

## 57. Storting op aandelen in het kapitaal van een BV; recente jurisprudentie en derde tranche flexibilisering BV-recht

In dit artikel worden de meest recente uitspraken omtrent het niet voldoen aan de stortingsplicht behandeld en worden deze beschouwd in het licht van de uitspraken van de Hoge Raad hieromtrent in de WTN en Bas-C arresten, alsmede in het licht van de op 4 april van dit jaar verschenen derde tranche van het Ambtelijk Voorontwerp tot wijziging van boek 2 BW in verband met de aanpassing van de regeling voor BV's.

### 1. Inleiding

Ingevolge lid 1 van artikel 2:191a BW moet bij het nemen van een aandeel in het kapitaal van een BV daarop het nominale bedrag worden gestort. Bedongen kan worden dat een deel, ten hoogste drie vierden, van het nominale bedrag eerst behoeft te worden gestort nadat de vennootschap het zal hebben opgevraagd.

Bij de oprichting van een BV moet minimaal € 18.000 worden gestort, krachtens lid 2 van artikel 2:178 BW. Storting op een aandeel moet in geld geschieden voor zover niet een andere inbreng is overeengekomen (artikel 2:191a, lid 1 BW). Teneinde te waarborgen bij de oprichting van een BV dat ook daadwerkelijk aan de stortingsplicht wordt voldaan, is in lid 1 van artikel 2:203a BW bepaald dat aan de akte van oprichting een of meer bankverklaringen worden gehecht inhoudende dat de bedragen die op de bij de oprichting te plaatsen aandelen moeten worden gestort:

a. terstond na de oprichting ter beschikking zullen staan van de vennootschap (de zogeheten 'a-verklaring')

b. hetzij ten vroegste 5 maanden voor de oprichting op een afzonderlijke rekening stonden welke na de oprichting uitsluitend ter beschikking van de vennootschap zal staan, mits de vennootschap de stortingen aanvaardt (de zogeheten 'b-verklaring')

Met betrekking tot de hierboven bedoelde b-verklaring van artikel 2:203a, lid 1 BW is in twee gevallen door de Hoge Raad geoordeeld dat ondanks het aanwezig zijn van een dergelijke bankverklaring toch niet voldaan is aan de stortingsplicht.

Zo heeft de Hoge Raad in het WTN-arrest (HR 24 maart 2000, NJ 2000, 354 m.nt. Ma; JBN 2000, nr. 55) geoordeeld dat geen rechtsgeldige storting op aandelen heeft plaats gevonden als het gestorte bedrag is afgeschreven van een ten name van de BV-i.o.

gevoerde bankrekening, indien die afschrijving door de BV wordt bekrachtigd omdat (achteraf gezien) de gelden niet daadwerkelijk ter beschikking van de vennootschap hebben gestaan.

In het Bas C-arrest (HR 11 juli 2003, NJ 2000, 122, NJ 2003, 630, JOR, 2003, 193 m.nt. Groffen), waarover mijn artikel in JBN 2003, 51, oordeelde de Hoge Raad dat geen rechtsgeldige storting heeft plaatsgevonden als het gestorte bedrag is voortgevloeid uit een op naam van de BV-i.o. aangegane overeenkomst tot het verrichten van werkzaamheden en de overeenkomst door de BV wordt bekrachtigd.

Het niet gestort zijn van de aandelen bij oprichting van een BV heeft tot gevolg dat (opvolgend) bestuurders op grond van artikel 2:180, lid 2, onder b en c BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling. Voorts zijn volgende aandeelhouders gebonden alsnog de door hen verkregen aandelen vol te storten.

De eerste hieronder te behandelen uitspraak, die van het Hof Den Bosch, kan in het verlengde worden gezien van de hierboven genoemde WTN en Bas-C arresten van de Hoge Raad met betrekking tot de zogeheten b-verklaring.

De tweede uitspraak, die van de rechtbank Groningen, betreft de storting op aandelen door middel van verrekening van een vordering.

Na in de volgende paragraaf de genoemde uitspraken te hebben behandeld, zal vervolgens op de daarin voorkomende problematiek worden ingegaan mede in het licht van de voorgestelde wijzigingen van het BV-recht.

