie van deze personen kan gebeuren aan de hand van het neergelegde uittreksel van de oprichtingsakte³. Voor de toepassing van deze artikelen is het van geen belang of men in persoon dan wel bij volmacht verschijnt⁴. Enkel de lastgever is oprichter⁵. Evenmin belangrijk is de omvang van de deelneming in de opgerichte vennootschap⁶.

4. In beginsel worden enkel de personen die bij de oprichting zelf van de vennootschap voor de notaris verschijnen als oprichter beschouwd. Personen die naderhand, het weze ingevolge een kapitaalverhoging of een aandelencessie, een kapitaalparticipatie onderschrijven c.q. verwerven, dragen bijgevolg in beginsel geen oprichtersaansprakelijkheid. Het feit dat een persoon kort na de oprichting een meerderheidsparticipatie verwerft in de vennootschap, heeft op zichzelf niet tot gevolg dat deze als feitelijke oprichter kan worden aangemerkt⁷. Evenwel kan gebeurlijk toepassing worden gemaakt van de theorie van de wetsontduiking, indien blijkt dat een kapitaalverhoging, gerealiseerd kort na de oprichting, enkel was ingegeven door het

¹ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, I, Brussel, Swinnen, 1981, 198.

² Ongeacht of deze verschijners inschrijven op het vaste of veranderlijke gedeelte van het kapitaal. Zie J. VAN BAEL, “De coöperatieve vennootschap andermaal hervormd” in H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH (ed.), *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1995*, Antwerpen, Maklu, 1996, 363.

³ Artikel 69, 4° W. Venn.

⁴ K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE, “Overzicht van Rechtspraak: Vennootschappen (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 457.

⁵ Cass. 7 februari 1975, *Pas.* 1975, I, 583.

⁶ O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 1996, 27; K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., “Overzicht van rechtspraak”, *l.c.*, *supra* noot 4, 457.

⁷ Rb. Gent 26 maart 1993, *T.B.H.* 1993, 935; Kh. Charleroi 30 maart 1999, *J.L.M.B.* 2000, 278.



motief om de inschrijver te doen ontsnappen aan de oprichtersaansprakelijkheid^{8,9}. Dit risico zal groter zijn bij de oprichting van een BVBA dan bij een NV, nu in laatstgenoemde vennootschapsvorm een wettelijke mogelijkheid bestaat om bepaalde oprichters niet aan oprichtersaansprakelijkheid te onderwerpen (zie verder, nr. 15.).

(2) Oprichting bij inschrijving

5. Ingeval de vennootschap werd opgericht door middel van inschrijvingen — hetgeen enkel mogelijk is voor de NV —, bepaalt artikel 451 W. Venn. dat zij die bij de vooraf in authentieke vorm opgemaakte en bekendgemaakte ontwerpakte zijn verschenen als oprichters moeten worden beschouwd¹⁰. De inschrijvers daarentegen worden niet als oprichter beschouwd. De identificatie van de oprichters kan gebeuren, hetzij aan de hand van het ontwerp van oprichtingsakte, dat moet worden bekendgemaakt¹¹, hetzij aan de hand van het inschrijvingsbiljet¹².

De oprichtingsakte en het inschrijvingsbiljet leveren aldus het bewijs op van de hoedanigheid van oprichter tegenover deze laatste. Derden die iemand aansprakelijk wensen te stellen als oprichter die niet als zodanig staat ingeschreven in de oprichtingsakte, zullen het bewijs moeten leveren dat de wet werd ontdoken¹³.

(3) Bijzondere gevallen

(a) Algemeen

6. Niet iedereen die bij de oprichtingsakte verschijnt, zal automatisch als oprichter worden beschouwd. Diegenen die verschijnen, moeten dit gedaan hebben met het oog op het persoonlijk onderschrijven van het maatschappelijk kapitaal en om vennoot te worden¹⁴. Aldus zal de bestuurder of werknemer die verschijnt bij de oprichtingsakte teneinde zijn aanstelling of aanwerving te bevestigen maar die geen aandeelhouder is, niet als oprichter worden aangemerkt¹⁵. Hetzelfde geldt voor de voogd die bij de oprichtingsakte verschijnt om machtiging te verlenen aan een minderjarige om het maatschappelijk kapitaal te onderschrijven: de aansprakelijkheid zal in dit geval (het vermogen van) de minderjarige treffen, en niet de voogd.¹⁶ In dezelfde lijn zal de bestuurder die namens een vennootschap een inbreng verwezenlijkt bij de oprichting van een nieuwe vennootschap niet persoonlijk als

⁸ Rb. Turnhout 24 februari 1994, *A.J.T.* 1994- 95, 173, met noot M. DALLE.

⁹ De bewijslast terzake weegt op de persoon die beweert dat er wetsontduiking is: C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 276.

¹⁰ *De facto* zullen de ondertekenaars van de ontwerp-oprichtingsakte de oprichters zijn : M. WYCKAERT, *Kapitaal in de N.V. en B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblo, 1995, 260.

¹¹ Artikel 451, lid 2 W. Venn.

¹² Artikel 451, lid 2, 2° W. Venn.

¹³ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 276.

¹⁴ Cass., 7 februari 1975, *Arr. Cass.* 1975, 642; J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence: Les sociétés commerciales (1972 à 1978)", *R.C.J.B.* 1981, 415; O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 27; K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., "Overzicht van rechtspraak", *l.c.*, *supra* noot 4, 457.

¹⁵ P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1933, 74.

¹⁶ A. TSCHOFFEN en A. LAMALLE, *Les sociétés de personnes à responsabilité limitée*, Brussel, Bruylant, 1980, 178.



oprichter aan te merken zijn, maar weegt de oprichtersaansprakelijkheid op de vennootschap die hij vertegenwoordigt.

Daarentegen staat de hoedanigheid van oprichter los van de omvang van de kapitaalparticipatie: de persoon die, uit welwillendheid, één aandeel onderschrijft bij de oprichting teneinde het wettelijk aantal vereiste oprichters te bereiken, kan zich niet van de hoedanigheid van oprichter ontdoen met het argument dat deze — veeleer symbolische — participatie uit loutere welwillendheid is gebeurd¹⁷.

(b) Inbreng tegen winstbewijzen

7. Een bijzondere situatie betreft de persoon die bij de oprichting van de vennootschap voor de notaris verschijnt, doch enkel winstbewijzen ontvangt, hetzij ter vergoeding van een inbreng (in geld of in natura), hetzij ter vergoeding van oprichtersinspanningen¹⁸. Het lijkt geen twijfel dat de houder van winstbewijzen deelneemt aan de totstandkoming van het vennootschapscontract, en als vennoot is te beschouwen vanwege de verwezenlijkte inbreng. Doordat de inbreng evenwel niet bijdraagt tot de vorming van het maatschappelijk kapitaal in de eigenlijke zin, is aan te nemen dat de houder van winstbewijzen geen ‘aandeelhouder’ in de zin van het Wetboek van Vennootschappen is. Aangezien de oprichtersaansprakelijkheid wezenlijk is verbonden aan de bescherming van derden in verband met de vorming van het maatschappelijk kapitaal, kan worden geconcludeerd dat winstbewijshouders geen ‘oprichter’ zijn in de zin van art. 450 W. Venn. (NV)¹⁹.

(c) Vennootschap in vereffening en oprichting van een nieuwe vennootschap

8. Wanneer een vereffenaar alle of bepaalde activa en passiva van een vennootschap in vereffening inbrengt in een nieuw opgerichte vennootschap, zal in beginsel de vennootschap namens wie de vereffenaar is opgetreden als oprichter worden beschouwd. Deze situatie kan ten nadele van derden werken wanneer de sluiting van de vereffening kort op de inbreng in de nieuwe vennootschap volgt. Rechtspraak en rechtsleer aanvaarden daarom een correctief op voormeld principe: wanneer de vereffenaar de in ruil voor het ingebrachte netto-actief ontvangen aandelen in het kader van de vereffening rechtstreeks uitdeelt aan de aandeelhouders van die vennootschap in vereffening, zullen enkel deze aandeelhouders als oprichters (en aandeelhouders van de nieuwe vennootschap) worden beschouwd²⁰.

¹⁷ Luik 14 november 2000, *J.L.M.B.* 2002, 1341; Kh Charleroi, 30 maart 1999, *J.L.M.B.* 2000, 278. Indien een persoon enkel verschijnt bij de oprichtingsakte van een BVBA opdat de BVBA twee oprichters zou tellen, zal hij als oprichter worden beschouwd. De notaris die de verschijner uit welwillendheid evenwel nalaat te wijzen op het bestaan van de EBVBA als vennootschapsvorm schendt zijn adviesplicht en kan hiervoor aansprakelijk worden gesteld. Bergen 25 oktober 2001, *T.B.H.* 2002, 719.

¹⁸ Vgl. voor de NV artikel 453, 7^o W. Venn., die de verplichting inhoudt om in de oprichtingsakte melding te maken van de oorzaak en de omvang van de bijzondere voordelen die worden toegekend aan elke oprichter of aan ieder die rechtstreeks of zijdelings aan de oprichting van de vennootschap heeft deelgenomen.

¹⁹ Vgl. O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 28, voetnoot 37, die terzake geen uitsluitel biedt, maar op grond van de terminologie van de wet concludeert dat de houders van winstbewijzen wellicht niet als oprichter te beschouwen zijn.

²⁰ Cass. 7 februari 1975, *Arr. Cass.* 1975, 642; J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence”, *l.c.*, *supra* noot 14, nr. 79, 413; O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 27-28.



(d) Herstructurering van vennootschappen: fusie en splitsing

9. Een specifiek geval vormt de oprichtersaansprakelijkheid in het kader van fusies en splitsingen. Als beginsel geldt dat zowel bij fusie door oprichting als bij splitsing door oprichting alle voorwaarden gelden die door het Wetboek van Vennootschappen worden opgelegd voor oprichting van de gekozen vennootschapsvorm²¹. Dat hieronder eveneens het principieel bestaan van oprichtersaansprakelijkheid moet worden begrepen, komt niet duidelijk tot uiting in de wet, maar blijkt *a contrario* uit de onmogelijkheid om zowel bij fusie als bij splitsing door oprichting bepaalde oprichters de hoedanigheid van loutere verschijner te verlenen, zoals bij de normale oprichting van een NV toegelaten is²². Fundamenteel rijst hierbij de vraag of het zinvol is om ingeval van herstructureringen van bestaande vennootschappen die aanleiding geven tot oprichting van nieuwe vennootschappen, de oprichtersaansprakelijkheid toe te passen. Weliswaar vindt formeel oprichting van nieuwe vennootschappen plaats, maar deze vormt anderzijds een continuüm met de gesplitste of fuserende vennootschappen, waarvan het vermogen ingevolge ontbinding zonder vereffening overgaat op de nieuw opgerichte vennootschap(en). In de praktijk zal voornamelijk het risico op aansprakelijkheid wegens kennelijk ontorekend aanvangskapitaal aan de orde zijn. Mogelijke hypothesen zijn de fusie door oprichting van een gezonde en een zwaar deficitaire vennootschap, of de sterfhuisconstructie waarbij een bestaande vennootschap gesplitst wordt in een gezonde en een zwaar deficitaire vennootschap. Het spreekt voor zich dat zulke herstructureringen de beschermedne functie van het kapitaal ten aanzien van schuldeisers kan ondermijnen. Evenwel rijst de vraag of binnen de specifieke regelen inzake fusie en splitsing al niet afdoende beschermingsmechanismen zijn ingebouwd ten gunste van de schuldeisers, zoals de mogelijkheid om zekerheden te vragen (art. 684 W. Venn.) of de mogelijkheid voor de schuldeisers om bij een splitsing hun schuldvordering te verhalen op alle vennootschappen die uit de splitsing zijn ontstaan (art. 686 W. Venn.) *De lege lata* is evenwel vast te stellen dat de wetgever, minstens impliciet, de regelen inzake oprichtersaansprakelijkheid toepasselijk acht.

10. De vraag is evenwel wie als oprichter moet worden beschouwd in de context van een fusie of splitsing door oprichting²³. Dit wordt in de wet niet nader verduidelijkt. Doordat de overgenomen of splitsende vennootschap, waarvan het gehele vermogen overgaat op een nieuw opgerichte vennootschap, ophoudt te bestaan, kan aan deze vennootschap bezwaarlijk oprichtersaansprakelijkheid worden geïmputeerd. Volgens sommigen lijkt het evenmin aanvaardbaar de oprichtersaansprakelijkheid ten laste te leggen van de aandeelhouders van de overgenomen c.q. gesplitste vennootschap, ook al ontvangen ze ingevolge de fusie c.q. splitsing aandelen in de nieuw opgerichte vennootschap. Immers, nu tot fusie of splitsing besloten wordt bij de meerderheid vereist voor een statutenwijziging, zou dit erop neerkomen dat ook de aandeelhouders die tegen de verrichting hebben gestemd of afwezig waren op de algemene vergadering, oprichtersaansprakelijkheid dragen²⁴. Deze auteurs concluderen dan

²¹ Zie art. 705 § 1 (fusie door oprichting) en art. 742 § 1 W. Venn. (splitsing door oprichting).

²² Zie art. 705 § 3, eerste zin (fusie door oprichting) en art. 742 § 3, eerste zin (splitsing door oprichting), naar luid waarvan art. 450, tweede lid, tweede volzin niet toepasselijk is op de fusie door oprichting c.q. splitsing door oprichting van een NV of Comm.VA.

²³ Wat de fusie of splitsing door overneming betreft, stelt zich terzake geen probleem: de overgang van het vermogen op de overnemende vennootschap geeft binnen deze laatste aanleiding tot een kapitaalverhoging, zodat de "oprichters" aansprakelijkheid wordt gedragen door de bestuurders van de overnemende vennootschap.

²⁴ In die zin Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Brussel, Kluwer, 1993, nr. 333, 236-237; F. BOUCKAERT, "Fusies, splitsingen en overdrachten onder algemene titel", in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht. Zoeken naar oplossingen voor de 21^{ste} eeuw*, JAN RONSE INSTITUUT (ed.), Kalmthout, Biblo, 1999, (697), 700-701. Laatste genoemde auteur oordeelt dat de wetgever terzake duidelijk 'uit de bocht' is gegaan. Vgl. eveneens J. VAN BAEL, "Respons", in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht, o.c.*, 714, die van oordeel is dat er in wezen geen sprake is



ook dat de oprichtersaansprakelijkheid moet gedragen worden door de personen die de fusie of splitsing tot stand hebben gebracht, i.e. de bestuurders of zaakvoerders van de overgenomen c.q. gesplitste vennootschap²⁵. In een andere benadering zou de oprichtersaansprakelijkheid ten laste van de aandeelhouders kunnen worden gelegd: de wet koppelt de hoedanigheid van oprichter immers aan het verwezenlijken van een inbreng die door aandelen wordt vergoed. Overigens zijn het formeel beschouwd niet de bestuursorganen van de overgenomen c.q. splitsende vennootschap die tot oprichting van de nieuwe vennootschap overgaan, maar de aandeelhouders van de overgenomen c.q. splitsende vennootschap, verenigd in algemene vergadering²⁶. De omstandigheid dat de beslissing niet unaniem door alle aandeelhouders is genomen, doet niet af aan het feit dat de beslissing bindende rechtsgevolgen heeft voor alle aandeelhouders en dat alle aandeelhouders volgens de goedgekeurde ruilverhouding aandelen in de nieuwe vennootschap verkrijgen. De toerekening van de oprichtersaansprakelijkheid aan alle aandeelhouders van de overgenomen c.q. gesplitste vennootschap zou dan het nauwst aansluiten bij de wettelijke omschrijving van “oprichter”²⁷.

De toerekening van oprichtersaansprakelijkheid aan de aandeelhouders miskent evenwel de realiteit betreffende het beslissingsproces inzake herstructurering van vennootschappen. Hoewel formeel gezien sprake is van een oprichting van nieuwe vennootschappen, besloten door de meerderheid van de aandeelhouders, zijn het de bestuursorganen van de fuserende c.q. splitsende vennootschappen die de verrichtingen inhoudelijk voorbereiden en aan de aandeelhouders voorleggen. In dit perspectief is voor de imputatie van de oprichtersaansprakelijkheid veeleer een analogie te maken met de situatie bij kapitaalverhoging in een vennootschap, die tevens (doorgaans) door de algemene vergadering op voorstel van het bestuursorgaan wordt verwezenlijkt. Ondanks de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid van de aandeelhouders, heeft de wetgever geopteerd voor toerekening van de “oprichters”aansprakelijkheid bij kapitaalverhoging aan de bestuurders, die immers, vanuit hun specifieke taken, de beslissingsvorming wezenlijk sturen.²⁸ Bijgevolg lijkt het aannemelijk om ook voor herstructurering van vennootschappen die gepaard gaat met de oprichting van nieuwe vennootschappen, de oprichtersaansprakelijkheid ter zake van de nieuwe vennootschappen ten laste te leggen van de bestuurders van de overgenomen c.q. gesplitste vennootschappen.

11. Ook voor de andere vormen van herstructurering van vennootschappen die aanleiding geven tot oprichting van een nieuwe vennootschap, rijst de vraag wie als oprichter is te beschouwen. In geval van inbreng van een algemeenheid of van een bedrijfstak in een nieuw opgerichte vennootschap is het duidelijk dat de inbrengende vennootschap, die blijft bestaan, als oprichter moeten worden beschouwd²⁹. Bij partiële splitsing is de situatie minder eenduidig. De partiële splitsing houdt immers in dat een deel van het vermogen van een vennootschap te algemene titel overgaat op een andere, eventueel nieuw opgerichte vennootschap, waarbij de in ruil hiervoor uitgegeven aandelen niet aan de splitsende vennootschap worden toegekend, maar rechtstreeks aan de aandeelhouders van die

van een nieuw opgerichte vennootschap, en *a fortiori* niet van “oprichters”, nu de nieuwe vennootschap de rechtspersoonlijkheid van de vroegere vennootschap voortzet.

²⁵ Th. TILQUIN, *o.c.*, *supra* noot 24, 238; F. BOUCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 24, 701.

²⁶ Zie art. 714 W. Venn. (fusie door oprichting) en art. 753 W. Venn. (splitsing door oprichting).

²⁷ Deze conclusie dringt zich ook op op grond van de analogie met de oprichtersaansprakelijkheid bij inbreng van het vermogen van een vennootschap in vereffening in een nieuwe vennootschap met onmiddellijke toebedeling van de aandelen aan de aandeelhouders van de vennootschap in vereffening.

²⁸ Zie voor de NV: art. 610 W. Venn.

²⁹ In dezelfde zin F. BOUCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 24, 701.



vennootschap. De partiële splitsing verenigt dus eigenschappen van de inbreng van algemeenheid en de echte splitsing³⁰. Nu de splitsende vennootschap blijft bestaan, zou deze als oprichter kunnen worden beschouwd. Anderzijds komen de aandelen rechtstreeks toe aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap, die zich in algemene vergadering hebben uitgesproken over de oprichting van een nieuwe vennootschap³¹. Bijgevolg lijkt het meer aangewezen om, zoals voor de volwaardige splitsing, alle aandeelhouders van de partieel gesplitste vennootschap als oprichter van de nieuwe vennootschap te beschouwen en aan hen de oprichtersaansprakelijkheid toe te rekenen.

