

Nieuwsbericht 31.08.2022

Bezint eer ge begint, nu ook voor de cijferberoeper

In een vonnis van de ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Dendermonde van 18 oktober 2021, slaagden de oprichters van een gefailleerde vennootschap er in om zich voor de helft van het bedrag van hun oprichtersaansprakelijkheid te laten vrijwaren door hun accountant, die bijstand had verleend bij het opstellen van hun financieel plan. De rechtbank oordeelde dat de accountant tekort was geschoten aan zijn adviesplicht ten aanzien van de oprichters. Wat betekent dit voor de cijferberoepers? We zetten de principes op een rijtje.

De oprichtersaansprakelijkheid en het financieel plan

De oprichters van een vennootschap kunnen oprichtersaansprakelijkheid oplopen indien het faillissement wordt uitgesproken binnen drie jaar na de verkrijging van rechtspersoonlijkheid door de vennootschap voor zover het aanvangsvermogen bij de oprichting “kennelijk ontoereikend” was voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid over ten minste twee jaar. De oprichtersaansprakelijkheid kan er toe leiden toe dat de oprichters worden veroordeeld tot betaling van een deel van het netto-passief van de vennootschap.

Of het aanvangsvermogen al dan niet kennelijk ontoereikend is, moet worden beoordeeld met (enkel) de gegevens die op het ogenblik van oprichting voorhanden of voorzienbaar waren. Om de bewijsproblematiek te voorkomen die ontstaat wanneer de rechter zich jaren later opnieuw naar het ogenblik van de oprichting moet verplaatsen om een oordeel te vellen, moeten de oprichters een financieel plan opstellen op het moment van de oprichting.

De verplichting om een financieel plan op te stellen en te overhandigen aan de notaris bij het verlijden van de oprichtingsakte, is sinds 2019 aangevuld met een minimuminhoud voor dat financieel plan: het moet o.m. een openingsbalans bevatten met projecties na twaalf en vierentwintig maanden; een geprojecteerde resultatenrekening na twaalf en na vierentwintig

maanden; enz. Het verzwaren van de inhoudelijke oefening zou de oprichters moeten aansporen tot bezinning over de financiële levensvatbaarheid van hun voorgenomen activiteiten.

Het is zeer gebruikelijk dat de oprichters een beroep doen op een cijferberoeper voor bijstand bij de opstelling van hun financieel plan. Dit is geen verplichting. Indien de hulp van een cijferberoeper wordt ingeroepen moet de naam van deze externe deskundige wel verplicht vermeld worden in het financieel plan.

De verplichtingen van de cijferberoeper

Om de mogelijke aansprakelijkheid van de cijferberoeper te beoordelen, moet eerst bekeken worden waartoe en ten aanzien van wie hij zich verbindt wanneer hij bijstand verleent bij de opstelling van een financieel plan.

Er wordt aangenomen dat de cijferberoeper een middelenverbintenis aangaat, wat inhoudt dat er enkel sprake kan zijn van een tekortkoming van de cijferberoeper, indien de wederpartij kan bewijzen dat de cijferberoeper niet de inspanningen heeft geleverd die van een normaal vooruitziend cijferberoeper, geplaatst in dezelfde omstandigheden, verwacht mochten worden. De cijferberoeper vraagt de gegevens op die hij nodig acht voor de opstelling van het financieel plan en heeft daarbij een beperkte verplichting tot controle van de volledigheid en juistheid ervan. Er kan niet van hem verwacht worden dat hij de feitelijke correctheid van alle gegevens nagaat, maar wel dat hij de gegevens toetst aan zijn eigen ervaring en vergelijkt met andere ondernemingen die actief zijn in dezelfde sector, minstens dat hij manifest onvolledige of onjuiste gegevens opmerkt. De cijferberoeper heeft, vervolgens, een adviesverplichting met betrekking tot de inhoud van het financieel plan. Zo moet worden aangenomen dat een cijferberoeper de plicht heeft om de oprichters te waarschuwen wanneer uit de cijfers in het financieel plan blijkt dat een faillissement op korte termijn waarschijnlijk of zelfs onafwendbaar zou zijn.

De cijferberoeper verleent deze bijstand aan de oprichters. Dat betekent ook dat enkel de oprichters zich kunnen beroepen op de eventuele contractuele aansprakelijkheid van de cijferberoeper bij tekortkoming aan zijn middelenverbintenis, en niet de vennootschap (of desgevallend de curator dan wel schuldeisers van de vennootschap).