### 2. Recente jurisprudentie storting op aandelen

*Hof Den Bosch 19 juli 2005*

*Feiten*

Uit een bankafschrift van 13 juli 1998 voor de oprichting van Beneco Group BV (hierna Beneco) op

5 augustus van het zelfde jaar blijkt, dat op eerstgenoemde dag door een van haar vijf oprichtsters, Beneco Holding BV-i.o., door middel van een telefonische overboeking een bedrag van f 90.000 is overgemaakt naar de rekening van Beneco-i.o. Met deze overboeking werd een debetsaldo van ruim f 49.000 omgezet in een positief saldo van f 40.759 waarna de hiervoor bedoelde bankverklaring werd afgegeven. Het bij de oprichting van Beneco geplaatste aandelen kapitaal bedroeg f 40.000, vol te storten in geld. Uit een bankafschrift van 17 juli 1998 blijkt dat er vervolgens van de rekening van Beneco-i.o. krachtens telefonische overboeking weer een bedrag van f 90.000 is overgemaakt naar Beneco Holding BV-i.o., hetgeen resulteerde in een debetsaldo op de rekening van Beneco-i.o. f 49.240,40. Op 7 november 2000 is Beneco failliet verklaard. De curator stelt Van Beest, een van de oprichters van Beneco, aansprakelijk voor het totaal te storten aandelenkapitaal op grond van het vierde lid van artikel 2:203a BW, waarin is bepaald dat indien voor de oprichting aan de rekening van de BV-i.o. bedragen worden onttrokken, de oprichters hoofdelijk jegens de vennootschap verbonden zijn tot vergoeding van die bedragen, totdat de vennootschap de onttrekkingen uitdrukkelijk heeft bekrachtigd.

#### *Oordeel hof*

De curator stelt dat er vanwege de terugstorting van het geldbedrag van f 90.000 door Beneco-i.o. aan Beneco Holding BV-i.o. niet gesproken kan worden van een rechtsgeldige volstorting. Het hof neemt in zijn overweging mee het feit dat gebleken is dat de rekening zowel voor als ten tijde van de feitelijke oprichting van Beneco op 5 augustus 1998 een debetstand vertoonde. Per saldo is daardoor het door Beneco Holding BV-i.o. gestorte geldbedrag niet daadwerkelijk voor de oprichting aan Beneco-i.o. ter beschikking gekomen en heeft Beneco Holding BV-i.o. als (mede) oprichtster slechts een vordering op haar zelf doen ontstaan. Dat kan naar het oordeel van het hof in beginsel niet als een rechtsgeldige vordering worden aangemerkt en verwijst daarbij naar HR 11 juli 2003, NJ 2003, 630 (Bas-C arrest (zie inleiding)). Met betrekking tot de aansprakelijkstelling van Van Beest op grond van het vierde lid van artikel 2:203a BW overweegt het hof dat niet uit opgemaakte en gepubliceerde jaarrekeningen kan blijken dat de onttrekking van het bedrag van f 90.000 door Beneco is bekrachtigd, omdat daarmee niet wordt voldaan aan de eis dat bekrachtiging uitdrukkelijk moet geschieden.

Van Beest stelt dat Beneco Holding BV het door Beneco-i.o. op 14 juli 1998 aan haar overgemaakte bedrag weer aan Beneco heeft terugbetaald. Indien dat is gebeurd staat daarmee volgens het hof vast dat alsnog aan de stortingsplicht is voldaan. Het hof laat

Van Beest tot deze bewijslevering toe en houdt de beslissing aan.

#### *Rechtbank Groningen 3 augustus 2005*

##### *Feiten*

Dekro Beheer BV (hierna Dekro) is moedermaatschappij van Dekro Landbouw Exploitatie BV (hierna: Dekro Landbouw) en heeft op 22 augustus 2000 180 aandelen in Hempron genomen met een nominale waarde van € 1.000. In de notariële akte van uitgifte is bepaald dat hiervan 67,22 % is volgestort, zijnde € 120.996. Op 4 februari 2003 gaat Hempron failliet. De curator vordert volstorting van het restant (32,78%) van het aandelenkapitaal, dat is een bedrag van € 59.000,70. Dekro stelt onder andere dat zij aan haar verplichting tot volstorting heeft voldaan door verrekening van vorderingen die haar dochter Dekro Landbouw had op Hempron wegens in opdracht en voor rekening van Hempron in 2000 en 2001 uitgevoerde werkzaamheden en verleende diensten. De verrekening is verwerkt in jaarrekeningen, het aandeelhoudersregister en het handelsregister.