(e) Omzetting van vennootschappen

12. De omzetting van vennootschap geeft in beginsel geen aanleiding tot “oprichting” van een nieuwe vennootschap: de omzetting geeft enkel aanleiding tot wijziging van de rechtsvorm, waarbij de rechtspersoonlijkheid onveranderd blijft bestaan in de nieuwe vorm³². Desondanks heeft de wetgever in artikel 784 W. Venn. uitdrukkelijk aangegeven dat de bepalingen inzake oprichtersaansprakelijkheid geen toepassing vinden in geval van omzetting van een vennootschap naar een BVBA³³, CVBA³⁴ of NV³⁵.

C. De uitsluiting van de aansprakelijkheid

13. De uitsluiting van de oprichtersaansprakelijkheid kan opgesplitst worden in de uitsluiting van de hoedanigheid van oprichter en de exoneratie voor een specifieke aansprakelijkheidsgrond.

(1) Algemene exoneratiegronden

14. Wat betreft de uitsluiting van de hoedanigheid van oprichter, kan als algemeen beginsel worden vooropgesteld dat zij die de hoedanigheid van oprichter bezitten op grond van het Wetboek van Vennootschappen deze aansprakelijkheid als oprichter niet kunnen uitsluiten, tenzij de wet dit expliciet toelaat. Deze regeling is bijzonder gunstig voor derden. Zij kunnen er steeds op vertrouwen dat de initiële kapitaalverschaffers de aansprakelijkheid zullen dragen ingeval de kapitaalvorming van de vennootschap gebrekkig of ontoereikend is. Anderzijds kan deze regeling en de eraan verbonden financiële risico's bekwame maar voorzichtige personen afschrikken deel te nemen aan de oprichting van een vennootschap, met alle nefaste gevolgen vandien. De wetgever was zich hiervan bewust en heeft daarom voor de NV in de

³⁰ Zie ook H. DE WULF, “De partiële splitsing en de corporate governance- wet”, in *Rechtskroniek voor het notariaat, Deel 1*, Brugge, Die Keure, 2002, 83- 122; H. DE WULF, “Partiële splitsing”, *Kwartaalschrift Accountancy & Bedrijfskunde*, 2002, nr. 4, 3- 21.

³¹ Immers, de partiële splitsing volgt de procedure van de ‘echte’ splitsing.

³² Zie art. 775 W. Venn.

³³ Zie art. 784, lid 1 W. Venn. dat de toepassing van art. 229 uitsluit.

³⁴ Zie art. 784, lid 2 W. Venn. dat de toepassing van art. 405 uitsluit.

³⁵ Zie art. 784, lid 3 W. Venn. dat de toepassing van art. 456 uitsluit. Zie ook reeds E. WYMEERSCH, “Oprichtersaansprakelijkheid bij inbreng van een financieel negatief vennootschapsvermogen”, *R.W.* 1978-79, kol. 2132.



mogelijkheid voorzien om bepaalde oprichters als “gewone inschrijvers” aan te duiden, mits voldaan is aan een aantal voorwaarden. Deze gewone inschrijvers dragen dan geen oprichtersaansprakelijkheid.

15. Overeenkomstig artikel 450, lid 2 W. Venn. kunnen bepaalde verschijnenden, die zich beperken tot het inschrijven op aandelen tegen geld, zonder hierbij rechtstreeks of zijdelings enig bijzonder voordeel te genieten, als gewone inschrijvers worden beschouwd, indien de oprichtingsakte één of meerdere aandeelhouders als oprichters aanwijst, die samen ten minste één derde van het maatschappelijk kapitaal bezitten.

Vooreerst is dus vereist dat de oprichters die wel oprichtersaansprakelijkheid dragen in de akte worden aangeduid. Zij moeten bovendien minstens één derde van het maatschappelijk kapitaal hebben onderschreven³⁶. Hoe zij hun aandelen verkregen hebben, tegen inbreng in geld of natura, speelt hierbij geen rol³⁷. Om als gewone inschrijver te worden beschouwd, komen evenwel enkel inbrengen in speciën in aanmerking. Een belangrijke vereiste vormt de afwezigheid van enig bijzonder voordeel³⁸. Een bijzonder voordeel vormt bijvoorbeeld het toekennen van winstbewijzen of warranten aan de loutere inschrijvers³⁹. Om na te gaan of de ‘loutere inschrijvers’ een ‘bijzonder’ voordeel genieten, moet hun situatie worden vergeleken met die van de overige oprichters. Wanneer alle initiële kapitaalverschaffers in verhouding tot hun kapitaal inbreng een gelijk aantal winstbewijzen of warranten verkrijgen, is er geen sprake van een “bijzonder” voordeel⁴⁰. Wanneer één van deze voorwaarden niet vervuld is, zullen deze inschrijvers als oprichters worden beschouwd.

16. Een uitzondering op het principe dat de loutere verschijnenden geen oprichtersaansprakelijkheid dragen, vormt artikel 457 W. Venn. dat de aansprakelijkheid bepaalt in geval werd ingeschreven op aandelen in strijd met artikel 442 W. Venn., d.i. het verbod van inschrijving op aandelen door de vennootschap zelf of door een dochtervennootschap. Hier zijn al diegenen die de oprichtingsakte of ontwerpakte van een NV hebben *ondertekend* hoofdelijk aansprakelijk tot volstorting van de aandelen waarop door de vennootschap zelf of door een dochtervennootschap wordt ingeschreven. Het betreft hier dus niet de verschijnenden maar de ondertekenaars, in casu alle aandeelhouders die bij de oprichting zijn verschenen. Voor de BVBA en CVBA is deze aansprakelijkheidsgrond ingeschreven in de artikelen 229 en 405 W. Venn. zodat diegenen die verschenen bij de oprichtingsakte als oprichter worden beschouwd (zie verder, nr. 49.).

17. Andere mechanismen ter ontwijking van de oprichtersaansprakelijkheid zijn denkbaar maar niet steeds zonder risico, meer bepaald doordat sprake kan zijn van wetsontduiking. Zo werd geoordeeld dat de overnemers van een slapende BVBA met een negatief eigen vermogen aansprakelijk kunnen worden gesteld tot beloop van het minimumkapitaal. Alhoewel een overnemer geen oprichter kan zijn aangezien hij niet verschenen is bij de oprichtingsakte, stelde de rechtbank van eerste aanleg van Turnhout dat de overnemers doelbewust een slapende vennootschap met een negatief eigen vermogen hadden

³⁶ Bijgevolg worden winstbewijzen niet meegerekend.

³⁷ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 275.

³⁸ Overeenkomstig artikel 453, 7° W. Venn. dient de oorzaak en de omvang van de bijzondere voordelen die worden toegekend aan elke oprichter of aan eenieder die rechtstreeks of zijdelings aan de oprichting van de vennootschap heeft deelgenomen, te worden vermeld in de vennootschapsakte. Deze vermelding kan zodoende gehanteerd worden ter bepaling van de bijzondere aard van het voordeel.

³⁹ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 276; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial Belge*, Gent, Fechey, IV, 1950, 476.

⁴⁰ Kh. Brussel 3 maart 1932, *R.P.S.* 1933, 66.



overgenomen teneinde te kunnen ontsnappen aan hun verantwoordelijkheid als stichtende vennoten⁴¹. Eenzelfde risico bestaat in de situatie waarin een aandeelhouder, teneinde aan de oprichtersaansprakelijkheid te ontsnappen, kort na de oprichting ingevolge een kapitaalverhoging een kapitaalparticipatie onderschrijft. Alhoewel de juridische gegrondheid van de gevolgde redenering voor kritiek vatbaar is, moet er rekening mee worden gehouden dat artificiële exoneratiemechanismen, met toepassing van de wetsontduikingstheorie, terzijde kunnen worden geschoven⁴².

(2) Specifieke exoneratiemogelijkheden

18. Wat betreft de exoneratie voor specifieke aansprakelijkheidsgronden, bestaat er, gezien het dwingend karakter van de aansprakelijkheidsregeling, ten tijde van de oprichting in beginsel geen mogelijkheid om zijn aansprakelijkheid uit te sluiten bij wege van overeenkomst⁴³. Een dergelijke clause in de oprichtingsakte wordt als niet-geschreven beschouwd⁴⁴. Daarentegen is niet uitgesloten dat tussen oprichters onderling een vrijwaringsregeling wordt bedongen. Deze is echter niet tegenwerpelijk aan derden, die alle oprichters hoofdelijk kunnen aanspreken. Belangrijker is de vraag naar de rechtsgeldigheid van naderhand opgestelde overeenkomsten. Vooreerst zullen overeenkomsten die opgesteld zijn korte tijd na de oprichting nietig zijn wegens de mogelijke wetsontduiking die hierbij kan worden aangenomen⁴⁵. Wanneer de oprichters evenwel de exoneratie met derden bij overeenkomst vastleggen terwijl deze derden kennis hebben van de gepleegde onregelmatigheid, moet deze overeenkomst gevolg ressorteren. Er wordt immers aanvaard dat elke belanghebbende individueel afstand kan doen van zijn vorderingsrecht, eens het is ontstaan⁴⁶. De relatieve werking der overeenkomsten bepaalt natuurlijk de draagwijdte hiervan, zodat in bovenstaand geval de overige derden niet gebonden zijn.

2. De vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsgronden

⁴¹ Rb. Turnhout 24 februari 1994, *A.J.T.* 1994-95, 174, met kritische noot M. DALLE.

⁴² Omtrent de toepasselijkheid van de wetsontduikingstheorie kan in dit geval twijfel bestaan. Overeenkomstig W. VAN GERVEN vormt één van de toepassingsvereisten van de wetsontduikingstheorie het gegeven dat het ontdoken wetsvoorschrift een bepaald resultaat heeft willen verbieden en niet alleen maar een bepaalde manier om dat resultaat te willen verbieden. In het laatste geval staat het de rechtssubjecten immers vrij het betrokken resultaat langs een andere weg te bereiken, in het eerste geval niet. (W. VAN GERVEN, *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht, Algemeen Deel*, Antwerpen, Standaard, 1969, 205). Aangezien de artikelen 225, 229, 401, 405 en 456 W. Venn. enkel het verbod inhouden bij wege van contractuele clause zijn aansprakelijkheid uit te sluiten, zou het voor de rechtssubjecten mogelijk moeten blijven dit resultaat op een andere manier te bereiken, namelijk door overname van een bestaande vennootschap.

⁴³ Artikelen 229 (B.V.B.A.), 405 (CVBA) en 456 (N.V.) W. Venn.

⁴⁴ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 278; M. RAE, *La responsabilité civile des administrateurs, fondateurs et actionnaires des sociétés anonymes*, Bruylant, Brussel, 1968, 92.

⁴⁵ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 278; M. RAE, *o.c.*, *supra* noot 44, 92.

⁴⁶ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 278; L. FREDERICQ, *o.c.*, *supra* noot 39, 501. WYCKAERT leidt terecht hieruit af dat de oprichtersaansprakelijkheid als van dwingend recht te kwalificeren is : M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 265.



A. Algemene kenmerken

19. Overeenkomstig de artikelen 229, 405 en 456 W. Venn. zijn de oprichters tegenover de belanghebbenden hoofdelijk gehouden tot de garantieverplichtingen en de schadevergoedingen zoals omschreven in deze artikelen. Deze hoofdelijke verbintenis wordt niet beïnvloed door de omvang van de ingebrachte activa of door de het feit dat een oprichter kennis had van de gepleegde inbreuken⁴⁷. Zowel schuldeisers, individuele aandeel- en obligatiehouders als de vennootschap zelf⁴⁸ kunnen als belanghebbende worden beschouwd. Niettegenstaande elke belanghebbende de volledige schadevergoeding kan vorderen van elke oprichter (*obligatio*), geschiedt de verdeling van aansprakelijkheid tussen de oprichters onderling (*contributio*) naargelang hun respectievelijke schuld aan de inbreuk en alle omstandigheden in acht genomen⁴⁹. Het is de rechter die de onderlinge gehoudenheid dient te bepalen. Artikel 1213 B.W., dat bepaalt dat de hoofdelijke schuldenaars onderling enkel voor hun eigen aandeel verbonden zijn, is niet van toepassing⁵⁰.

20. Opdat de oprichters aansprakelijk zijn, is niet vereist dat de belanghebbenden een fout aantonen noch kunnen oprichters aan hun aansprakelijkheid ontsnappen door aan te tonen dat zij geen fout begaan hebben⁵¹. De belanghebbende moet aantonen dat de onregelmatigheden zoals omschreven in artikel 229, 405 en 456 W. Venn. plaatsgevonden hebben. De fout wordt aldus onweerlegbaar vermoed⁵². Enkel wanneer schadevergoeding wordt gevorderd die het gevolg is van de nietigheid van de vennootschap, onjuistheden in de oprichtingsakte of de kennelijke overwaarding van inbrengen in natura zullen belanghebbenden het causaal verband tussen fout en schade dienen aan te tonen.

Deze regeling is derhalve zeer voordelig voor derden. Er moet enkel worden onderzocht of de feiten kunnen worden ondergebracht in één van de gevallen bepaald bij de artikelen 229, 405 en 456 W. Venn. opdat alle oprichters hoofdelijk aansprakelijk zouden zijn. Omgekeerd mag bij twijfel omtrent de toepasselijkheid van de artikelen 229, 405 en 456 W. Venn. de oprichter niet aansprakelijk worden gesteld. De oprichtersaansprakelijkheid vormt immers een uitzondering op het principe van de beperkte aansprakelijkheid zodat elke uitzondering restrictief moet worden geïnterpreteerd⁵³. Natuurlijk blijft de mogelijkheid bestaan de oprichter aan te spreken op grond van het gemeen recht, evenwel met de daaraan verbonden nadelen⁵⁴.

21. Wat betreft de bevoegde rechtbank werd de door het Hof van Cassatie gehuldigde regel dat de vordering door een vennoot tegen een oprichter onder de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel viel⁵⁵ in de rechtsleer lange tijd betwist : immers, als gevolg van de niet-vermelding van de oprichters in de specifieke bevoegdheidsbepaling ten gunste van de rechtbank van koophandel betreffende geschillen inzake handelsvennootschappen (artikel 574, 1° Ger. W.), kon worden geargumenteed dat de vorderingen tegen of tussen oprichters

⁴⁷ O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 30.

⁴⁸ En bijgevolg ook de faillissementscurator: Rb. Brussel 11 oktober 1950, *R.P.S.* 1951, 95; Kh. Luik 20 januari 1962, *R.P.S.* 1967, 109.

⁴⁹ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 280.

⁵⁰ Artikel 1213 B.W. is immers enkel van toepassing op contractuele verbintenissen. Zie M. RAE, *o.c.*, *supra* noot 44, 93; RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 280.

⁵¹ M. RAE, *o.c.*, *supra* noot 44, 104; C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 279.

⁵² M. RAE, *o.c.*, *supra* noot 44, 104 ; C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 279.

⁵³ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 281.

⁵⁴ Zie hieromtrent *infra*, nr. 80.

⁵⁵ Cass. 10 januari 1929, *Pas.* 1929, I, 55.

onder de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg vielen⁵⁶. De wet van 7 mei 1999⁵⁷ heeft hierin verandering gebracht. Art. 574, 1° Ger.W. preciseert voortaan dat alle geschillen tussen oprichters, tussen oprichters en vennootschappen, tussen oprichters en derden of tussen oprichters, vennootschappen, vennoten en bestuurders en zaakvoerders onder de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank van koophandel vallen, zelfs wanneer de partijen geen handelaar zijn⁵⁸. Wat betreft de vordering van de curator tegen de oprichters op grond van artikel 229, 5°, 405, 5° en 456, 4° W. Venn. wegens een kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal (hierover *infra*, nr. 61. e.v.), had het Hof van Cassatie reeds vroeger beslist dat de beoordeling van dit geschil uitsluitend toekomt aan de rechtbank van koophandel en dit op grond van artikel 574, 2° Ger. W., als onderdeel van het faillissementscontentieux⁵⁹. Sinds de wet van 7 mei 1999 kan ook hieromtrent geen twijfel meer bestaan⁶⁰. Hiermee nauw verband houdend, betreft de toepasselijke beroepstermijn tegen een vonnis gewezen op grond van de artikelen 229, 5°, 405, 5° en 456, 4° W. Venn.. Dit betreft de bijzondere beroepstermijn van artikel 14, lid 4 Fail. W. 1997, (15 dagen), en niet de gemeenrechtelijke termijn van artikel 1051 Ger. W., (één maand)⁶¹. (zie verder, nr. 65.)

22. Wat betreft de toepassing in de tijd van de aansprakelijkheidsregeling, heeft het Hof van Cassatie beslist dat men zich ter beoordeling van de aansprakelijkheid van de oprichters dient te plaatsen op het ogenblik van de oprichting van de vennootschap, tenzij de wet die een wijziging aan de aansprakelijkheidsregeling doorvoert of een nieuwe aansprakelijkheidsgrond invoert, uitdrukkelijk afwijkt van het in artikel 2 B.W. neergelegd beginsel van de niet-terugwerkende kracht. Het feit dat de nieuwe wetsbepaling de openbare orde raakt of van imperatieve aard is, doet hieraan geen afbreuk⁶². Bijgevolg kunnen de aansprakelijkheidsvorderingen enkel worden gestoeld op de aansprakelijkheidsgronden zoals ze bestonden op het ogenblik van de oprichting van de vennootschap, ongeacht of zij bij latere wet werden opgeheven of gewijzigd⁶³.

23. De aansprakelijkheidsvordering tegen de oprichters verjaart overeenkomstig het gemeen recht, zodat de vijfjarige verjaringstermijn van artikel 198 W. Venn. niet van toepassing is⁶⁴. Het door de wet van 10 juni 1998⁶⁵ ingevoerde artikel 2262bis B.W. heeft evenwel de verjaringstermijn voor buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen teruggebracht tot vijf jaar. Hierdoor is er een gelijkschakeling van de verjaring van vorderingen tegen oprichters met de verjaring van vorderingen tegen vennoten, zaakvoerders, bestuurders, commissarissen en vereffenaars⁶⁶.

⁵⁶ Vgl. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, 342; L. FREDERICQ, *Handboek van het Belgisch Handelsrecht*, I, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 741, p. 606.

⁵⁷ Art. 2 Wet 7 mei 1999 houdende het Wetboek van vennootschappen, *B.S.* 26 augustus 1999.

⁵⁸ Artikel 2 Wet 7 mei 1999 tot wijziging van de artikelen 574, 1° en 628, 13° van het Gerechtelijk Wetboek, *B.S.* 26 augustus 1999. Zie hieromtrent E. JANSSENS, "De rechtbank van koophandel als bevoegde rechter inzake vennootschaps geschillen (artikel 574, 1° en 2° Ger. W.)", *T.R.V.* 2000, 397- 412.

⁵⁹ Cass. 7 maart 1986, *T.B.H.* 1986, 364, met noot.

⁶⁰ E. JANSSENS, *l.c.*, *supra* noot 58, 407.

⁶¹ Cass. 12 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 756; *T.B.H.* 1988, 507, noot I. VEROUGSTRATE.

⁶² Cass. 9 november 1984, *Pas.* 1985, I, 317; Gent 21 april 1983, *T.B.H.* 1984, 30; J. RONSE, J.M. NELISSEN-GRADE en K. VAN HULLE, "Overzicht van Rechtspraak (1978- 1985): Vennootschappen", *T.P.R.* 1986, 981.

⁶³ R. BUTZLER, H. GEINGER, N. HEYERICK, *Inleiding tot het vennootschapsrecht*, Brugge, Die Keure, 1989, 70.