De oprichters kunnen dus een contractuele aansprakelijkheidsvordering richten tot de cijferberoeper wanneer zij menen dat de cijferberoeper zijn contractuele verplichtingen niet naar

behoren zou hebben vervuld, ook al valt het opstellen van het financieel plan wettelijk onder de verantwoordelijkheid van de oprichters.

Het vonnis van 18 oktober 2021

In het vonnis van 18 oktober 2021 werd de accountant contractueel aansprakelijk gesteld wegens het tekortkomen aan zijn adviesplicht.

De rechter stelde vast dat “het financieel plan bewijst dat het kapitaal kennelijk ontoereikend was, terwijl het juist een instrument zou moeten zijn om het tegendeel te bewijzen”. De activiteit van de vennootschap was schrijnwerkerij (al was dat niet vermeld in het (toen nog) maatschappelijk doel, noch in het financieel plan). Op basis van een deskundigenonderzoek, werd o.m. vastgesteld dat de liquiditeitsratio in het financieel plan te laag zou zijn geweest; dat er slechts zeer (te) kortstondig een externe financieringsbron was voorzien; dat het plan uitging van een onrealistisch klantenkrediet, m.n. van vijftien dagen; dat de omzet kennelijk werd overschat; dat er geen rekening werd gehouden met noodzakelijke uitgaven inzake financiering van de voorraad en de werken in uitvoering; enz.

Volgens de rechtbank zouden problemen dan ook voorspelbaar moeten zijn geweest op basis van het financieel plan zelf, en had de accountant die bijstand verleende bij de opstelling ervan, daarover moeten adviseren. De accountant kon evenwel geen enkel bewijs voorleggen van enige waarschuwing of communicatie daarover aan de oprichters.

De ondernemingsrechtbank stelde vast dat, indien de accountant wél aan zijn adviesplicht had voldaan, de kans bestond dat de oprichters maatregelen zouden hebben genomen om de voorzienbare problemen te verhelpen, bijvoorbeeld door een langere externe financiering te voorzien, of dat zij zouden hebben afgezien van de oprichting, waardoor zij het faillissement (en de oprichtersaansprakelijkheid) zouden hebben kunnen afwenden. De schade ontstaan door het verlies van die kans, werd naar billijkheid begroot op de helft van het bedrag waarvoor de oprichters aansprakelijk waren.

Exoneratie?

Da accountant had een exoneratiebeding opgenomen, dat bepaalde dat het plan werd opgesteld “op basis van de gegevens die u ons als opdrachtgever hebt bezorgd” met uitdrukkelijke vermelding

dat “wij niet de mogelijkheid [hebben] om de door u meegedeelde informatie grondig te toetsen en [...] wij bijgevolg niet aansprakelijk gesteld [kunnen] worden, rechtstreeks noch onrechtstreeks, voor de eventuele schade die door foutieve en/of onvolledige informatie zou veroorzaakt worden.”

De ondernemingsrechtbank oordeelde evenwel dat het exoneratiebeding toezag op schade die zou voortkomen uit het gebruik van foutieve of onvolledige informatie, en niet op schade voortkomend aan een tekortkoming van de adviesplicht van de accountant. Daarom kon de accountant zich volgens de rechtbank niet op het exoneratiebeding beroepen om aan zijn aansprakelijkheid te ontsnappen.

Het is overigens maar de vraag of de cijferberoeper zich zou kunnen exonereren voor (iedere) aansprakelijkheid wegens tekortkoming van zijn adviesplicht. Een exoneratiebeding mag de overeenkomst immers niet uithollen (d.i. het voorwerp van de opgenomen verbintenis teniet doen, waardoor de overeenkomst naar haar aard iedere zin of betekenis verliest) op straffe van nietigheid.

Wel is het duidelijk dat de adviesverplichting een middelenverbintenis uitmaakt, zodat (i) de bewijslast voor een fout van de accountant, bij de oprichters berust en (ii) er een zekere marge bestaat in de beoordeling van mogelijke fouten, met name zouden de oprichters moeten kunnen aantonen dat de accountant niet de inspanningen zou hebben geleverd die van een normaal vooruitziende accountant, geplaatst in dezelfde omstandigheden, verwacht mogen worden.

Een concrete tip voor de cijferberoeper is tot slot dat hij, indien hij zorgen of bedenkingen heeft bij het financieel plan, er goed aan doet om daarvan een schriftelijk spoor te creëren (vb. e-mailcorrespondentie aan de oprichters).

De Burburestraat 6-8 bus 5 2000 Antwerpen

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

Regentschapsstraat 58 bus 8 1000 Brussel

info@schoups.be

www.schoups.com