##### *Oordeel rechtbank*

Volgens de rechtbank kan geen sprake zijn van verrekening nu het niet Dekro en Hempron waren die over en weer vorderingen op elkaar hadden, maar Hempron BV en Dekro Landbouw. Dat Dekro en Dekro Landbouw in een concernrechtelijke verhouding tot elkaar staan doet daar niet aan af. Bovendien staat het bepaalde in artikel 2:191, lid 3 BW aan een dergelijk beroep op verrekening in de weg. Uit het bepaalde in artikel 2:199 BW volgt naar het oordeel van de rechtbank dat artikel 2:191, lid 3 BW ook na het nemen van een aandeel verrekening verbiedt. Vervolgens gaat de rechtbank na of Dekro haar aandelen heeft volgestort door inbreng van de vorderingen, welke een inbreng is anders dan in geld. Dan moet voldaan zijn aan de eisen in artikel 2:204b BW: een beschrijving en accountants-verklaring. Uit de jaarrekeningen over 2000 en 2001 blijkt volgens de rechtbank niet ondubbelzinnig wat wordt ingebracht. De inbreng wordt in voorgenoemde stukken niet beschreven. Deze stukken kunnen naar het oordeel van de rechtbank dan ook niet dienen als beschrijving van hetgeen wordt ingebracht. Voorts ontbreekt een accountantsverklaring, zodat derhalve niet aan de eisen van het bepaalde in de artikelen 2:204a en 2:204b BW is voldaan en Dekro niet aan haar stortingsplicht heeft voldaan.

### **3. Beschouwingen**

#### *Ad Hof Den Bosch 19 juli 2005*

Deze uitspraak ligt in de lijn van eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad in de WTN en Bas-C arresten met

betrekking tot de b-verklaring. Het is niet meer zo dat het aanwezig zijn van een dergelijke bankverklaring ook betekent dat de aandelen zijn volgestort, met alle gevolgen van aansprakelijkheid van bestuurders en opvolgend aandeelhouders vandien. In verband hiermede is het raadzaam om niet meer in het slot van de akte van oprichting van een B.V. te bepalen dat de stortingen op de aandelen hebben plaatsgevonden *zoals blijkt* uit de aan de akte te hechten (bank)verklaring(en) als bedoeld in de wet, zoals thans o.a. is bepaald in het KNB-model voor de BV, BBV01G, maar om in plaats daarvan te bepalen dat met betrekking tot de storting op de bij de oprichting te plaatsen aandelen aan de akte zal worden gehecht de (bank)verklaring(en) als bedoeld in de wet. Vooralsnog wordt ervan uitgegaan dat het gewone kasrondje, waarbij het door een oprichter gestorte bedrag na afgifte van een b-verklaring direct weer aan haar wordt teruggeboekt, door de uitspraak van de Hoge Raad in het Bas-C arrest niet wordt aangetast (zie hierover mijn artikel in JBN, 2003, nr. 51), en dat hiervoor (nog) het Biggles-arrest (HR 18 november 1988, NJ 1989, 699) geldt, totdat de Hoge Raad in navolging van A-G Huydecoper in zijn conclusie onder het Bas-C arrest, alsnog het kasrondje aantast. Mede vanwege de aantasting in de jurisprudentie van de b-verklaring als waarborg dat aan de stortingsverplichting is voldaan, maar ook vanwege de toenemende concurrentie voor de BV door de Engelse limited door de uitspraken van het Hof van Justitie inzake de vrijheid van vestiging van vennootschappen in Europa (zie de uitspraken inzake Centros, Überseering en Inspire Art), werd door de Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het Nederlandse BV-recht onder voorzitterschap van De Kluiver voorgesteld om het minimum kapitaal vereiste en de daarmee samenhangende bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:180, lid 2, sub b BW af te schaffen. In de op 4 april van dit jaar gepubliceerde derde tranche van het Ambtelijk Voorontwerp tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, is dit voorstel overgenomen en wordt voorgesteld om het minimumkapitaal af te schaffen en in verband daarmee leden 2 en 3 van artikel 2:178 BW te schrappen en artikel 2:203a BW omtrent de bankverklaring te laten vervallen. Voorts wordt in verband met het afschaffen van het minimumkapitaal in het Ambtelijk voorontwerp voorgesteld om in artikel 2:180, lid 2 BW de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders die was gekoppeld aan het niet tijdig naleven van de minimumstortingsplicht, te schrappen. Invoering van dit wetsvoorstel betekent derhalve een einde aan de bovengenoemde problematiek van het verlies van de b-verklaring als waarborg dat aan de

stortingsplicht is voldaan en de daarmee verbonden gevolgen voor aansprakelijkheid.