⁶⁴ Kh. Namen 16 juni 1997, *R.R.D.* 1997, 447.

⁶⁵ Wet van 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, *B.S.* 17 juli 1998.

⁶⁶ K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., "Overzicht van rechtspraak", *l.c.*, *supra* noot 4, 254.



B. Aansprakelijkheid bij gebreken in de oprichting van de vennootschap

(1) De nietigheid van de vennootschap

24. Overeenkomstig de artikelen 229, 4° (BVBA), 405, 3° (CVBA) en 456, 3° (NV) W. Venn. zijn de oprichters aansprakelijk voor de schade die het onmiddellijke en rechtstreekse gevolg is van de nietigheid van de vennootschap uitgesproken op grond van respectievelijk de artikelen 227 (BVBA), 403 (CVBA) en 454 (NV) W. Venn. Volgens deze laatste artikelen kan de nietigheid van de vennootschap enkel worden uitgesproken in een limitatief aantal gevallen:

- bij afwezigheid van authentieke oprichtingsakte,
- bij afwezigheid van een aantal essentiële vermeldingen. Met name wanneer de oprichtingsakte geen gegevens voorkomen omtrent de naam en het doel van de vennootschap, de inbreng of het bedrag van het geplaatste kapitaal (en voor de CVBA de identiteit van de vennoten),
- wanneer het statutair doel ongeoorloofd is,
- bij afwezigheid van voldoende aandeelhouders of geldig verbonden oprichters⁶⁷.

25. De nietigheid van de vennootschap heeft, in tegenstelling tot vroeger, enkel gevolgen voor de toekomst. De vennootschap zal worden vereffend, zoals bij de vrijwillige ontbinding, maar de nietigheid doet op zichzelf geen afbreuk aan de rechtsgeldigheid van de verbintenissen van de vennootschap⁶⁸. Hierdoor lijkt het onwaarschijnlijk dat derden schade kunnen leiden die het rechtstreekse en onmiddellijke gevolg is van de nietigheid van de vennootschap⁶⁹. Evenwel zijn hypothesen denkbaar, zoals een vordering tot schadevergoeding door een schuldeiser ingesteld wegens ontbinding van een overeenkomst; afwezigheid van bekrachtiging van preconstitutieve handelingen, ...

Doordat de nietigverklearde vennootschap blijft voortbestaan met het oog op haar vereffening, zullen de schuldeisers met het oog op de invordering van hun schuldvorderingen eerst het vennootschapsvermogen moeten aanspreken. Enkel wanneer dit vermogen onvoldoende is, zullen ze de oprichters kunnen aanspreken.⁷⁰

26. In tegenstelling tot de meeste andere gronden van oprichtersaansprakelijkheid vereisen de artikelen 229, 4°, 405, 3° en 456, 3° W. Venn. het bewijs van de omvang van de geleden schade en het bewijs dat deze schade het rechtstreekse en onmiddellijke gevolg is van de nietigverklaring van de vennootschap. Het begrip “onmiddellijk en rechtstreeks gevolg” moet wellicht uitgelegd worden in de zin die het Hof van Cassatie eraan geeft in artikel 1151 B.W.⁷¹, d.i. alle schade die in oorzakelijk verband staat met de uitgesproken nietigheid⁷².

⁶⁷ Omtrent de invulling van deze begrippen zie J. RONSE, *De vennootschappenwetgeving 1973*, Gent, Story- Scientia, 1973, 282 p.; A. VAN HULLE en K. VAN HULLE, *De Coöperatieve Vennootschap*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 22- 45.

⁶⁸ Artikel 175 W. Venn.

⁶⁹ J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973, o.c., supra* noot 67, 124; L. SIMONT, “La loi du 6 mars 1973”, *R.P.S.* 1974, 226; J. RONSE, J.M. NELISSEN-GRADE en K. VAN HULLE, *o.c., supra* noot 62, 892; J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence”, *l.c., supra* noot 14, 241. Voor een toepassingsgeval van deze stelling: Kh. Hasselt, 28 mei 1990, *T.R.V.* 1991, 421, met noot.

⁷⁰ J. CERFONTAINE, “Oprichting en statutenwijziging”, in *NV in de praktijk*, Diegem, Ced.Samson, losbladig (mei 2002), I.1.4, 5/6.

⁷¹ Cass. 24 juni 1977, *Arr. Cass.* 1977, 1101.



27. Eén nietigheidsgrond verdient bijzondere aandacht, namelijk de afwezigheid van voldoende aandeelhouders of geldig verbonden oprichters. Overeenkomstig artikel 454, 4° W. Venn. moet elke NV bij de oprichting minstens twee aandeelhouders hebben. Het feit dat de NV slechts één enkele oprichter en één 'loutere verschijner' kent, leidt niet tot de nietigheid van de vennootschap, zolang er bij de oprichting minstens twee aandeelhouders zijn. Wanneer dit niet het geval is, is de enige oprichter aansprakelijk voor de schade die het onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van de nietigheid.⁷³ Voor de BVBA is één enkel oprichter steeds voldoende. Wanneer de enige aandeelhouder van de EBVBA evenwel een rechtspersoon is, zal hij gehouden zijn tot alle verbintenissen van de vennootschap zolang hij de enige aandeelhouder is⁷⁴.

(2) Afwezigheid of onjuistheid van de essentiële vermeldingen in de oprichtingsakte

28. De aansprakelijkheid van de oprichters voor de vermeldingen in de vennootschapsakte of de ontwerpakte is in zekere zin logisch. Derden die zich baseren op het gepubliceerde uittreksel van de vennootschapsakte moeten erop kunnen vertrouwen dat de daarin opgenomen vermeldingen correct zijn. Worden bepaalde door de wet opgelegde vermeldingen niet opgenomen in de vennootschapsakte, dan begaan de opstellers ervan een fout. De aansprakelijkheidsregeling is bijgevolg grotendeels terug te brengen tot het gemeen recht. Zonder de essentiële vermeldingen in detail te behandelen, beperkt volgende toelichting zich tot een aantal algemene principes. Een onderscheid wordt hierbij gemaakt naargelang de oprichting rechtstreeks of door middel van inschrijvingen gebeurt.

(a) Rechtstreekse oprichting

29. Wat betreft de vermeldingen in de vennootschapsakte, stellen de artikelen 229, 4° en 456, 3° W. Venn. de oprichters aansprakelijk voor de schade die het onmiddellijke en rechtstreekse gevolg is van het ontbreken of de onjuistheid van de in de artikelen 226 en 453 W. Venn. voorgeschreven vermeldingen in de vennootschapsakte die niet leiden tot de nietigheid van de vennootschap. Voor de CVBA zijn de oprichters overeenkomstig artikel 405, 3° W. Venn. enkel aansprakelijk voor het ontbreken, en dus niet de onjuistheid, van de door artikel 355, lid 1 W. Venn.⁷⁵ voorgeschreven vermeldingen⁷⁶. Hierboven werd opgemerkt dat de oprichters in principe niet aan hun aansprakelijkheid kunnen ontsnappen door aan te tonen dat zij geen fout hebben begaan. Volgens Resteau geldt dit principe hier niet⁷⁷. De oprichters kunnen aan hun aansprakelijkheid ontsnappen door aan te tonen dat zij de

⁷² Ph. COLLE, "Oprichters-, bestuurders-, en notariële aansprakelijkheid bij ongeldige inbreng", *R.W.* 1993-94, 949.

⁷³ Van het voorgaande (eenhoofdige oprichting) is de hypothese waarbij één aandeelhouder in de meerhoofdige opgerichte NV naderhand alle aandelen in één hand verenigt. Op grond van art. 646 W. Venn. zal de enige aandeelhouder na verloop van één jaar als hoofdelijk borg aansprakelijk zijn voor de vennootschapsschulden ontstaan sedert de eenhoofdigheid, en zolang geen nieuwe aandeelhouder is toetreden, de NV in een BVBA is omgezet of de NV is ontbonden.

⁷⁴ Artikel 213 W. Venn.

⁷⁵ Artikel 405, 3° W. Venn. verwijst naar de vermeldingen vervat in artikel 352, lid 1 W. Venn., d.i. de melding dat de vennootschap met of zonder onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten is opgericht. Dit berust wellicht op een redactionele fout: de essentiële vermeldingen op te nemen in de oprichtingsakte zijn opgenomen in art. 355, lid 1 W. Venn.

⁷⁶ De oprichters kunnen enkel op grond van het gemeen recht aansprakelijk worden gesteld voor onjuistheden. Zie J. VAN BAEL, *l.c.*, *supra* noot 2, 365.

⁷⁷ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY EN A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 290.



noodzakelijke inlichtingen, niettegenstaande hun pogingen, niet konden achterhalen als gevolg van een oorzaak onafhankelijk van hun eigen wil of indien zijn, handelend te goeder trouw, enkel verkeerde inlichtingen die hen zijn medegedeeld, hebben gereproduceerd⁷⁸. Inzake verdeling van de bewijslast moeten de eisers in aansprakelijkheid enkel de afwezigheid of de onjuistheid van de verplichte vermeldingen aantonen, evenals hun schade en het oorzakelijk verband. De oprichters zullen dan moeten aantonen dat deze inbreuken hun oorzaak vinden in omstandigheden die hen niet toerekenbaar zijn.

(b) Oprichting van een NV door openbare inschrijving

30. Wat betreft de vermeldingen in de ontwerpakte, stelt artikel 456, 3° W. Venn. de oprichters aansprakelijk voor de schade die het onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van de onjuistheid en het ontbreken van de door artikel 453 W. Venn. voorgeschreven vermeldingen in het ontwerp van akte van vennootschap en in de inschrijvingsbiljetten. Deze rechtsgrond zal evenwel slechts zelden ingeroepen worden omwille van de zware bewijslast die eraan verbonden is, in het bijzonder wat betreft de causaliteit. Immers, de inschrijver zal moeten bewijzen dat, indien het inschrijvingsbiljet alle vermeldingen bevatte, hij onder andere voorwaarden had ingeschreven op de aandelen. Is de inschrijver niet in de mogelijkheid dit bewijs te leveren, kan hij niet de nietigverklaring van de inschrijving vorderen, tenzij de dwaling determinerend van aard was⁷⁹. Sommige auteurs oordelen dat de inschrijver de ontbinding van de inschrijving kan vorderen op grond van art. 1184 B.W.⁸⁰. Deze zienswijze is evenwel betwistbaar. De toepassing van het stilzwijgend ontbindend beding lijkt onverenigbaar te zijn met het onvoorwaardelijk karakter van de inbrengverbintenis⁸¹.

C. Aansprakelijkheid bij gebreken in de vorming van het kapitaal

(1) De geldigheid van de verbintenis of inschrijving

(a). Algemeen

31. Overeenkomstig de artikelen 229, 1° (BVBA), 405, 1° (CVBA) en 456, 1° (NV) W. Venn. worden de oprichters van rechtswege als inschrijvers beschouwd voor het volle gedeelte van het kapitaal⁸² waarvoor niet op geldige wijze is ingeschreven. Teneinde de onvolledige plaatsing van het kapitaal en de eventuele nietigverklaring van de vennootschap

⁷⁸ Aangezien wetsovertredingen in principe steeds een fout uitmaken, zullen de oprichters enkel ontsnappen aan hun aansprakelijkheid indien een onoverwinnelijke dwaling wordt bewezen. Cass. 13 mei 1982, *Arr. Cass.* 1982, 1134.

⁷⁹ Zie hieromtrent L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 44. De auteur drukt zich evenwel kritisch uit ten opzichte van het gebruik van determinerend karakter als criterium.

⁸⁰ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY EN A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 291. Volgens deze auteurs verliest inschrijver zijn hoedanigheid van oprichter niet als gevolg van de ontbinding.

⁸¹ Zie M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 360. Het onvoorwaardelijk karakter van de inbrengverbintenis werd door de artikelen 8 (BVBA), 22 (CVBA) en 25 (NV) van de wet van 2 augustus 2002 terug in het Wetboek van Vennootschappen opgenomen.

⁸² Bij de CVBA betreft deze aansprakelijkheid enkel het vaste gedeelte van het kapitaal. De kring der aansprakelijken betreft bij de oprichting evenwel *alle* oprichters, ook degenen wier inbreng enkel tot het variabele gedeelte van het kapitaal heeft bijgedragen (*supra*, voetnoot 2).



te vermijden, stelt de wet dat de oprichters van rechtswege als inschrijvers worden beschouwd van een nietige inbreng⁸³ en dat ze persoonlijk gehouden zijn voor de verbintenissen van de oorspronkelijke inschrijver, tenzij zij een derde vinden die bereid is een inschrijving te nemen voor het hetzelfde bedrag of meer⁸⁴. Deze aansprakelijkheid is te kwalificeren als een garantieverbintenis van de oprichters⁸⁵.

32. Overeenkomstig artikel 229, 2°, 405, 2° en 456, 2° W. Venn. zijn de oprichters gehouden tot werkelijke volstorting van het gedeelte van het kapitaal waarop ongeldig is ingeschreven en waarvoor zij als inschrijvers worden aangemerkt op grond van artikel 229, 1°, 405, 1° en 456, 1° W. Venn. Hoewel elke belanghebbende de aansprakelijkheid van de oprichters kan opwerpen, komt de vergoeding door de oprichters enkel de vennootschap ten goede: de aansprakelijkheid houdt immers de plicht tot inschrijving en volstorting van de ongeldige inschrijvingen in. Derden, inzonderheid schuldeisers, kunnen via deze aansprakelijkheid dus geen rechtstreekse betaling van een schuldvordering die ze jegens de vennootschap hebben, lastens de oprichters verkrijgen, en hierdoor een samenloopssituatie ten aanzien van de vennootschap ontlopen.

33. In het algemeen wordt aangenomen dat de inbreng een gewone overeenkomst vormt, zodat de ongeldigheid ervan in de eerste plaats wordt beoordeeld door het gemeen recht en meer bepaald artikel 1134 B.W.⁸⁶. Bijgevolg moet elke inbreng voldoen aan de algemene geldigheidsvoorwaarden van een overeenkomst: een bepaald voorwerp, een geldige toestemming, bekwaamheid en een geoorloofde oorzaak. Voor de kapitaalvennootschappen wordt aangenomen dat het wegvallen van de inbrengverbintenis en de overname ervan lastens de oprichters tegenwerpelijk is aan derden, zonder dat de formaliteit van artikel 506 W. Venn., zijnde de openbaarmaking van de overdracht van nog niet-volgestorte aandelen, moet worden nageleefd⁸⁷.

34. Een belangrijk doch omstreden punt betreft de vraag of de nietigverklaring van de inbrengverbintenis tot gevolg heeft dat de inbrenger zijn hoedanigheid van oprichter in de zin van artikel 225, 401 en 450 W. Venn. verliest, samen met de eraan verbonden oprichtersaansprakelijkheid. Volgens WYMEERSCH en BRAECKMANS valt de oprichtersaansprakelijkheid weg als gevolg van de nietigverklaring van de inbreng⁸⁸. De oprichter kan zich ook tegenover derden beroepen op de ongeldigheid van zijn verbintenis en zal bijgevolg niet als oprichter worden behandeld⁸⁹. De gemeenrechtelijke principes met betrekking tot de tegenwerpelijkheid van een nietigverklaring ten opzichte van derden blijven

⁸³ Men neemt aan dat dit een voorbeeld is van een “wettelijke conversie van een nietige rechtshandeling” waarbij, bij afwezigheid van een rechtsgeldig verbonden partij, de andere oprichters de verbintenis van rechtswege wordt toegerekend. Zij zullen als oprichters worden behandeld.

⁸⁴ Kh. Brussel 30 september 1937, *R.P.S.* 1940-46, 374; P. WAUWERMANS, *o.c.*, *supra* noot 15, 92.

⁸⁵ E. WYMEERSCH, “Oprichtersaansprakelijkheid ...”, *l.c.*, *supra* noot 35, kol 2135. Zie omtrent het verschil tussen borgtocht en garantie E. WYMEERSCH, “Borgtocht en garantie” in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story- Scientia, 1986, 656-670.

⁸⁶ Brussel 13 maart 1984, *T.B.H.* 1987, 330; J. RONSE, “Overzicht van Rechtspraak: Vennootschappen (1964-1967)”, *T.P.R.* 1967, 637; E. WYMEERSCH, “Oprichtersaansprakelijkheid ...”, *l.c.*, *supra* noot 35, kol 2135; M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 52 en 213 met vermelding van afwijkende visies. Volgens de aanhangers van de kwalificatie als eenzijdige rechtshandeling, blijft een toepassing van de artikelen 1109 e.v. B.W. *mutatis mutandis* mogelijk: P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979 à 1990) – Les sociétés commerciales”, *R.C.J.B.* 1993, 650.

⁸⁷ Cass. 4 maart 1887, *Pas.* 1887, I, 119; M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 266-267 met verwijzingen naar de verschillende visies.

⁸⁸ Deze stelling wordt ook verdedigd door K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., “Overzicht van rechtspraak”, *l.c.*, *supra* noot 4, 245.

⁸⁹ H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH, “De eenpersoonsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid vanuit vennootschapsrechtelijk en algemeen handelsrechtelijk oogpunt” in H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH (ed.), *De eenpersoonsvennootschap*, Antwerpen, Maklu, 1988, 83.



duś gehandhaafd⁹⁰. Deze stelling wordt daarenboven gesteund door de interpretatie die het Hof van Cassatie geeft aan het begrip oprichter, namelijk diegene die verschenen is bij de oprichtingsakte met het oog op het onderschrijven van het maatschappelijk kapitaal en om vennoot te worden⁹¹. Wanneer de inbrengverbintenis werd nietigverklaard als gevolg van een gebrek in de toestemming van de inbrenger, kan moeilijk nog voorgehouden worden dat hij vennoot wou worden en het maatschappelijk kapitaal onderschrijven. Volgens WYCKAERT brengt de nietigverklaring daarentegen niet het einde van de oprichtersaansprakelijkheid met zich mee⁹². Deze auteur argumenteert dat door te verschijnen bij de oprichtingsakte, de oprichter een garantieverbintenis op zich heeft genomen, die geabstraheerd is van de onderliggende rechtsverhouding, meer bepaald de inbreng. Bovendien zou het aanvaarden van het einde van de oprichtersaansprakelijkheid in geval van nietigverklaring van de inbrengverbintenis het risico met zich meebrengen dat de vennootschap nietig kan worden verklaard, zonder dat iemand nog gehouden is het kapitaal te plaatsen, terwijl deze bezorgdheid de wetgever er juist toe had bewogen het regime van de oprichtersaansprakelijkheid in te voeren.

De eerste stelling verdient onze voorkeur: een afwijking op de gevolgen van de retroactieve nietigheid van een verbintenis en de tegenwerpelĳheid ervan aan derden lijkt moeilijk te verdedigen, bij gebreke aan een uitdrukkelijke wettelijke bepaling hieromtrent⁹³. De oprichter wiens inbrengverbintenis wordt nietigverklaard, moet worden geacht nooit een oprichter geweest te zijn aangezien hij uiteindelijk geen maatschappelijk kapitaal heeft onderschreven. De overige oprichters worden dan gehouden tot een garantieverbintenis ten overstaan van de ongeldig onderschreven kapitaalfractie.