*Ad Rechtbank Groningen 3 augustus 2005*

Ingevolge lid 3 artikel 2:191 BW is een aandeelhouder niet bevoegd tot verrekening van zijn stortingsplicht met een vordering die hij op de vennootschap heeft. Wel kan de BV een beroep op verrekening doen. Volgens de heersende leer wordt het voldoen aan de stortingsplicht door verrekening gezien als een storting in geld of als een inbreng anders dan in geld waarop evenwel de regeling met betrekking tot de inbreng in natura niet van toepassing is. Gesteld wordt wel dat wanneer een vordering in objectieve zin waardeloos is, en deze met de stortingsplicht verrekend wordt, niet voldaan wordt aan de verplichting tot storting, met alle gevolgen voor aansprakelijkheid, zie hierboven, vandien.

Met name zal daarvan sprake zijn indien de vordering minder waard is dan haar nominale bedrag, bijvoorbeeld als de vennootschap in slechte financiële situatie verkeert. Het wordt dan raadzaam geacht de vordering door een deskundige (accountant) te laten waarderen, ook wanneer de vordering is ontstaan uit geleverde prestaties of uit verkoop van goederen. In overeenstemming met de uitspraak van Hof Den Haag van 28 februari 1989, NJ 1991, 601 oordeelde de rechtbank dat het voldoen van Dekro aan zijn stortingsplicht door inbreng van een vordering van haar dochter Dekro Landbouw op Hempron, gezien moet worden als een inbreng anders dan in geld. Hiervoor ontbraken in het onderhavige geval de ingevolge artikel 2:204b BW vereiste beschrijving en accountantsverklaring.

In navolging van de Expertgroep wordt in de derde tranche van het Ambtelijk Voorontwerp tot wijziging van Boek 2 BW in verband met de aanpassing van de regeling voor BV's de verplichte accountantsverklaring in lid 2 van artikel 2:204a BW afgeschaft (en daarmee ook voor inbreng op na oprichting uit te geven aandelen anders dan in geld (artikel 2:204b BW)). De inbrengbeschrijving wordt gehandhaafd. Deze moet overlegd worden ten kantore van het handelsregister, zoals thans de accountantsverklaring. In plaats van de eis van de accountantsverklaring wordt in het nieuwe lid 2 van artikel 2:204a BW bepaald, dat indien blijkt dat de waarde van de inbreng lager is dan de stortingsplicht, de aandeelhouder jegens de vennootschap gehouden is om het waardeverschil onverwijld ten titel van storting in geld te voldoen. De geldigheidstermijn van de beschrijving wordt verlengd van 5 tot 6 maanden, zodat er geen knelpunt meer ontstaat met de eis dat de notariële akte van splitsing binnen zes maanden na aankondiging van de nederlegging van het splitsingsvoorstel moet worden gedeponereerd (artikel 2:334u BW).

Niet overgenomen wordt de aanbeveling van de Expertgroep om te bepalen dat het bestuur of de oprichters kunnen worden aangesproken indien zij wisten of behoorden te weten dat de inbreng lager is, omdat het niet voor de hand ligt dat met afschaffing van het minimumkapitaal de wet bij inbreng nog strikte regels voorschrijft. Bescherming van schuldeisers is in het Ambtelijk Voorontwerp geconcentreerd rond de liquiditeitspositie van de vennootschap.

In het Ambtelijk Voorontwerp wordt ook de nachgründungsregeling van artikel 2:204c BW geschrapt en voorts wordt het verbod op inbreng van werk of diensten (thans artikel 2:191b, lid 1, tweede zin BW) geschrapt. Hiervoor blijft nog wel gelden de eis in de

eerste zin van laatstgenoemd wetsartikel dat de inbreng op grond van economische maatstaven moet kunnen worden gewaardeerd. Hiervoor gelden de waarborgen voor de waardering van inbreng in natura in de artikelen 2:204a en 204b BW (MvT derde tranche Ambtelijk Voorontwerp, p. 16).

Bij twijfel over de waardering stelt de wetgever aan bestuurders voor om desgewenst een deskundige in te schakelen bij het opmaken van de inbrengbeschrijving. *Hof Den Bosch 19 juli 2005, JOR 2005, 290*  
*Rb. Groningen 3 augustus 2005, JOR 2005, 291, m.nt. Groffen*

**W. Bosse**