(b). Geldige toestemming

35. De geldige toestemming van de inbrenger vereist dat deze niet is aangetast door wilsgebreken⁹⁴ ⁹⁵. In de NV, CVBA en BVBA zal de leer van de wilsgebreken eerder uitzonderlijk toepassing vinden omwille van het formeel karakter van de oprichting, de openbaarmakingsverplichtingen en de aanwezigheid van een notaris. Voor de EBVBA is dit nog onwaarschijnlijker⁹⁶.

Desondanks kent de jurisprudentie verscheidene toepassingsgevallen, die hierna worden besproken.

Dwaling zal enkel leiden tot de nietigheid van de inbreng wanneer zij de zelfstandigheid van de zaak⁹⁷ raakt die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt en verschoonbaar is⁹⁸. Zonder de dwaling over dat specifieke element zou het contract niet tot stand zijn gekomen.

⁹⁰ Zie omtrent de tegenwerpelĳheid van een nietigverklaring ten opzichte van derden : Cass. 27 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, 1038.

⁹¹ Cass. 7 februari 1975, *Arr. Cass.* 1975, 642.

⁹² M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 268-271.

⁹³ Volgens CORNELIS moeten de verworven rechten van derden de nietigverklaring van de verbintenis ondergaan, tenzij de wetgever een andere oplossing heeft voorgeschreven : L. CORNELIS, *o.c.*, *supra* noot 79, 704.

⁹⁴ E. WYMEERSCH, "Oprichtersaansprakelijkheid ...", *l.c.*, *supra* noot 35, kol 2138; O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 33; M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 214.

⁹⁵ Wat betreft simulatie inzake inschrijving op aandelen, zie M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 220-241.

⁹⁶ M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 218.

⁹⁷ Onder de zelfstandigheid van de zaak wordt verstaan ieder element dat een partij er hoofdzakelijk toe heeft gebracht de verbintenis aan te gaan, zodanig dat zonder dit element de verbintenis niet zou zijn totstandgekomen. Zie Cass. 31 oktober 1966, *Arr. Cass.* 1967, 301; Cass. 27 oktober 1995, *Arr. Cass.* 1995, 920.

⁹⁸ Artikel 1110 B.W.; Cass. 13 februari 1978, *Pas.* 1978, I, 686; Cass. 6 januari 1944, *Pas.* 1944, I, 133. Voor een toepassing op inbrengen in een NV: Brussel 13 maart 1984, *T.B.H.* 1987, 330.



Bovendien is vereist dat de tegenpartij, in casu de overige oprichters, kennis had van het wezenlijk belang dat aan dit specifiek element werd gehecht door de benadeelde partij⁹⁹. In het kader van de oprichting van een vennootschap, zullen vergissingen het meest plaatsvinden omtrent de waarde van een ingebracht goed. Een dwaling omtrent de waarde van een goed wordt evenwel niet als nietigheidsgrond aanvaard omdat het de zelfstandigheid van de zaak niet raakt¹⁰⁰.

Dwaling omtrent de persoon zal een nietigheidsgrond vormen wanneer de inbreng hoofdzakelijk uit aanmerking van een bepaalde persoon is aangegaan¹⁰¹. Dit zal voornamelijk het geval zijn in een BVBA¹⁰² doch is onder omstandigheden niet uit te sluiten bij de NV.

Een inbreng onder *dwang* zal zelden voorkomen, tenzij in gevallen waarin bijvoorbeeld de werknemer tot inschrijving op aandelen wordt verplicht door zijn werkgever¹⁰³.

Een laatste en frequenter voorkomend wilsgebrek vormt het *bedrog*. Bedrog als nietigheidsgrond vereist dat de benadeelde partij is overgegaan tot het sluiten van de overeenkomst op grond van een door kunstgrepen, zoals een vervalste boekhouding of financieel plan, een onjuiste voorstelling van de werkelijkheid door haar tegenpartij¹⁰⁴. De benadeelde partij zou het contract dus niet gesloten hebben zonder de door de tegenpartij gehanteerde leugens of verzwijgingen¹⁰⁵. Ook kunstgrepen die betrekking hebben op de waarde van een handelszaak of aandelen kunnen aanleiding geven tot nietigverklaring, wanneer die waarde de doorslaggevende oorzaak is geweest voor het aannemen van de inbreng¹⁰⁶.

(c). Bekwaamheid

36. De inbrenger dient handelingsbekwaam te zijn om in te schrijven op het kapitaal¹⁰⁷. Bijgevolg zijn de medeoprichters aansprakelijk voor de ongeldige verbintenissen aangegaan door minderjarigen, krankzinnigen, onbekwaamverklaarden en wettelijk onbekwamen. Onder welke voorwaarden deze personen overeenkomsten kunnen sluiten, wordt bepaald door het

⁹⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 53; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations", *R.C.J.B.* 1986, 58.

¹⁰⁰ J. CORBIAU, "De la fictivité et de l'exagération d'évaluation des apports en nature", *R.P.S.* 1904, 45; C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 514 met verwijzingen naar rechtspraak. Ph. COLLE, *l.c.*, *supra* noot 72, 948-949, stelt dat dwaling omtrent de waarde de zelfstandigheid van de zaak raakt wanneer de ingebrachte aandelen voor de vennootschap een beleggingswaarde hebben. Als gevolg van de herleiding door de rechtspraak van de essentiële dwaling tot de determinerende dwaling zou dwaling omtrent de waarde van de zaak als wilsgebrek in aanmerking kunnen komen. Zie L. CORNELIS, *o.c.*, *supra* noot 79, 50, die zich evenwel kritisch uitlaat ten opzichte van deze evolutie.

¹⁰¹ Artikel 1110, lid 2 B.W.

¹⁰² M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 215.

¹⁰³ M. WYCKAERT, "De gedwongen participatie van de werknemer in de vennootschap-werkgever", noot onder Cass., 25 september 1987, *T.R.V.* 1988, 52-53.

¹⁰⁴ Artikel 1116 B.W. Het begrip tegenpartij wordt in het kader van het vennootschapsrecht niet beperkt tot de vennootschap zelf maar uitgebreid wordt tot de medeoprichter(s) of – bij kapitaalverhoging – het bevoegde orgaan. Zie hieromtrent Cass. 9 mei 1935, *Pas.* 1935, I, 240; Cass. 9 november 1987, *T.R.V.* 1988, 356; M. WYCKAERT, "Bedrog van de Raad van Bestuur bij kapitaalverhoging", *T.R.V.* 1988, 356-358.

¹⁰⁵ Indien het bedrog exclusief aan een derde is toe te rekenen en niet aan de oprichters, zal de inschrijver enkel schadevergoeding kunnen vorderen van de derde. Incidenteel bedrog laat geen vordering tot nietigverklaring toe.

¹⁰⁶ Ph. COLLE, *l.c.*, *supra* noot 72, 948.

¹⁰⁷ Artikel 35, 5° Venn. W. stelde de oprichters aansprakelijk tot nakoming van de verbintenissen aangegaan door onbekwamen. Aangezien deze aansprakelijkheidsgrond inbegrepen zat in de aansprakelijkheidsgrond met betrekking tot de geldigheid van de inschrijvingsverbintenis, werd besloten deze bepaling niet over te nemen in het Wetboek Vennootschappen: Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp houdende invoering van een Wetboek Vennootschappen, *Parl. St. Kamer*, 1998-99, 1838/1, 111.



gemeen recht. De medeoprichters kunnen hun aansprakelijkheid op geen enkele manier ontlopen¹⁰⁸.

37. Een hiermee verwante aangelegenheid betreft de lastgeving en de sterkmaking. Zoals hierboven aangetoond, is de zekerheid van de volledige plaatsing van het kapitaal een voor de wetgever doorslaggevende reden geweest om de oprichters hiervoor aansprakelijk te stellen. Volgens het gemeen recht is de lasthebber wiens aangegane overeenkomst niet aan de lastgever kan worden tegengeworpen, om welke reden dan ook, enkel schadeplichtig en niet persoonlijk verbonden. Deze voor derden nadelige situatie verklaart de invoering van de artikelen 231 (BVBA) en 459 (NV) W. Venn.. Deze bepalen dat ter zake van een inbrengverbintenis de lasthebber wordt geacht persoonlijk verbonden te zijn indien er geen geldige lastgeving bestaat¹⁰⁹. Zo zal de lastgeving ongeldig zijn wanneer ze mondeling werd gegeven: een authentieke of onderhandse volmacht is vereist¹¹⁰. De lastgeving is tevens ongeldig wanneer ze niet vermeldt met welke vermogensbestanddelen en op hoeveel aandelen mag worden ingeschreven¹¹¹. De lasthebber zal dus de inbreng moeten uitvoeren en bijgevolg ook als oprichter worden beschouwd, waarbij het onbelangrijk is of het een inbreng in geld dan wel in natura betrof¹¹². In dit laatste geval zal uitvoering in natura natuurlijk niet mogelijk zijn en zal de lasthebber zijn inbreng bij equivalent moeten voldoen.

Voor de CVBA bestaat geen gelijkaardige bepaling, niettegenstaande de mogelijkheid in te schrijven door middel van volmachten¹¹³. De buiten bevoegdheid handelende lasthebber zal dus niet geacht worden persoonlijk verbonden te zijn maar zal op grond van het gemeen recht enkel schadeplichtig zijn¹¹⁴.

38. In de NV is het eveneens mogelijk om zich sterk te maken voor een andere persoon, in de zin van artikel 1120 B.W.¹¹⁵. Hierbij belooft de sterkmaker dat iemand anders, die niet noodzakelijk bij naam moet worden genoemd, de verbintenis waarvoor hij zich sterk maakt zal bekrachtigen en uitvoeren. Door deze bekrachtiging wordt de bekrachtiger retroactief oprichter of inschrijver¹¹⁶. Indien deze bekrachtiging er niet zou komen, bepaalt artikel 1120 B.W dat de sterkmaker schadeplichtig is. Artikel 459 W. Venn. houdt, in een perspectief van derdenbescherming, een afwijking in van het gemeen recht en bepaalt dat indien de verbintenis niet is bekrachtigd binnen de twee maanden nadat ze is aangegaan, de sterkmaker persoonlijk verbonden is. Deze termijn wordt verkort tot vijftien dagen indien de naam van de persoon of personen voor wie de verbintenis is aangegaan niet is opgegeven¹¹⁷. Deze werkwijze houdt evenwel enkele gevaren in zich. Wanneer er binnen de vijftien dagen een

¹⁰⁸ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 495. Volgens deze auteur kan zelfs de omstandigheid dat een minderjarige zijn geboorte-akte had vervalst niet door de oprichters worden ingeroepen.

¹⁰⁹ Een gelijkaardige bepaling bestaat merkwaardigerwijze niet voor de CVBA.

¹¹⁰ Artikel 450, lid 1 W. Venn. voor de NV; Cass. 20 mei 1897, *Pas.* 1897, I, 194. Voor de BVBA bestaat geen gelijkaardige bepaling. Er wordt evenwel aangenomen dat een onderhandse volmacht ook hier mogelijk moet zijn. Zie J. VAN HOUTTE, *Sociétés privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1989, 115; M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Brussel, Larcier, 1997, 163. De lastgeving zal ook de naam van de lastgever moeten vermelden (M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 219).

¹¹¹ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 168. Deze inlichting is noodzakelijk voor de geldigheid van de volmacht. Overeenkomstig de artikelen 226, laatste lid (BVBA), 402, laatste lid (CVBA) en 453, laatste lid (NV) W. Venn., dient een volmacht evenwel meer vermeldingen te bevatten, zoals rechtsvorm en duur van de vennootschap,.... Niet-naleving van deze bepaling heeft geen invloed op de geldigheid van de volmacht maar wordt wel strafrechtelijk gesanctioneerd (345, 3° en 647, 3° W. Venn.). Voor de CVBA verwijst de strafbepaling enkel naar de bestuurders en niet naar de oprichters, zodat de oprichters die niet de hoedanigheid hebben van bestuurder strafrechtelijk niet aansprakelijk kunnen worden gesteld (artikel 433, 3° W. Venn.).

¹¹² C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY EN A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 293.

¹¹³ Artikel 402 laatste lid W. Venn.

¹¹⁴ J. VAN BAEL, "De coöperatieve vennootschap andermaal hervormd", *o.c.*, *supra* noot 2, 366.

¹¹⁵ Sterkmaking in de BVBA en de CVBA wordt niet mogelijk geacht. Zie Verslag TSCHOFFEN, *Parl. St.* Senaat, 1931-32, 6 en verslag ROLIN, *Parl. St.* Senaat, 1934- 35, 12.

¹¹⁶ H. DE PAGE, *Traité*, *o.c.*, *supra* noot 99, II, 719.

¹¹⁷ Al deze termijnen zijn van openbare orde: M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 272



bekrachtiging volgt door een insolvable persoon, is de sterkmaker bevrijd van elke persoonlijke verbintenis en kunnen de andere oprichters of inschrijvers hiertegen niets ondernemen¹¹⁸. Omtrent de vraag of de sterkmaker, ondanks de bekrachtiging, als oprichter kan worden blijven beschouwd, bestaat twijfel. Volgens M. WYCKAERT zouden de medeoprichters hun uitdrukkelijk akkoord moeten geven om de oprichtersaansprakelijkheid, samen met de inschrijvingsverbintenis, te laten overgaan op de bekrachtiger¹¹⁹. Deze visie is bekritiseerbaar: de bekrachtiging heeft de volledige bevrijding van de sterkmaker voor de inbrengverbintenis tot gevolg. Bijgevolg kan de sterkmaker niet langer als oprichter worden beschouwd. Hooguit kan de sterkmaker op grond van artikel 1382 B.W. aansprakelijk worden gesteld indien hij behoorde te weten dat de achterman zijn verbintenissen niet kon of zou voldoen.

39. Niettegenstaande de persoonlijke verbintenis die in voormelde gevallen ontstaat voor de sterkmaker of de lasthebber, heeft de wetgever het nodig geacht tevens de overige oprichters hoofdelijk aansprakelijk te stellen tot nakoming van die verbintenissen¹²⁰. De oprichters kunnen hierdoor, als garanten, aangesproken worden tot voldoening van de inbrengverbintenis waarvoor de lasthebber of sterkmaker persoonlijk instaat, zelfs voordat een dergelijke vordering werd ingesteld tegen de sterkmaker of lasthebber. De oprichters worden hierbij niet van rechtswege geacht het kapitaal te hebben onderschreven maar hebben, nadat zij de inbrengverbintenis zijn nagekomen, verhaal tegen de sterkmaker of lasthebber¹²¹.

(d). Voorwerp

40. De derde geldigheidsvereiste van de inbreng betreft het geldig voorwerp van de inbreng als rechtshandeling. In kapitaalvennootschappen komen enkel inbrengen in aanmerking voor vergoeding met aandelen die het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen wanneer zij bestaan uit vermogensbestanddelen die naar economische maatstaven kunnen worden gewaardeerd¹²². De geldigheid van het voorwerp van de inbreng wordt dus beoordeeld zowel door het gemeen recht (in de handel zijn, bepaald) als door het Wetboek van Vennootschappen (de inbreng van nijverheid vormt geen geldige inbreng¹²³). De inbreng in natura van een waardeloos goed of de fictieve inbreng zijn geen geldige inschrijving in de zin van de artikel 229, 405 en 456 W. Venn.¹²⁴ Voorbeelden hiervan zijn de inbreng van een onbestaande schuldvordering, van een wegens insolventie van de schuldenaar waardeloze schuldvordering of van een negatief vermogen. Hetzelfde geldt voor de inbreng van een ingetrokken of geweigerde overheidsconcessie en de inbreng van een verstreken octrooi¹²⁵. Een specifiek geval (van een waardeloze inbreng) betreft de inbreng van een handelszaak. Hieromtrent zijn de meningen verdeeld. Volgens Ph. COLLE raakt de waarde van de handelszaak niet het voorwerp van de handelszaak aangezien dit bestaat uit alle lichamelijke en onlichamelijke bestanddelen die bijdragen tot het aantrekken en het behoud van de

¹¹⁸ C. RESTEAU, *Commentaire Legislatief de la loi du 25 mai 1913*, Brussel, Larcier, 1913, 240; P. SUPRA NOOT 15, 96.

¹¹⁹ M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 220, voetnoot 851.

¹²⁰ Artikel 231, *in fine* en 459, *in fine* W. Venn.

¹²¹ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 295. De oprichters zijn immers enkel gehouden tot het nakomen van de inbrengverbintenis, terwijl de lasthebber of sterkmaker door de wet geacht wordt de verbonden partij te zijn.

¹²² Artikelen 218, 394 en 443 W. Venn.

¹²³ In kapitaalvennootschappen. Artikelen 218, 394 en 443 W. Venn.

¹²⁴ Cass. 10 maart 1978, *Arr. Cass.* 1978, 794; Brussel 13 maart 1984, *T.B.H.* 1987, 330.

¹²⁵ E. WYMEERSCH, "Oprichtersaansprakelijkheid ...", *l.c.*, *supra* noot 35, kol. 2140.



cliënteel of essentieel zijn voor de verdere exploitatie van de handelszaak^{126 127}. De inbreng van een handelszaak met een financieel negatief vermogen valt dus niet gelijk te schakelen met een waardeloze inbreng. Deze beoordeling dient te gebeuren voor elk bestanddeel afzonderlijk. Volgens M. WYCKAERT daarentegen is elke inbreng van een handelszaak waarvan de passiva de activa overstijgen automatisch een nietige inbreng¹²⁸. Deze visie strookt o.i. het meest met de kwalificatie van de handelszaak als feitelijke algemeenheid¹²⁹: de beoordeling van de waarde gebeurt niet in functie van de individuele waardering van de afzonderlijke bestanddelen van de handelszaak, maar moet *in globo* gebeuren. E. WYMEERSCH brengt hierbij een verdere verfijning aan: in beginsel zal de inbreng van een negatief vermogen nietig zijn, in zoverre de inbreng niet enkel wordt gewaardeerd vanuit een liquidatieperspectief. De toekomstige rendabiliteit of de gelegenheidswaarde (zoals het uitschakelen van een concurrent of marktpenetratie) hebben ten tijde van de inbreng de waarde van de inbreng bepaald en moet daarom in rekening worden gebracht¹³⁰.

(e) Oorzaak

41. De oorzaak van de inbrengverbintenis vormt de laatste geldigheidsvereiste. De inbrengverbintenis is vatbaar voor nietigverklaring wanneer de inbrenger onwetend was omtrent de bedoeling van de andere oprichters om de vennootschap in werkelijkheid te gebruiken voor andere doeleinden dan de realisatie van vermogenswinst, zoals de onttrekking van de persoonlijke eigendom aan de persoonlijke schuldeisers¹³¹. Een specifiek geval van ongeoorloofde oorzaak betreft het verlenen van overheidssteun aan ondernemingen onder de vorm van een kapitaalparticipatie in strijd met de mededingingbepalingen van het EG-verdrag¹³².

(2) De plaatsing van het vereiste minimumkapitaal

42. Hoger werd reeds gesteld dat de oprichtersaansprakelijkheid werd ingevoerd om te verzekeren dat het maatschappelijk kapitaal steeds volledig en geldig geplaatst zou zijn. Aldus zijn de oprichters zoals hiervoor sub (1) beschreven aansprakelijk voor de ongeldigheid van de inbrengverbintenis. *A fortiori* zijn de oprichters aansprakelijk voor de plaatsing van het verschil tussen het vereiste minimumkapitaal en het totale bedrag van de werkelijke inschrijvingen (BVBA: art. 229, 1°; CVBA: art. 405, 1°; N.V.: art. 456, 1° W. Venn.). De oprichters worden van rechtswege beschouwd als inschrijver voor dit verschil.

¹²⁶ Ph. COLLE, *l.c.*, *supra* noot 72, 947. Deze auteur hanteert een vergelijkbare redenering met betrekking tot aandelen. Ook hier zou de waarde van de aandelen het voorwerp van de inbreng niet raken aangezien het voorwerp van een dergelijke inbreng bestaat uit de aan de aandelen verbonden rechten.

¹²⁷ *Contra*: P.A. FORIERS, "Aspects de droit privé de la cession du fonds de commerce: le contrat de cession de fonds de commerce en droit commun" in H. COUSY, B. TILLEMEN en A. BENOIT-MOURY (ed.), *De handelszaak- Le fonds de commerce*, Brugge, Die Keure, 2001, 131. Deze auteur beschouwt het voorwerp van de overdracht van de handelszaak, als de handelszaak zelf. De loutere aanduiding van de handelszaak als voorwerp van de overdracht zou volstaan om deze laatste bepaalbaar te maken.

¹²⁸ M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 64.

¹²⁹ L. FREDERICQ, *Handboek, o.c.*, *supra* noot 56, p. 132, nr. 133.

¹³⁰ E. WYMEERSCH, "Oprichtersaansprakelijkheid ...", *l.c.*, *supra* noot 35, kol. 2143. Een uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel paste deze stelling toe op een waardeloos onroerend goed dat op het ogenblik van de oprichting een belangrijke potentiële waarde had: Brussel, 13 maart 1984, *T.B.H.* 1987, 331, met noot.

¹³¹ M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 248.

¹³² Cass. 18 juni 1992, *T.R.V.* 1993, 234, noot GILLIAMS; Kh. Gent 25 februari 1994, *T.B.H.* 1995, 50.



43. Het minimum maatschappelijk kapitaal voor een BVBA en CVBA bedraagt 18.600 α ¹³³ en voor de NV 62.000 α ¹³⁴. Dit bedrag moet van bij de oprichting volledig geplaatst, dit is rechtsgeldig onderschreven, zijn en in de NV geheel gestort. In de BVBA en CVBA moet het bedrag van het kapitaal gestort zijn ten belope van ten minste 6.200 α ¹³⁵.

In de regel zal het maatschappelijk kapitaal, bij ontstentenis van ongeldige inschrijvingen, steeds volledig geplaatst zijn¹³⁶. Zo moeten, in geval van rechtstreekse oprichting, alle vennoten op de oprichtersvergadering aanwezig of vertegenwoordigd zijn, zodat kan worden nagegaan of al hun inschrijvingen gezamenlijk het integrale kapitaal vertegenwoordigen. De oprichtingsakte dient immers uitsluitend te geven omtrent het maatschappelijk kapitaal, het gestorte bedrag en de samenstelling van het maatschappelijk kapitaal¹³⁷. Aangezien het de notaris is die deze inlichtingen dient te controleren voordat hij de authentieke akte van oprichting verlijdt, zal aan deze voorwaarde vrijwel steeds formeel voldaan zijn¹³⁸. Op materieel vlak zal voornamelijk de geldigheid van de inbrengverbintenis, zoals hierboven besproken, een rol spelen. Wordt de inbreng afhankelijk gesteld van enige opschortende of ontbindende voorwaarde, dan heeft dit geen invloed op de geldigheid van de inbreng aangezien die voorwaarde voor niet-geschreven zal worden gehouden¹³⁹. Sedert de Wet van 2 augustus 2002 bepalen de artikelen 441 (NV), 216 (BVBA) en 393 (CVBA) thans uitdrukkelijk dat de inbreng, niettegenstaande elke andersluidende bepaling, onvoorwaardelijk is.¹⁴⁰

44. Mocht het vereiste minimumkapitaal desondanks niet volledig geplaatst zijn, dan zijn de oprichters gehouden tot werkelijke plaatsing van het gedeelte van het kapitaal en worden ze hiervoor als inschrijvers aangemerkt. Op de inschrijvers weegt dan ook de volstortingsplicht.¹⁴¹

(3) De volstorting van het geplaatste kapitaal

45. Van voorgaande hypothese te onderscheiden is de situatie waarbij het (minimum) kapitaal volledig geldig is geplaatst, doch door de inschrijvers niet is voldaan aan de minimale volstortingsplicht van de aandelen. In de NV en CVBA moet op ieder aandeel dat overeenstemt met een inbreng in geld en op ieder aandeel dat geheel of ten dele overeenstemt met een inbreng in natura, een vierde worden gestort. De aandelen die een inbreng in natura vertegenwoordigen moeten binnen een termijn van vijf jaar na de oprichting worden

¹³³ Art. 214 W. Venn. (BVBA) en art. 390 W. Venn. (CVBA). In de CVBA slaat het minimumkapitaal op het vaste gedeelte van het kapitaal. Zie J. VAN BAEL, "De coöperatieve vennootschap andermaal hervormd", *o.c.*, *supra* noot 2, 365- 366.

¹³⁴ Artikelen 214, 390 en 439 W. Venn.

¹³⁵ Artikelen 223 (BVBA) en 397 (CVBA) W. Venn.

¹³⁶ M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 188, merkt terecht op dat een NV die opgericht wordt met precies het minimumkapitaal, onder de toepassing van artikel 634 W. Venn. dreigt te vallen omwille van de oprichtingskosten die op het netto- actief moeten worden aangerekend, zodat elke belanghebbende haar ontbinding kan vorderen.

¹³⁷ Artikel 69 W. Venn.

¹³⁸ M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 209.

¹³⁹ Artikel 52 W. Venn. W. bepaalde dit vroeger uitdrukkelijk voor de NV maar er werd aangenomen dat deze bepaling een algemene strekking had en tevens van toepassing was op de BVBA. Zie M. COIPEL, *o.c.*, *supra* noot 110, 96; M. WYCKAERT, "Volstortingsplicht en oprichtersaansprakelijkheid: hemelsbreed verschillende verplichtingen", noot onder Antwerpen 14 april 1992, *T.R.V.* 1992, 324. Het Wetboek van Vennootschappen hernam deze bepaling evenwel niet meer, en dus ook niet voor de NV. De wet van 2 augustus 2002 heeft het onvoorwaardelijk karakter van de inbreng in een NV, BVBA en CVBA expliciet opgenomen in het Wetboek van Vennootschappen.

¹⁴⁰ Wet van 2 augustus 2002, *B.S.* 22 augustus 2002.

¹⁴¹ Artikel 229, 2° (BVBA), 405, 2° (CVBA) en 456, 2° (NV) W. Venn.



volgestort¹⁴². In de BVBA moet op ieder aandeel waarop in geld is ingeschreven ten minste één vijfde gestort zijn en moeten de aandelen die inbrengen in natura vertegenwoordigen volledig zijn volgestort vanaf de oprichting¹⁴³. De uitvoering van deze verbintenis moet vermeld staan in de authentieke vennootschapsakte¹⁴⁴.

46. De oprichters zijn aansprakelijk voor het verschil tussen het op elk aandeel effectief bij de oprichting gestorte bedrag en de verplichte minimumstorting¹⁴⁵. Deze aansprakelijkheid heeft evenwel niet tot gevolg dat de oprichters als inschrijvers op de betrokken aandelen, worden aangemerkt; de regel is te ontlede als een zuivere garantie. De oprichters die de storting hebben verwezenlijkt, zullen verhaal kunnen nemen op de inschrijvers, die immers niet van hun volstortingsplicht zijn ontheven. De oprichters zijn niet de hoofdschuldnaars, zodat zij het betaalde bedrag kunnen terugvorderen van de inschrijver¹⁴⁶.

In de praktijk zal deze aansprakelijkheidsgrond voornamelijk ingeroepen worden voor inbrengen in natura¹⁴⁷. Immers, de storting van inbrengen in geld moet steeds gebeuren op een bijzondere rekening geopend bij een kredietinstelling of bij De Post. Het bewijs van deponering hiervan moet aan de akte gehecht worden zodat de notaris de naleving van deze verplichting kan controleren voordat hij de oprichtingsakte verlijdt¹⁴⁸. Indien hieraan niet is voldaan, kan de notaris aansprakelijk worden gesteld¹⁴⁹.

47. Zoals hierboven beschreven, zijn de vennoten in de regel niet verplicht om boven de wettelijke minima het door hen aan de vennootschap toegezegde kapitaal onmiddellijk te storten. De statuten kunnen de verdere stortingsmodaliteiten bepalen, bij gebreke waarvan de storting gebeurt op vraag van de raad van bestuur of de zaakvoerder¹⁵⁰. De oprichters treft ter zake van deze volstortingsplicht geen enkele aansprakelijkheid. Bijgevolg staan de oprichters niet in voor de solvabiliteit van de inschrijver die aan de minimum stortingsplicht heeft voldaan en in gebreke blijft betreffende het saldo van de inbrengverbintenis. De vennootschap, derden of de curator zullen zich tot de inschrijver moeten wenden om de volledige volstorting van de aandelen te bekomen¹⁵¹.

(4). De inschrijving door de vennootschap of haar dochtervennootschap op haar eigen aandelen

48. Teneinde fictieve kapitaalcreatie tegen te gaan, is het in de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid niet toegestaan dat op diens aandelen (of op certificaten ter vertegenwoordiging ervan) wordt ingeschreven door de vennootschap zelf of door een dochtervennootschap¹⁵². Het verbod treft eveneens elke persoon die handelt in eigen naam

¹⁴² Artikel 448 (NV), 398 (BVBA) en 400 (CVBA) W. Venn.

¹⁴³ Artikel 223 W. Venn.

¹⁴⁴ Artikel 69, 5° W. Venn.

¹⁴⁵ Artikelen 229, 2°, 405, 2° en 456, 2° W. Venn.

¹⁴⁶ C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 288.

¹⁴⁷ O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 39.

¹⁴⁸ Artikel 449, lid 1, in fine W. Venn.

¹⁴⁹ Rb. Charleroi 26 januari 1996, *Rev. not. b.* 1997, 613. *Contra*: C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, 288.

¹⁵⁰ J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschappenrecht*, Leuven, Acco, 1975, 307; C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *o.c.*, *supra* noot 1, II, 34; M. COIPEL, *o.c.*, *supra* noot 110, 100.

¹⁵¹ Zie Antwerpen 14 april 1992, *T.R.V.* 1992, 322, met noot. Vennootschapsschuldeisers kunnen hiertoe de zijdelingse vordering aanwenden: zie art. 199, lid 3 W. Venn.

¹⁵² Voor de omschrijving van “dochtervennootschap”, zie art. 5 e.v. W. Venn.



maar voor rekening van de vennootschap of dochtervennootschap.¹⁵³ Bij de CVBA geldt het verbod volgens de tekst van art. 354 W. Venn. enkel voor de inschrijving op het vaste gedeelte van het kapitaal.¹⁵⁴ De miskennis van het verbod heeft niet de ongeldigheid van de inschrijving tot gevolg: enkel de rechten verbonden aan de aandelen (of certificaten) waarop in strijd met voornoemd verbod is ingeschreven, worden geschorst, zolang de aandelen (of certificaten) niet zijn vervreemd.¹⁵⁵

49. De fictieve kapitaalvorming wordt opgevangen door de oprichtersaansprakelijkheid: de oprichters zijn aansprakelijk tot volstorting van de aandelen waarop rechtstreeks of middels certificaten is ingeschreven in strijd met voornoemd verbod.¹⁵⁶ Voor de NV is de kring van aansprakelijken schijnbaar ruimer: de verplichting tot volstorting rust, luidens art. 457 W. Venn. op de personen door of namens wie de oprichtingsakte of, in geval van oprichting door inschrijving, de ontwerp-oprichtingsakte is ondertekend.¹⁵⁷ Het verschil met de BVBA en de CVBA is te verklaren door de mogelijkheid tot uitsluiting van hoedanigheid van oprichter in de NV (supra, nr. 15.). Art. 457 W. Venn. heeft tot gevolg dat ook de “loutere inschrijver”, in de zin van art. 450 lid 2 W. Venn., aansprakelijkheid draagt voor de miskennis van het verbod van inschrijving op eigen aandelen door deze vennootschap of door een dochtervennootschap.¹⁵⁸

50. Op het eerste gezicht lijkt deze aansprakelijkheidsgrond bij de oprichting slechts beperkt relevant. Immers, het is moeilijk zich voor te stellen hoe een vennootschap die nog niet is opgericht, reeds inschrijft op haar eigen aandelen, die nog moeten worden uitgegeven. Op een rechtstreekse wijze lijkt dit moeilijk denkbaar. De voorbereidende werkzaamheden bij de wet van 18 juli 1991 vermelden de situatie waarin een oprichter inschrijft in naam van de vennootschap in oprichting, die deze inschrijving naderhand bekrachtigt¹⁵⁹. Ook het verbod tot inschrijving op aandelen door een dochtervennootschap bij de oprichting van een vennootschap komt op het eerste zicht bevreemdend over, nu de “moedervernootschap” nog niet bestaat en bijgevolg de inschrijver bezwaarlijk als “dochtervennootschap” moet worden beschouwd. Aan te nemen is dat de “dochtervennootschap” moet worden beschouwd als deze die als gevolg van de oprichting van de (moeder)vennootschap een dochtervennootschap in de zin van artikel 5 W. Venn. wordt. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn als de meerderheidsaandeelhouders van de “dochtervennootschap” een nieuwe vennootschap oprichten met inbreng in natura van hun aandelen. Het is de “dochtervennootschap” waarvan

¹⁵³ Voor de BVBA: art. 217, lid 1 W. Venn.; voor de NV: art. 442, § 1 W. Venn.

¹⁵⁴ Voor de CVBA is het verbod van inschrijving op eigen aandelen beperkt tot het vast gedeelte van het kapitaal. Artikel 405, 4° j° 354 W. Venn. De rechtsleer neemt evenwel aan dat dit verbod zich ook uitstrekt tot het veranderlijk gedeelte. Zie A. VAN HULLE en K. VAN HULLE, *o.c.*, supra noot 67, 199.

¹⁵⁵ Voor de BVBA: art. 217, lid 3 W. Venn.; voor de CVBA: art. 354, lid 3 W. Venn.; voor de NV: art. 442, § 1, lid 3 W. Venn.

¹⁵⁶ Voor de BVBA: art. 229, 3° W. Venn.; voor de CVBA: art. 405, 4° W. Venn.

¹⁵⁷ Dit is het gevolg van artikel 18, derde lid, van de Tweede EEG-Richtlijn.

¹⁵⁸ H. BRAECKMANS, “De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991”, *R.W.* 1991-92, 1002, voetnoot 6; J. 'T KINT, *Les modifications apportées au droit des Sociétés Anonymes par la loi du 5 décembre 1984 (et par la loi du 21 février 1985)*, Brussel, Larcier, 1985, 21- 22; M. MASSAGÉ, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes*, Brussel, Swinnen, 1985, 36.

¹⁵⁹ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Senaat, 1990- 91, nr. 1107/1, 37. Bepaalde rechtsleer stelt evenwel dat een dergelijke operatie uitgevoerd in het kader van artikel 60 W. Venn. niet mogelijk is omdat deze inbreng fictief is en zodus ongeldig. Zie H. BRAECKMANS, “De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991”, *R.W.* 1991-92, 1002-1003; M. MASSAGÉ, *o.c.*, supra noot 158, 35. De kwalificatie als fictieve inbreng heeft tot gevolg dat de inbrengverbintenis ongeldig is en dat de oprichters van rechtswege als inschrijvers worden beschouwd (artikel 456, 1° W. Venn.). Aangezien de wetgever enkel de schorsing van de rechten verbonden aan de aandelen waarop is ingeschreven in strijd met het verbod en de aansprakelijkheid van de oprichters beperkte tot de volstorting van deze aandelen, is deze interpretatie in strijd met de wil van de wetgever.



de aandelen worden ingebracht dan verboden om zelf of door interpositie van tussenpersonen in te schrijven op het kapitaal van de op te richten “moedervennootschap”.

51. Wanneer de vennootschap op haar eigen aandelen inschrijft, leidt dit, zoals vermeld, niet tot de nietigheid van de inschrijving. De inschrijvende vennootschap is dus titularis van de aandelen, zodat zij beslist over de overdracht ervan. De stem- en vermogensrechten verbonden aan deze aandelen worden evenwel geschorst¹⁶⁰. De ondertekenaars-oprichters vervullen hier terug hun taak als garanten voor de werkelijke vorming van het maatschappelijk kapitaal, met dit verschil dat zij het volledige bedrag van de inschrijving garanderen¹⁶¹. Deze garantie kan worden ingeroepen door elke belanghebbende, met inbegrip van de opgerichte vennootschap en haar schuldeisers, en dekt de verplichtingen van de inschrijvende vennootschap in zoverre deze laatste de betrokken aandelen in haar bezit heeft. De oprichtersaansprakelijkheid geldt ook bij (gedeeltelijke) volstorting van de aandelen door de (dochter)vennootschap. Immers, enkel de externe financiering van de inschrijving op de aandelen is van aard om de fictieve kapitaalvorming te neutraliseren. Elke schuldeiser alsmede de curator bij faillissement kan dus van de oprichters de volstorting vorderen van de gehele hoofdsom waarop in strijd met artikel 217, 354 en 442 W. Venn. is ingeschreven. Deze inschrijving was immers ongeoorloofd, zodat de gebeurlijke storting op de aandelen niet als een bevrijdende betaling kan worden aanzien. De dochtervennootschap kan het gebeurlijk gestorte bedrag steeds terugvorderen¹⁶². Er anders over oordelen, en de oprichtersaansprakelijkheid een einde doen nemen ingeval de inschrijvende vennootschap de aandelen heeft volgestort, zou de fictieve kapitaalvorming niet voorkomen maar bestendigen.

52. De garantieverbintenis waartoe de oprichters zijn gehouden, betekent niet dat ze de finale last van de volstortingsplicht moeten dragen. De oprichters kunnen regres nemen op de inschrijvende (dochter)vennootschap, aan wie de ongeoorloofde inschrijving imputeerbaar is. Zolang de aandelen in het bezit blijven van de inschrijvende vennootschap wordt het regresrecht van de oprichters evenwel opgeschort. Zoniet zou er terug sprake zijn van fictieve kapitaalvorming. Het is pas op het ogenblik dat de aandelen worden vervreemd en de eraan verbonden rechten herleven, dat ook het regresrecht van de oprichters ten opzichte van de inschrijvende vennootschap herleeft. Dit regres kan worden uitgevoerd ten belope van de verkoopprijs van de door de oprichters volgestorte aandelen, begrensd tot de inschrijvingsprijs¹⁶³. Indien de aandelen zijn volgestort door de inschrijvende vennootschap en naderhand vervreemd voor een lagere prijs dan de inschrijvingsprijs, dragen de oprichters bijgevolg het verlies ten belope van het verschil tussen de inschrijvingsprijs en de verkoopprijs¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Artikel 217, lid 3, 254, lid 3 en 442, lid 3 W. Venn.

¹⁶¹ E. WYMEERSCH, “Inleiding, Algemene begrippen, Kapitaalvorming” in E. WYMEERSCH en H. BRAECKMANS (eds.), *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, Antwerpen, Maklu, 1992, 107. De wetgever heeft de door de Tweede Richtlijn geboden mogelijkheid om de oprichters het tegenbewijs te laten leveren betreffende de aanwezigheid van enige fout, niet weerhouden, zodat hier terug van een zuivere garantieregeling kan worden gesproken. Zie Verslag Verhaegen, *Parl. St. Kamer*, 1981-82, nr. 210/9, 36.

¹⁶² E. WYMEERSCH, “Inleiding, Algemene begrippen, Kapitaalvorming” *o.c.*, *supra* noot 161, 107- 108.

¹⁶³ Indien men aanvaardt dat het regres zich uitstrekt tot de volledige inschrijvingsprijs, wordt er opnieuw fictief kapitaal gecreëerd ten belope van het verschil tussen de inschrijvingsprijs en de verkoopprijs, in de hypothese dat deze laatste lager is. Immers, het kapitaal vertegenwoordigt dan niet langer de activa die de vennootschap ervoor in de plaats heeft gekregen. Dit risico op fictieve kapitaalvorming wordt gedragen door de oprichters, zodat hun regres beperkt is tot de verkoopprijs. Ligt de verkoopprijs boven de inschrijvingsprijs, dan komt deze meerwaarde toe aan de inschrijvende vennootschap.

¹⁶⁴ Immers, de inschrijvende dochtervennootschap kan steeds het volgestorte bedrag van de vennootschap terugvorderen. De vennootschap kan de oprichters voor de volstorting als garanten aanspreken. Na de vervreemding van de aandelen door de dochtervennootschap herleeft het regres van de oprichters op de verkoopprijs. De oprichters zijn dus steeds gehouden tot het negatieve verschil tussen de verkoopprijs van de aandelen en het bedrag van de volstorting waarvoor ze garant stonden.

53. De vraag rijst of de garantieplicht van de oprichters eindigt bij de vervreemding van de aandelen door de (dochter)vennootschap aan een derde. Deze vraag vertoont voornamelijk relevantie in de hypothese dat de aandelen nog niet (volledig) waren volgestort op het ogenblik van de overdracht. Aan te nemen is dat de oprichters niet moeten instaan voor de volstorting van de aandelen door de overnemer, en bijgevolg niet voor diens solvabiliteit moet instaan. Indien de oprichters evenwel de overdracht van de niet-volgestorte aandelen aan een insolvable derde hebben bewerkstelligd met de bedoeling zelf te ontsnappen aan de oprichtersaansprakelijkheid, is gebeurlijk sprake van pauliaans bedrog.¹⁶⁵ Voorts zullen de oprichters wel nog een garantieverbintenis hebben in de mate op de overdrager nog een volstortingsplicht rustte. Een verder onderscheid dringt zich hierbij op naargelang het vennootschapstype. In de NV leidt de overdracht van niet-volgestorte aandelen in het algemeen op grond van artikel 507 W. Venn. tot bevrijding van de overdrager — en bijgevolg ook van de oprichters — voor de volstorting, tenzij de volstortingsverbintenis opeisbaar was geworden voor de openbaarmaking, conform artikel 506 W. Venn., van de overdracht. , In dit laatste geval blijven ook de oprichters als garanten tot de opeisbare storting gehouden, en kunnen ze, en kunnen naderhand verhaal nemen op de overnemer. In de BVBA en CVBA blijft de overdrager van de niet- volgestorte aandelen, in casu de (dochter)vennootschap, bij ontstentenis van specifieke wettelijke bepaling samen met de overnemer op grond van het gemeen recht ten aanzien van derden gehouden tot de volstortingsverbintenis.¹⁶⁶ De oprichters blijven bijgevolg als garant instaan voor de volstortingsverbintenis waartoe in beginsel ook de (dochter)vennootschap is gehouden. De oprichters die de de storting hebben verricht, kunnen naderhand verhaal nemen op de overnemers.

54. Wanneer een stroman in eigen naam maar voor rekening van de (dochter)vennootschap een inbreng doet, zal hij geacht worden te hebben gehandeld voor eigen rekening¹⁶⁷. De stroman wordt titularis van de aandelen en beslist omtrent hun overdracht¹⁶⁸. De rechten verbonden aan zijn aandelen worden niet geschorst¹⁶⁹. De oprichters blijven evenwel aansprakelijk tot volstorting, hetgeen belangrijk is in geval van insolvabiliteit van de stroman¹⁷⁰.

(5). *De kennelijke overwaarding van inbrengen in natura*

55. Een inbreng in een vennootschap kan twee vormen aannemen, inbreng in geld of inbreng in natura. Aangezien een inbreng in geld enkel kan gebeuren door middel van een storting op een bijzondere bankrekening, behoeft deze inbreng geen waardering. Bij een inbreng in natura is dit wel noodzakelijk. Immers, de waarde van het ingebrachte goed bepaalt het aantal aandelen, en de hieraan verbonden rechten, dat de inbrenger als tegenprestatie krijgt. Hierdoor bestaat er een wezenlijk gevaar dat bepaalde inbrengen in natura worden overgewaardeerd en

¹⁶⁵ Vgl. evenwel E. WYMEERSCH, “Inleiding, Algemene begrippen, Kapitaalvorming” *o.c.*, *supra* noot 161, 108, die de oprichters aansprakelijk acht voor hetgeen inmiddels niet door de derde werd gestort.

¹⁶⁶ Zie Antwerpen 31 januari 2002, *T.B.H.* 2002, 725, waarin de analogische toepassing van art. 507 W. Venn. op de BVBA wordt afgewezen.

¹⁶⁷ Artikel 217, lid 2, 354, lid 2 en 442, lid 2 W. Venn. In tegenstelling tot de rechtstreekse inschrijving in het kader van de preconstitutieve handeling waar de oprichter handelt in naam van de vennootschap, handelt de oprichter in dit geval in eigen naam.

¹⁶⁸ E. WYMEERSCH, “Inleiding, Algemene begrippen, Kapitaalvorming” *o.c.*, *supra* noot 161, 109.

¹⁶⁹ Artikel 217, lid 3, 354, lid 3 en 442, lid 3 verwijzen immers enkel naar lid 1 en niet naar lid 2 van de desbetreffende bepalingen, dat de situatie van de stroman regelt.

¹⁷⁰ K. GEENS, “Verwerving van eigen aandelen en personeelsaandelen” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *NV en BVBA na de Wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, 34; M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 261.



dat de schuldeisers van de vennootschap en andere aandeelhouders worden misleid over het vermogen van de vennootschap.

Teneinde misbruiken bij de waardering van inbrengen in activa te vermijden, heeft de wetgever de subjectieve beoordeling van de inbrengers – die steeds de hoedanigheid van oprichter zullen hebben – (zie hoger nr. 3) onderworpen aan een controle door een bedrijfsrevisor. Overeenkomstig de artikelen 219 (BVBA), 395 (CVBA) en 444 (NV) W. Venn. moet de bedrijfsrevisor drie onderdelen van de waardering beoordelen, namelijk de beschrijving van het goed, de door de oprichters gebruikte waarderingmethoden en de uiteindelijke vergoeding die de inbrenger ontvangt. De uiteindelijke beslissing betreffende de vergoeding van de inbreng in natura komt evenwel toe aan de oprichters. Zij zullen echter in een bijzonder verslag moeten aangeven waarom de inbreng in natura van belang is voor de vennootschap en eventueel waarom er wordt afgeweken van de conclusies van het verslag van de bedrijfsrevisor¹⁷¹. De oprichters beslissen dus vrij omtrent de vergoeding die aan de inbrenger wordt verleend maar wanneer er sprake is van een kennelijke overwaardering zullen zij, overeenkomstig de artikelen 229, 4° (BVBA), 405, 3° (CVBA) en 456, 3° (NV) W. Venn., aansprakelijk zijn voor alle schade die hiervan het rechtstreekse en onmiddellijke gevolg is.

56. De aansprakelijkheid van de oprichters komt dus in het gedrang wanneer zij een beoordelingsfout hebben gemaakt. De vereiste “kennelijke” overwaardering¹⁷² impliceert immers dat overwaardering mogelijk blijft zolang de oprichters geen fout begaan bij de beoordeling ervan, dit is zolang de overwaardering binnen de grenzen blijft waarbinnen verschillende redelijke opvattingen mogelijk zijn¹⁷³. Deze aansprakelijkheidsgrond vindt haar grondslag dus niet in een garantieverbintenis maar in een onrechtmatige daad, van de oprichters. Belangrijk hierbij is dat de oprichters niet instaan voor de overwaardering zelf maar enkel voor de schade die een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg is van de kennelijke overwaardering. De causaliteit tussen fout en schade is volgens de equivalentietheorie te beoordelen. Deze bewijslast en de door de wet ingevoerde procedure zouden de oorzaak zijn van de zo goed als onbestaande rechtspraak¹⁷⁴.

57. De inbreng in natura vereist de toepassing van de door de wet voorziene procedure en de tussenkomst van een bedrijfsrevisor en een notaris. Ook zij kunnen aansprakelijk gesteld worden voor de door hen gemaakte fouten. Zo kan de revisor die akkoord gaat met een manifeste overwaardering tot vrijwaring gehouden zijn ten aanzien van de oprichters¹⁷⁵ en op grond van artikel 1382 B.W. aansprakelijk zijn ten opzichte van andere belanghebbenden¹⁷⁶. Ook de notaris moet toezien op de naleving van de procedure en hij is verantwoordelijk voor de formele rechtsgeldigheid van de verrichting. Aldus zal hij er zich van dienen te onthouden een akte te verlijden wanneer de verificatieprocedure niet werd nageleefd¹⁷⁷. De notaris zal echter niet aansprakelijk zijn voor de bedrijfseconomische waardering van de inbreng, zelfs

¹⁷¹ Omtrent de te volgen procedure: zie G. BATS, F. DE CLIPPEL en H. VANDAMME, *Inbreng in natura en quasi-inbreng: vennootschapsrechtelijke, bedrijfseconomische, fiscale en boekhoudkundige analyse*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 364 p.

¹⁷² Omtrent het begrip “kennelijk”: J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *T.P.R.* 1977, 207 ev.

¹⁷³ J. RONSE, “Overzicht van Rechtspraak: Vennootschappen (1968- 1977)”, *T.P.R.* 1978, 800 –801.

¹⁷⁴ M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 300.

¹⁷⁵ B. VANBRUYSTEGEM, *De vennootschappenwet '84*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 24.

¹⁷⁶ Vgl. B. VANBRUYSTEGEM, *o.c.*, *supra* noot 175, 24. De bedrijfsrevisor is, gezien zijn onafhankelijkheid, niet als een louter uitvoeringsagent van de oprichters te beschouwen, zodat de theorie van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent hier geen toepassing vindt.

¹⁷⁷ Verslag VERHAEGEN, *Parl. St. Kamer*, 1981-82, nr. 210/9, 10 en 23. Zie evenwel een geval waarin werd geoordeeld dat de notaris niet te kort was gekomen aan zijn professionele aansprakelijkheid door de akte te verlijden zonder het vereiste verslag van de bedrijfsrevisor: Kh. Tongeren 17 maart 1975, *R.P.S.* 1978, 65.



tenzij deze van zodanige aard is dat ze iedere redelijke en normaal zorgvuldige notaris had moet opvallen¹⁷⁸.

(6). De benaming van de vennootschap

58. Overeenkomstig artikel 229, 4° *in fine* W. Venn zijn de oprichters van een BVBA tegenover elke belanghebbende gehouden tot betaling van de schadevergoeding bedoeld in artikel 65 W. Venn. Overeenkomstig artikel 65 W. Venn. moet elke vennootschap een naam voeren die verschillend is van die van een andere vennootschap. Indien de naam gelijk is aan een andere of er zozeer op lijkt dat er verwarring kan ontstaan, kan iedere belanghebbende hem doen wijzigen en, indien daartoe grond bestaat, schadevergoeding eisen. Niettegenstaande enig daarmee strijdig beding, zijn de oprichters of, bij latere naamswijziging, de leden van het bestuursorgaan hoofdelijk gehouden jegens de belanghebbenden tot betaling van de schadevergoeding zoals hierboven vermeld (art. 65, lid 3 W. Venn.). Artikel 229, 4° W. Venn. voegt aldus niets toe aan artikel 65 W. Venn.¹⁷⁹. De aansprakelijkheid voor de benaming van de vennootschap is dus niet beperkt tot de BVBA maar geldt ook voor de NV en CVBA.

59. De maatschappelijke benaming moet worden onderscheiden van de handelsnaam. Deze laatste wordt beschermd door de Wet Handelspraktijken (W.H.P.C.)¹⁸⁰, de eerste door het Wetboek van Vennootschappen. Een combinatie van beide beschermingen is mogelijk. Indien de maatschappelijke benaming zo sterk gelijk op die van een andere vennootschap, heeft de eerste gebruiker het recht de naamswijziging te vorderen¹⁸¹. De vraag of er verwarring bestaat tussen twee of meerdere benamingen wordt *in abstracto* beoordeeld¹⁸². Bij de beoordeling wordt dus enkel rekening gehouden met de maatschappelijke benaming zelf en niet met het feit of de vennootschappen concurrenten zijn of binnen eenzelfde regio opereren. Deze elementen spelen wel een rol bij de beoordeling van een stakingsvordering op grond van de W.H.P.C. Wanneer de rechter vaststelt dat er sprake is van verwarring, wordt aan het stakingsbevel in de regel een dwangsom opgelegd, maar valt het toekennen van een schadevergoeding buiten de bevoegdheid van de stakingsrechter¹⁸³. De eisende vennootschap dient wel tijdig te ageren zonet loopt zij het risico haar eis als ongegrond te zien afwijzen¹⁸⁴.

(7). De éénpersoons-BVBA

¹⁷⁸ Ph. COLLE, *l.c.*, *supra* noot 72, 953.

¹⁷⁹ Onder de gecoördineerde wetgeving op de handelsvennootschappen was deze situatie evenwel anders. Immers, de artikelen 28 en 117 Venn. W. hielden geen exacte aanduiding in van de schadeplichtigen. Over het algemeen werd aangenomen dat het de vennootschap zelf was die hiervoor instond. In de BVBA stonden de oprichters wel garant voor deze verbintenis op grond van artikel 123, 4°, *in fine*, Venn. W. Onder het Wetboek Vennootschappen staan alle oprichters van alle vennootschapstypes persoonlijk in voor de betaling van de schadevergoeding. Aan te nemen is dat deze schadeplicht niet kan verhaald worden op de vennootschap.

¹⁸⁰ Meer bepaald artikel 23 en 93 W.H.P.C.

¹⁸¹ Brussel 19 oktober 1993, *R.W.* 1993-94, 884.

¹⁸² Brussel 19 oktober 1993, *R.W.* 1993-94, 884; Luik 6 november 1998, *J.L.M.B.* 1999, 519.

¹⁸³ Vgl. K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., "Overzicht van rechtspraak", *l.c.*, *supra* noot 4, 183.

¹⁸⁴ Kh. Brussel 25 april 1983, *R.P.S.* 1985, 60, noot P. KILESTE.



60. Sinds de wet van 14 juli 1987 bestaat de mogelijkheid om een BVBA op te richten met slechts één aandeelhouder, de éénpersoons-BVBA (EBVBA)¹⁸⁵. De oprichting van een EBVBA geeft aanleiding tot enkele specifieke gevallen van oprichtersaansprakelijkheid.

De wetgever heeft het voordeel van de beperkte aansprakelijkheid, die het gevolg is van de oprichting van een EBVBA, wensen voor te behouden aan natuurlijke personen. Rechtspersonen kunnen een rechtsgeldige EBVBA oprichten maar overeenkomstig artikel 213 W. Venn. is de oprichter-rechtspersoon, niettegenstaande enig hiermee strijdig beding, hoofdelijk aansprakelijk voor alle verbintenissen van de EBVBA, zolang de vennootschap als enige vennoot slechts de rechtspersoon telt die deze vennootschap alleen heeft opgericht¹⁸⁶. Deze aansprakelijkheid neemt een einde ofwel door de overdracht van één of meer aandelen aan een derde (natuurlijk persoon of rechtspersoon), ofwel door overdracht van alle aandelen aan een natuurlijk persoon, ofwel door de ontbinding van de vennootschap. Natuurlijke personen die een EBVBA oprichten, genieten wel de beperkte aansprakelijkheid, zolang het hun enige EBVBA betreft. Richt een natuurlijke persoon een tweede EBVBA op, dan zal hij geacht worden hoofdelijk borg te staan voor de verbintenissen van die tweede, en elke latere, EBVBA¹⁸⁷. Deze sanctieregeling is niet effectief want kan gemakkelijk worden ontweken door de EBVBA die men eerst heeft opgericht, mede-oprichter te maken van de nieuwe BVBA die men wenst op te richten¹⁸⁸.

(8). De aansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend aanvangskapitaal

(a) Algemeen

61. Het minimum maatschappelijk kapitaal wordt aanzien als de prijs die betaald moet worden om het voordeel van de beperkte aansprakelijkheid te genieten. In vele gevallen zal een vennootschap evenwel over meer middelen dienen te beschikken opdat zij haar statutair doel kan uitvoeren. De praktijk liet daarentegen blijken dat vennootschappen werden opgericht met een kapitaal dat manifest ontoereikend was voor de geplande bedrijfsuitoefening zodat met een beperkte investering grote risico's werden genomen, die niet dienden te worden gedragen als gevolg van de beperkte aansprakelijkheid. Teneinde dit te vermijden heeft de wetgever, in de crisiswet van 4 augustus 1978, de aansprakelijkheidsregeling ingevoerd, die de rechter toelaat het geheel of een deel van de schulden van de vennootschap te laten dragen door haar oprichters in geval van faillissement van de vennootschap binnen de drie jaar na haar oprichting indien blijkt dat het maatschappelijk kapitaal kennelijk ontoereikend was voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar. Het opstellen van een financieel plan

¹⁸⁵ Artikel 211 W. Venn.

¹⁸⁶ Hetzelfde geldt – na verloop van één jaar – wanneer een rechtspersoon titularis wordt van alle aandelen van een voorheen meerhoofdig opgerichte BVBA. Doch hier is de aansprakelijkheid omschreven in termen van “hoofdelijke borgtocht” (zie art. 213, lid 2 W. Venn.).

¹⁸⁷ Tenzij de aandelen zijn overgegaan door overlijden. Artikel 212 W. Venn. Hetzelfde geldt wanneer de natuurlijke persoon, die reeds een E.B.V.B.A. heeft opgericht, titularis wordt van alle aandelen van een meerhoofdig opgerichte B.V.B.A.

¹⁸⁸ H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH, “De eenpersoonsvennootschap ...” *o.c.*, *supra* noot 89, 16. Hiertoe mag de zaakvoerder/enige vennoot van de EBVBA evenwel niet overgaan tot inbreng van het geheel of van de meerderheid van zijn aandelen in de EBVBA in de op te richten BVBA aangezien de EBVBA dan zou inschrijven op de aandelen van haar (toekomstige) moedervernootschap, in strijd met artikel 217 W. Venn. (Zie hoger, nr. 50.)



moest de oprichters bewust maken van de risico's die de geplande activiteit met zich mee zou brengen en hen beschermen tegen de willekeur van een *a posteriori*-beoordeling¹⁸⁹.

62. De regeling is thans vervat in de artikelen 229, 5° (BVBA), 405, 5° (CVBA) en 456, 4° (NV) Venn.W.¹⁹⁰, De aansprakelijkheidsregeling is, in vergelijking met het gemeen recht, bijzonder gunstig voor de schuldeisers: ze vereist niet het bewijs van een fout of een causaal verband tussen de onderkapitalisatie en het door de schuldeisers geleden nadeel¹⁹¹.

63. Tijdens de faillissementsprocedure komt het in beginsel uitsluitend aan de curator toe om de aansprakelijkheidsvordering tegen de oprichters wegens kennelijk ontoereikend kapitaal in te stellen. Immers, aan te nemen valt dat de schade voortvloeiend uit de onderkapitalisatie, die een insufficiëntie van het passief tot gevolg heeft, gemeen is aan alle faillissementsschuldeisers. Conform de rechtspraak van het Hof van Cassatie sedert het UNAC-arrest¹⁹² moet het vorderingsrecht van de individuele schuldeisers bijgevolg wijken voor het faillissementsbewind van de curator.¹⁹³ Hoewel dit principe nooit uitdrukkelijk door het Hof van Cassatie in de hypothese van oprichtersaansprakelijkheid werd toegepast¹⁹⁴, erkent de lagere rechtspraak de (exclusieve) bevoegdheid van de curator om de vordering in te stellen¹⁹⁵. Uitzonderlijk zouden schuldeisers die aantonen specifieke individuele schade te hebben geleden, die verschilt van de door de curator vorderbare schade, individueel kunnen optreden tegen een oprichter¹⁹⁶.

64. Minder eenduidigheid bestaat er over het lot van de aansprakelijkheidsvordering na sluiting van het faillissement: sommige rechtspraak oordeelt dat de individuele schuldeisers enkel nog op grond van het gemeen recht de oprichters aansprakelijk kunnen stellen, hetgeen het bewijs van een toerekenbare fout en het causaal verband met de geleden schade vereist.¹⁹⁷ Andere rechtspraak laat de individuele schuldeisers toe tot de specifieke aansprakelijkheid van art. 229, 5° (BVBA), 405, 5° (CVBA) of 456, 4° (NV) W. Venn.¹⁹⁸. Op grond van de wettekst verdient deze laatste benadering de voorkeur: de specifieke vorderingsgrond wordt

¹⁸⁹ J. WINDEY, "Incidence du concordat et de la faillite sur la responsabilité des administrateurs et des fondateurs", *T.B.H.* 2001, 320.

¹⁹⁰ Vgl. Kh. Gent 23 maart 1990, *T.B.H.* 1991, 59.

¹⁹¹ Kh. Antwerpen 12 januari 1983, *T.B.H.* 1984, 47; Bergen 26 maart 1998, *J.T.* 1998, 577; K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., "Overzicht van rechtspraak", *l.c.*, *supra* noot 4, 249-250; J. RONSE, J.M. NELISSEN-GRADE en K. VAN HULLE, *o.c.*, *supra* noot 62, 987-988.

¹⁹² Cass. 12 februari 1981, *B.R.H.* 1981, 154.

¹⁹³ Er zij in dit verband opgemerkt dat de Wet van 4 september 2002 (zogenoeten 'reparatiewet faillissementen') voor de vordering tegen bestuurders wegens 'kennelijk grove fout' het monopolie van de curator ter zake van het vorderingsrecht heeft doorbroken, en thans ook individuele schuldeisers tot de vordering toelaat. De regeling is ingegeven door de vaststelling dat curators vaak terughoudend zijn om deze vordering in te stellen. Het is evenwel merkwaardig dat de wetgever deze gedachte niet heeft doorgetrokken naar de aansprakelijkheidsvordering tegen de oprichters voor onderkapitalisatie.

¹⁹⁴ Sommige auteurs lezen in het Cassatiearrest van 7 maart 1986 een toepassing van de UNAC-regel in de materie van oprichtersaansprakelijkheid. Dit is hooguit impliciet het geval: niet het vorderingsrecht van de curator stond ter discussie in de cassatievoorziening, maar enkel de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel om kennis te nemen van de vordering ingesteld door de curator: Cass. 7 maart 1986, *J.T.* 1987, 43, *R.W.* 1985-86, 2706, *Arr. Cass.* 1985-86, 948.

¹⁹⁵ Kh. Brugge 12 maart 1981, *T.B.H.* 1981, 604; Luik 22 maart 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1485; Antwerpen 18 december 2000, *R.W.* 2001-02, 1364.

¹⁹⁶ Kh. Charleroi 2 september 1998, *J.L.M.B.* 1999, 987 (de vordering werd evenwel onontvankelijk verklaard). A. ZENNER, *Dépistage, Faillites & Concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 819; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 1998, 305-306. In de rechtspraak is slechts enkele malen het bestaan van individuele schade bewezen geacht. Zie o.a. Kh. Luik 2 juni 1983, *T.B.H.* 1984, 70, met noot P.A. FORIERS; Gent 13 januari 1995, *T.B.H.* 1997, 179. In het kader van een onderkapitalisatie zou als individuele schade kunnen worden aangemerkt de schade die voortvloeit uit de slechts gedeeltelijke betaling van een in de preconstitutieve fase toegestane lening, terwijl de oprichters een hoger maatschappelijk kapitaal hadden vooropgesteld dan in werkelijkheid het geval.

¹⁹⁷ Luik 11 mei 1997, *R.R.D.* 1997, 443.

¹⁹⁸ Kh. Brussel 14 februari 1983, *R.P.S.* 1983, 326.



louter afhankelijk gemaakt van het intreden van een faillissement. Hierbij is dus irrelevant of de faillissementsprocedure al dan niet is afgesloten. Er anders over oordelen doet afbreuk aan de schuldeisersbescherming die aan de aansprakelijkheidsregeling ten grondslag ligt. Dit zal voornamelijk van belang zijn wanneer het faillissement vervroegd wordt afgesloten wegens ontoereikend actief: wanneer de curator het niet opportuun heeft geacht om de aansprakelijkheidsvordering tegen de oprichters in te stellen, of van oordeel is dat de opbrengst ervan niet voldoende zou zijn om de kosten van beheer en vereffening van het faillissement te dekken, zouden de schuldeisers na afsluiting van het faillissement een zwaardere bewijslast dragen op grond van het gemeen recht.

65. De aansprakelijkheidsvordering ingesteld tegen de oprichters op grond van de bijzondere grond vervat in het Wetboek van Vennootschappen valt onder de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel. Vaststaande rechtspraak aanvaardt dat de vordering rechtstreeks uit het faillissement voortvloeit, en dat de elementen van oplossing van het geschil vervat liggen in de bijzondere regelen van het faillissementsrecht, zodat de Rechtbank van koophandel bevoegd is op grond van art. 574, 2° Ger. W.¹⁹⁹. Dezelfde oplossing dringt zich redelijkerwijze op wanneer, na (vervroegde) afsluiting van het faillissement, individuele schuldeisers de bijzondere aansprakelijkheidsgrond aanwenden tegen de oprichters.

(b) Het financieel plan

66. De vraag wanneer het kapitaal kennelijk ontoereikend is, is een feitenkwestie waarover de rechter ten gronde op onaantastbare wijze oordeelt. Bij deze beoordeling moet de rechter zich plaatsen op het moment van de oprichting²⁰⁰. Hij dient rekening te houden met hetgeen de oprichters op het ogenblik van de oprichting wisten of redelijkerwijze behoorden te weten. Wanneer dus komt vast te staan dat het faillissement werd veroorzaakt door externe omstandigheden die niet voorzienbaar waren op het moment van de oprichting, zal dit normaal gezien leiden tot de vaststelling dat het kapitaal niet kennelijk ontoereikend was²⁰¹. Het financieel plan speelt hierin een belangrijke rol omdat het opgemaakt is *in tempore non suspecto* en het bewijs kan leveren dat de oprichters wel degelijk grondig nagedacht hebben omtrent de financiering van de vennootschap.

67. Overeenkomstig de artikelen 215 (BVBA), 391 (CVBA) en 440 (NV) W. Venn. overhandigen de oprichters voor de oprichting van de vennootschap aan de optredende notaris een financieel plan waarin zij het bedrag van het maatschappelijk kapitaal verantwoorden. Noch de wet noch de voorbereidende werken bepalen welke elementen het financieel plan dient te bevatten zodat hiervoor naar de rechtspraak en rechtsleer moet worden verwezen²⁰². Zo wordt aangenomen dat het financieel plan een begroting moet bevatten van kosten en opbrengsten die opgemaakt wordt onder de vorm van geprojecteerde jaarrekeningen over ten minste twee jaar²⁰³. Hierbij is het belangrijk een zo groot mogelijke volledigheid na te streven

¹⁹⁹ Cass. 7 maart 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 948, *R.W.* 1985-86, 2706, *J.T.* 1987, 43; Kh. Gent 23 maart 1990, *T.B.H.* 1991, 59.

²⁰⁰ Kh. Brussel 8 april 1986, *R.P.S.* 1986, 169; K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., "Overzicht van rechtspraak", *l.c.*, *supra* noot 4, 246.

²⁰¹ Kh. Hasselt 15 november 1990, *T.R.V.* 1991, 231; Gent 5 oktober 1994, *T.R.V.* 1995, 197, noot M. WYCKAERT; K. GEENS en H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak — Vennootschappen: 1986-1991", *T.P.R.* 1993, 250.

²⁰² Zie hieromtrent uitgebreider: Kh. Charleroi 30 maart 1999, *J.L.M.B.* 2000, 279; Luik 5 mei 1995, *T.B.H.* 1996, 196; Kh. Charleroi 30 mei 1995, *J.L.M.B.* 1997, 639; W. VANHORENBEECK, "Het financieel plan", *R.W.* 1978-79, 1453-1465; H. MICHEL, "Plan financier et responsabilité notariale", *J.T.* 1982, 70-72.

²⁰³ K. GEENS en H. LAGA, *l.c.*, *supra* noot 201, 1025; O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 43-44.



wat betreft de verschillende inkomsten en uitgaven. De voorspelling moet daarnaast, in de mate van het mogelijke, gebaseerd worden op controleerbare gegevens, zoals een gevoerd marktonderzoek. Financiële plannen die uiterst summier zijn of gebaseerd zijn op willekeurige gegevens worden door de rechtspraak streng behandeld. Hoewel een beknopt financieel plan op zich niet volstaat om de oprichters aansprakelijk te stellen²⁰⁴, blijkt dat oprichters hierdoor sneller wordt verweten zich onvoorzichtig en onzorgvuldig te hebben gedragen bij de schatting van het noodzakelijke kapitaal²⁰⁵.

Het plan moet aantonen dat de vennootschap geen liquiditeitsproblemen zal kennen binnen de eerste twee jaar van zijn bestaan, die zullen leiden tot een staking van betaling²⁰⁶. De beoordeling van het kennelijk ontoereikend karakter gebeurt immers in vergelijking met de faillissementsvoorwaarden. Het financieel plan heeft dus in eerste instantie een bedrijfseconomisch karakter.

68. De opstelling van het financieel plan behoort tot de verantwoordelijkheid van de oprichters. De afwezigheid van het financieel plan wordt niet afzonderlijk gesanctioneerd²⁰⁷. De bewaring van het financieel plan gebeurt door de notaris²⁰⁸. Hij zal het enkel openbaar maken wanneer hij daartoe wordt verzocht door de rechter-commissaris of de Procureur des Konings²⁰⁹. In principe vervult de instrumenterende notaris ter zake van het financieel plan een louter formele rol: de notaris moet het financieel plan in ontvangst nemen en onder de minuten bewaren. Bepaalde rechtspraak oordeelt evenwel dat de notaris zijn aansprakelijkheid op het spel zet wanneer hij een ontoereikend financieel plan in ontvangst neemt²¹⁰. Deze visie is betwistbaar²¹¹. Hooguit kan van de notaris worden verwacht de aandacht van de oprichters te vestigen op het belang en de gevolgen van het financieel plan²¹². Hij dient hierbij, op grond van zijn inlichtingsplicht²¹³, de partijen enkel te wijzen op de draagwijdte van de mogelijke aansprakelijkheid die op de oprichters weegt. Hij mag echter niet weigeren om het financieel plan in ontvangst te nemen en de oprichting te verlijden wanneer de oprichters voet bij stuk houden. De notaris doet er in dat geval goed aan de oprichters een verklaring te laten tekenen dat ze volledig en juist werden ingelicht over de (aansprakelijkheids)risico's. De oprichters hebben gezien hun aansprakelijkheid er evenwel alle belang bij zich te laten bijstaan door specialisten (bijv. bedrijfsrevisor). De bedrijfsrevisor zet zijn aansprakelijkheid niet op het spel wanneer hij enkel helpt bij de opstelling van een financieel plan²¹⁴.

69. Het financieel plan is evenwel niet het enige element waarmee de rechter rekening zal houden. Immers, de artikelen 229, 405 en 456 W. Venn. houden geen verwijzing in naar de bepalingen in verband met het financieel plan, zodat de rechter alle relevante elementen in aanmerking kan nemen. Zo werd de aansprakelijkheid van de oprichter afgewezen,

²⁰⁴ Kh. Brussel 8 april 1986, *R.P.S.* 1986, 166.

²⁰⁵ Luik 5 mei 1995, *J.L.M.B.* 1997, 626; O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 51.

²⁰⁶ O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 44.

²⁰⁷ Aangezien het een wetsovertreding is, zullen de oprichters evenwel op grond van het gemeen recht aansprakelijk kunnen worden gesteld.

²⁰⁸ O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 42.

²⁰⁹ Artikel 229, 5°, lid 2 (BVBA), 405, 5° *in fine* (CVBA) en 456, 4°, *in fine* (NV) W. Venn.

²¹⁰ Kh. Charleroi 30 maart 1999, *J.L.M.B.* 2000, 278. Op dit punt verbroken door Bergen 25 oktober 2001, *T.B.H.* 2002, 714.

²¹¹ Kh. Charleroi 7 februari 1990, *Notarieel en Fiscaal Maandblad* 1991, 74, met instemmende noot van VANHALEWYN; E. SMIT, "Le capital social et la responsabilité des fondateurs", *DAOR* 1991, 15; B. VAN BRUYSTEGEM, "Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal", *T.B.H.* 1982, 140.

²¹² Bergen 25 oktober 2001, *T.B.H.* 2002, 714.

²¹³ Artikel 9, §1, lid 3 Wet 16 maart 1803 (Ventôsewet).

²¹⁴ O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 46. Artikel 20 van het K.B. van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren, *B.S.* 18 januari 1994, verbiedt bovendien dat de bedrijfsrevisor dit financieel plan zou certificeren.



niettegenstaande het summiere financieel plan, omdat een studie omtrent het te verwachten rendement werd verricht voorafgaand aan de opstelling van het financieel plan²¹⁵.

(c). De aansprakelijkheidsvoorwaarden

70. De toepassing van deze aansprakelijkheidsgrond is afhankelijk van een aantal voorwaarden, die hierna worden besproken.

(A) (1) *Faillissement van de vennootschap*

71. Het faillissement van de vennootschap moet uitgesproken zijn binnen de drie jaar na de oprichting. Als datum van oprichting wordt de datum van de neerlegging van het uittreksel van de oprichtingsakte aangemerkt aangezien pas dan de vennootschap rechtspersoonlijkheid verwerft²¹⁶. De wettekst laat er geen twijfel over bestaan dat enkel de datum van het faillissementsvonnis en niet de datum van staking van betaling van belang is²¹⁷.

(B) (2) *Kennelijk ontoereikend maatschappelijk kapitaal*

72. Daarnaast moet het maatschappelijk kapitaal bij de oprichting kennelijk ontoereikend geweest zijn voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar. Bij de CVBA wordt enkel het vaste gedeelte van het kapitaal als maatstaf genomen.

73. De term *maatschappelijk kapitaal* is misleidend. Er moet immers niet alleen rekening worden gehouden met het statutair kapitaal maar tevens met alle financiële middelen waarover de vennootschap redelijkerwijs mag verwachten te beschikken, zoals subsidies²¹⁸, bedrijfseconomisch verantwoorde leningen²¹⁹ en voorschotten van de vennoten²²⁰. Zoals hierboven reeds benadrukt, moet de rechter zich bij de beoordeling van de aansprakelijkheid plaatsen *op het ogenblik van de oprichting*. Het beschikbare kapitaal dat het criterium vormt, wordt dus gekristalliseerd op het moment van de oprichting. Dit heeft tot gevolg dat een ondergekapitaliseerde vennootschap die zich bewust is van haar problematische situatie haar toestand niet kan regulariseren bij wege van kapitaalverhoging²²¹. Indien daarentegen een kapitaalverhoging voorzien was in het financieel plan, zal deze in rekening mogen worden gebracht van de beoordeling van de toereikendheid van het aanvangskapitaal.

74. Het kapitaal moet *kennelijk* ontoereikend geweest zijn. De rechter kan de door de oprichters genomen beslissing enkel marginaal toetsen. Wanneer de rechter tot de conclusie komt dat de overeenstemming tussen de oprichters omtrent de grootte van het

²¹⁵ Kh. Brussel 8 april 1986, *R.P.S.* 1986, 166.

²¹⁶ K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., "Overzicht van rechtspraak", *l.c.*, *supra* noot 4, 246.

²¹⁷ O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 46, voetnoot 69.

²¹⁸ M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 192.

²¹⁹ Antwerpen 21 oktober 1996, 1991/AR/782, *onuitgegeven*.

²²⁰ Luik 4 april 2000, *J.L.M.B.* 2002, 824; K. GEENS en H. LAGA, *l.c.*, *supra* noot 201, 247; O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 49.

²²¹ O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 49. In één geval werd de ontoereikendheid van het kapitaal onder meer gefundeerd op het feit dat de vennootschap reeds binnen de twee jaar diende over te gaan tot een kapitaalverhoging. Zie Kh. Namen 20 november 1995, *R.P.S.* 1996, 349, noot M. DE WOLF.



maatschappelijk kapitaal ligt tussen de grenzen waarbinnen redelijke en zorgvuldige personen van menig kunnen verschillen, zal hij de oprichters niet aansprakelijk kunnen stellen. Het volstaat niet dat de oprichters zich bewust hadden moeten zijn van het groot risico dat zij namen door de voorgenomen bedrijvigheid te starten met een beperkt kapitaal. Het feit dat het financieel plan de eerste twee jaar enkel verliezen voorziet is op zichzelf niet voldoende²²². Slechts indien bij de oprichting van de vennootschap duidelijk is dat met de ter beschikking gestelde middelen onmogelijk de voorgenomen activiteit kan worden gerealiseerd, kunnen de oprichters aansprakelijk worden gesteld²²³.

De beoordeling van de kennelijke ontoereikendheid van het kapitaal is in essentie een feitenkwestie. Toch kunnen enkele elementen aangehaald worden die hebben geleid tot de aansprakelijkheid van de oprichters. Zo zullen de oprichters aansprakelijk zijn wanneer het kapitaal reeds werd opgeslorpt door de oprichtingskosten²²⁴, wanneer de gemaakte ramingen niet werden onderbouwd door een deskundig advies²²⁵ en wanneer het financieel plan uiterst beknopt is of blijkt geeft van een verregaande onredelijkheid²²⁶. Stelt het financieel plan een lening voorop en wordt deze niet verkregen, dan moet nagegaan worden of de oprichters deze lening redelijkerwijze konden verwachten gezien hun eigen kredietwaardigheid en het financieel draagvlak van de vennootschap²²⁷.

(C) (3) *Ontoereikendheid voor de normale uitoefening van de voorgenomen activiteit*

75. Het kapitaal moet ontoereikend zijn voor de normale uitoefening van de *voorgenomen* bedrijvigheid over ten minste twee jaar. De intentie van de oprichters om een bepaalde activiteit te voeren, wordt beoordeeld op het moment van de oprichting²²⁸. De vraag is nu hoe de voorgenomen bedrijvigheid wordt bepaald. Het handelsregister, met zijn vooraf bepaalde categorieën, vormt geen goede basis²²⁹. Ook het statutair doel vormt alleszins een nuttig vertrekpunt maar kan op zichzelf niet volstaan²³⁰. Als gevolg van de in de praktijk wijdverbreide techniek van het zo ruim mogelijk omschrijven van het statutair doel, zou dit vrijwel steeds leiden tot de ontoereikendheid van het kapitaal. Daarom moet worden aangenomen dat de voorgenomen bedrijvigheid voornamelijk wordt bepaald door de vermeldingen in het financieel plan. Wanneer geen financieel plan werd opgesteld of dit niet in overeenstemming is met de werkelijkheid, zal de rechter zich steunen op het statutair doel samen met de feitelijk uitgeoefende bedrijvigheid²³¹. Indien de werkelijke activiteit verschilt van de voorgenomen activiteit, dan kan de rechter het financieel plan herinterpreteren naar de werkelijke activiteit²³². De oprichters kunnen daarentegen niet aansprakelijk worden gesteld indien de bestuurders later besluiten de vennootschap een andere activiteit te laten uitoefenen, waarvoor het aanvangskapitaal ontoereikend is. De oprichters zijn enkel aansprakelijk

²²² Luik 4 april 2000, *J.L.M.B.* 2002, 820.

²²³ Kh. Dendermonde 5 september 1997, *T.G.R.* 1998, 24.

²²⁴ Kh. Hasselt 5 april 1990, *T.B.H.* 1995, 171; Kh. Charleroi 30 mei 1995, *J.L.M.B.* 1997, 639.

²²⁵ Kh. Hasselt 5 april 1990, *T.B.H.* 1995, 171, Luik 5 mei 1995, *T.B.H.* 1996, 196.

²²⁶ Kh. Charleroi 30 mei 1995, *J.L.M.B.* 1997, 639; Kh. Namen 16 juni 1997, *R.R.D.* 1997, 447.

²²⁷ O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 49.

²²⁸ Luik 5 mei 1995, *J.L.M.B.* 1997, 626.

²²⁹ J. WINDEY, *l.c.*, *supra* noot 189, 320; M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 196.

²³⁰ Kh. Antwerpen 12 januari 1983, *T.B.H.* 1984, 47; Gent 16 januari 1985, *R.P.S.* 1985, 256; Kh. Brussel 27 mei 1982, *R.P.S.* 1983, 263. Contra: Kh. Hasselt 25 maart 1982, *R.W.* 1982-83, 1413.

²³¹ Kh. Antwerpen 12 januari 1983, *T.B.H.* 1984, 47.

²³² Kh. Antwerpen 12 januari 1983, *T.B.H.* 1984, 47. Dit lijkt alleszins mogelijk wanneer er identiteit bestaat tussen de oprichters en de bestuurders en deze reeds van in den beginne de bedoeling hadden de vennootschap een andere activiteit te laten uitoefenen.



wanneer de vennootschap kennelijk ondergekapitaliseerd was voor de door hen voorziene bedrijvigheid. Voor de fouten van de bestuurders zijn zij niet gehouden²³³. Dit wordt nogmaals benadrukt door de wettekst zelf, aangezien de oprichters enkel aansprakelijk worden gesteld voor de onderkapitalisatie voor de *normale* uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid. Wanneer blijkt dat het faillissement het gevolg is van het gevoerde beleid zijn de oprichters niet aansprakelijk. Er is dan geen sprake meer van een normaal beleid. De oprichters hebben immers geen resultaatsverbintenis aangegaan dat het financieel plan zou worden nageleefd²³⁴. Aan de orde is enkel of het financieel plan uitvoerbaar is, niet of dit effectief het geval is²³⁵.

76. De hierboven besproken situatie dient te worden onderscheiden van diegene waarin zowel de oprichters, door de vennootschap op te richten met een kennelijk ontoereikend actief, als de bestuurders, door het verderzetten van een reddeloos verloren onderneming, fouten hebben begaan. De aansprakelijkheid wordt dan gebeurlijk verdeeld tussen oprichters en bestuurders. In de regel zullen de oprichters worden veroordeeld tot aanzuivering van het gedeelte van het kapitaal dat noodzakelijk was om de voorgenomen bedrijvigheid te kunnen aanvangen, terwijl de bestuurders zullen instaan voor de toename van het passief die het gevolg is van het foutief verderzetten van de activiteiten²³⁶. Indien aan de feitelijke bestuurders een kennelijk grove fout kan worden verweten die heeft bijgedragen tot het faillissement, zullen ook zij tot betaling van (een deel van) het passief van de failliete vennootschap kunnen worden veroordeeld. Zoniet geldt de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid.

(D) (4) *Geen causaal verband tussen onderkapitalisatie en faillissement*

77. Een causaal verband tussen onderkapitalisatie en faillissement moet niet worden aangetoond²³⁷. De omstandigheid dat nog andere oorzaken het faillissement hebben veroorzaakt zoals het instorten van de markt, het faillissement van de voornaamste klant, heeft in beginsel geen invloed op de aansprakelijkheid van de oprichters²³⁸. Zoals reeds gemeld, moet de beoordeling gebeuren rekening houdend met de gegevens en inlichtingen die de oprichters hadden of redelijkerwijze hadden moeten hebben op het moment van de oprichting. Werd het faillissement veroorzaakt door externe omstandigheden die niet te voorzien waren op het moment van de oprichting, dan zullen de oprichters vrijuit gaan²³⁹.

(d) Omvang van de aansprakelijkheid

²³³ Luik 4 april 2000, *J.L.M.B.* 2002, 820; O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 47

²³⁴ Gent 5 oktober 1994, *T.R.V.* 1995, 197, noot M.W.; Kh. Bergen 3 april 1995, *R.R.D.* 1995, 186; Kh. Dendermonde 5 september 1997, *T.G.R.* 1998, 24.

²³⁵ K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., "Overzicht van rechtspraak", *l.c.*, *supra* noot 4, 249.

²³⁶ Brussel 31 oktober 1991, *J.L.M.B.* 1992, 201.

²³⁷ Bergen 13 september 1989, *J.L.M.B.* 1990, 8; Luik 14 november 2000, *J.L.M.B.* 2002, 1341; K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., "Overzicht van rechtspraak", *l.c.*, *supra* noot 4, 250; O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 47.

²³⁸ Kh. Brussel 28 januari 1986, *R.P.S.* 1986, 260; J. WINDEY, *l.c.*, *supra* noot 189, 319. Ch. VAN BUGGENHOUT, "De aansprakelijkheidsvordering tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit", in *Gerechtigd akkoord en faillissement*, Antwerpen, Kluwer, losbladig, IIG20 (april 1999), 43.

²³⁹ K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., "Overzicht van rechtspraak", *l.c.*, *supra* noot 4, 250.



78. De oprichters zijn, in tegenstelling tot het gemeen recht, niet louter aansprakelijk voor de schade die in oorzakelijk verband staat met de onderkapitalisatie. Zij zijn gehouden, naar een verhouding die de rechter bepaalt, tot de verbintenissen van de vennootschap. De rechter moet dus in beginsel, wanneer hij de kennelijke onderkapitalisatie vaststelt, het passief ten laste leggen van de oprichters²⁴⁰, maar beschikt wel over een matigingsbevoegdheid die hij op soevereine wijze uitoefent²⁴¹. In vele gevallen worden de oprichters veroordeeld tot vergoeding van het gehele passief²⁴². Andere rechters komen origineler uit de hoek en veroordelen de oprichters tot het verschil tussen het kapitaal dat ze de vennootschap hebben toegewezen en datgene dat ervoor noodzakelijk was²⁴³. Deze benadering leunt nauwer aan bij de toepassing van de normale causaliteitsleer, aangezien de toename van het passief die gebeurlijk het gevolg is van niet-voorzienbare omstandigheden tijdens het bestaan van de vennootschap of van het bestuur van de vennootschap, niet aan de oprichters worden toegerekend. Een enigszins verwante, doch bedrijfseconomisch weinig onderbouwde benadering is terug te vinden in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Hasselt. De rechtbank stelde vast dat het kapitaal slecht één achtste bedroeg van het noodzakelijke kapitaal, en veroordeelde de oprichters bijgevolg tot betaling van tot zeven achtsten van de schulden van de vennootschap²⁴⁴.

79. Niettegenstaande de hoofdelijke gehoudenheid van de oprichters, heeft de rechter de mogelijkheid om de onderlinge gehoudenheid van de oprichters te bepalen en een ongelijke verdeling tussen de oprichters op te leggen²⁴⁵. Dit leidt bijgevolg tot een onderscheid tussen de hoofdelijke schadeplicht van elke oprichter tegenover de eiser (*obligo*) en de interne verdeling van de schadeplicht tussen de oprichters onderling (*contributio*). Bij de verdeling van de onderlinge bijdrageplicht kan de rechter rekening houden met ieders aandeel in het maatschappelijk kapitaal²⁴⁶ en met eventuele voorschotten die aan de vennootschap werden verleend²⁴⁷ of met het misleidend en frauduleus gedrag van één van de oprichters²⁴⁸.

3. Gemeenrechtelijke aansprakelijkheid van de oprichters: art. 1382 B.W.

80. De aansprakelijkheid van de oprichters wordt in eerste instantie geregeld door het Wetboek van Vennootschappen, maar de hierin opgenomen regels zijn niet exclusief. De specifieke aansprakelijkheidsgronden van de artikelen 229, 405 en 456 creëren ten aanzien

²⁴⁰ Vgl. Ch. VAN BUGGENHOUT, “De aansprakelijkheidsvordering tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit”, *o.c.*, *supra* noot 238, 42.

²⁴¹ C. PARMENTIER, “La responsabilité des dirigeants d’ entreprises en cas de faillite”, *T.B.H.* 1986, 767; K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., “Overzicht van rechtspraak”, *l.c.*, *supra* noot 4, 252; O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 52.

²⁴² Bergen 13 september 1989, *J.L.M.B.* 1990, 9; Kh. Brussel 14 maart 1989, *J.T.* 1989, 464; Kh. Hasselt 5 april 1990, *Limb. Rechtsl.* 1990, 149; Kh. Antwerpen 12 januari 1983, *T.B.H.* 1984, 47.

²⁴³ Kh. Luik 10 september 1991, *T.B.H.* 1992, 501; Kh. Brugge 12 maart 1991, *T.B.H.* 1981, 604.

²⁴⁴ Kh. Hasselt 25 maart 1982, *Limb. Rechtsl.* 1982, 201.

²⁴⁵ O. RALET, *o.c.*, *supra* noot 6, 53; K. GEENS, M. DENEFF, R. TAS, F. HELLEMANS en J. VANANROYE., “Overzicht van rechtspraak”, *l.c.*, *supra* noot 4, 253.

²⁴⁶ Bergen 25 oktober 2001, *T.B.H.* 2002, 711.

²⁴⁷ Bergen 13 september 1989, *J.L.M.B.* 1990, 8; Luik 5 mei 1995, *T.B.H.* 1996, 196; Luik 14 november 2000, *J.L.M.B.* 2002, 1341; Bergen, 23 oktober 2001, *J.T.* 2002, 344.

²⁴⁸ Luik 14 november 2000, *J.L.M.B.* 2002, 1341. In deze zaak hield de rechter ook rekening met de onervarenheid van de meerderheid van de oprichters en hun passieve rol binnen de vennootschap om hen niet onderling te laten bijdragen tot de vennootschapsschulden.



van de oprichters geen immuniteit voor het gemeen recht en meer bepaald artikel 1382 B.W.²⁴⁹.

Dit geldt niet enkel voor elk van de hierboven besproken aansprakelijkheidsgronden. Ook andere tekortkomingen van een oprichter kunnen op grond van het gemeen recht tot aansprakelijkheid leiden. Zo werd de oprichter van een BVBA veroordeeld tot het gehele passief van de vennootschap omdat hij een niet gerehabiliteerde gefailleerde tot bestuurder had aangesteld²⁵⁰.

81. De aansprakelijkheid voor de onregelmatige oprichting (*supra*, nr. 23) en die voor de kennelijke overwaardering van inbrengen in natura (*supra*, nr. 54) vormen reeds toepassingen van artikel 1382 B.W. Zij worden hierna dan ook niet meer behandeld. Afgezien van de aansprakelijkheid wegens kennelijke onderkapitalisatie, zijn de andere aansprakelijkheidsgronden garantieregelingen, die onafhankelijk van het gedrag van de oprichter gelden. Artikel 1382 B.W vindt in deze gevallen normaliter geen toepassing. Hierna zal daarom enkel aandacht worden besteed aan de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid voor de onderkapitalisatie van een vennootschap.

82. De verschillen tussen de gemeenrechtelijke en vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsgronden voor onderkapitalisatie zijn belangrijk. De vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsgrond vereist, in tegenstelling tot artikel 1382 B.W., geen bewijs van een aan de oprichters toerekenbare fout of van een oorzakelijk verband. De bewijslast voor de curator, die de enige initiatiefgerechtigde vormt, is dus minder zwaar. Anderzijds kan de curator in het kader van zijn wettelijke opdracht enkel de nakoming van de verbintenissen van de vennootschap vorderen en moet hij ermee rekening houden dat de rechter over een matigingsrecht beschikt. Op grond van artikel 1382 B.W. kan de vergoeding worden gevorderd van *alle* schade die in een oorzakelijk verband staat met de als fout aangemerkte onderkapitalisatie. Na de sluiting van het faillissement zou de gemeenrechtelijke vordering de enige rechtsgrond zijn die een schuldeiser nog kan aanwenden²⁵¹. Tevens kunnen derden de gemeenrechtelijke vordering instellen tegen eenieder die de fout heeft begaan, ook tegenover diegenen die geen oprichter zijn in de zin van het Wetboek van Vennootschappen, zoals de loutere inschrijver. De vordering op grond van artikel 1382 B.W. zal vooral nuttig zijn in die gevallen die niet meer onder het toepassingsgebied van de artikelen 229, 405 en 456 W. Venn. vallen, bijvoorbeeld omdat de vennootschap pas meer dan drie jaar na haar oprichting is failliet verklaard²⁵².

83. In de (gepubliceerde) rechtspraak zijn slechts weinig gevallen gekend waarin de oprichters effectief op grond van het gemeen recht werden veroordeeld wegens onderkapitalisatie. Te vermelden vallen een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Charleroi²⁵³ en een niet gepubliceerd arrest van het Hof van Beroep te Brussel²⁵⁴.

²⁴⁹ Cass. 10 januari 1929, *Pas.* 1929, I, 55.

²⁵⁰ Brussel 12 februari 1985, *R.P.S.* 1985, 187.

²⁵¹ Luik 22 maart 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1485; Antwerpen 18 december 2000, *R.W.* 2001-02, 1364. Luik 11 mei 1997, *R.R.D.* 1997, 443. *Contra*: Kh. Brussel 14 februari 1983, *R.P.S.* 1983, 326, die de schuldeiser toestaat, na de sluiting van het faillissement, zich te beroepen op de vennootschapsrechtelijke bepalingen.

²⁵² Niets verhindert evenwel dat beide gronden gelijktijdig worden ingeroepen. J. RONSE en J. LIEVENS, "De doorbraakproblematiek – les limites de la personanlité juridique distincte", in *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 147; M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 201. *Contra*: B. VAN BRUYSTEGEM, "Oprichtersaansprakelijkheid ...", *l.c.*, *supra* noot 211, 144.

²⁵³ Kh. Charleroi 10 januari 1979, *T.B.H.* 1979, 510.

²⁵⁴ Brussel 6 november 2001, nng.



84. De toepassing van artikel 1382 B.W. vereist het bewijs van een fout, de geleden schade en een oorzakelijk verband tussen beiden²⁵⁵. Het feit dat de vennootschap over een ontoereikend aanvangskapitaal beschikte, is evenwel op zichzelf niet voldoende om tot een fout te besluiten²⁵⁶. Er moet aangetoond worden dat het aanvangskapitaal niet meer binnen de grenzen valt waar redelijke en voorzichtige mensen die in dezelfde situatie verkeren van mening kunnen verschillen²⁵⁷. Zo werd een zaakvoerder-oprichter veroordeeld aangezien de vennootschap reeds vanaf haar oprichting werd gefinancierd door de niet-betaling van de schuldeisers en het faillissement zodoende onvermijdelijk was²⁵⁸. In het andere geval werd de omstandigheid dat het gehele aanvangskapitaal niet eens voldoende was om de initiële vestigingskosten te dragen, als foutief aangemerkt²⁵⁹. Deze foutvereiste sluit zodoende aan bij het bewijs van het kennelijk ontoereikend karakter van het aanvangskapitaal op grond van de artikelen 229, 5°, 405, 5° en 456, 4° W. Venn.²⁶⁰. Het bewijs van het oorzakelijk verband vormt in de regel een groter probleem²⁶¹. Het oorzakelijk verband kan worden bewezen door aan te tonen dat het zonder de onderkapitalisatie niet tot een faillissement met ontoereikend actief zou zijn gekomen²⁶². Omwille van de toepassing van de equivalentieer door de Belgische rechtspraak volstaat het dat de foutieve onderkapitalisatie één van de oorzaken is van het deficitair faillissement opdat de oprichters aansprakelijk zouden kunnen worden gesteld. De door de schuldeiser gevorderde schade zal in de regel bestaan uit zijn niet-betaalde schuldvordering. Indien de vordering uitgaat van de curator zal de causale schade evenwel niet noodzakelijk bestaan uit het integraal passief: de rechter zal abstractie moeten maken van omstandigheden die tot de toename van het passief hebben geleid, zoals wanbeheer of conjunctuurschommelingen²⁶³.

²⁵⁵ Cass. 10 januari 1929, *Pas.* 1929, I, 55.

²⁵⁶ Brussel 8 januari 1960, *R.P.S.* 1961, 39. Voor een kritiek op deze stelling J. RONSE, J.M. NELISSEN-GRADE en K. VAN HULLE, *o.c.*, *supra* noot 62, 989 met verwijzingen naar de voorbereidende werkzaamheden bij de wet van 25 mei 1913.

²⁵⁷ E. SMIT, “Le capital social ...”, *l.c.*, *supra* noot 211, 11; M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 201.

²⁵⁸ Kh. Charleroi, 10 januari 1979, *T.B.H.* 1979, 510.

²⁵⁹ Brussel 6 november 2001, *onuitgegeven*.

²⁶⁰ M. WYCKAERT, *o.c.*, *supra* noot 10, 201.

²⁶¹ Brussel 6 januari 1960, *R.P.S.* 1961, 39; Gent 21 april 1983, *T.B.H.*, 1984, 30; E. SMIT, “Le capital social ...”, *l.c.*, *supra* noot 211, 11; M. DELVAUX, “Les sociétés coopératives qui n’ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers”, *T.B.H.* 1998, 594.

²⁶² Dit is een toepassing van de *conditio sine qua non*-regel. Volgens RONSE en LIEVENS is het voldoende dat bewezen wordt dat er een band bestaat tussen beide: J. RONSE en J. LIEVENS, *l.c.*, *supra* noot 262, 148.

²⁶³ De curator kan de vordering instellen voordat het gehele passief is vastgesteld. Zie Kh. Charleroi 10 januari 1979, *T.B.H.* 1979, 515.

Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of the University of Ghent, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.