

51 Storting op aandelen; kan het kasrondje nog?

Evenals in het WTN-arrest van 24 maart 2003, NJ 2000, 354, JBN 2002, nr 32 heeft de Hoge Raad in het hieronder te bespreken arrest geoordeeld dat, indien bij de oprichting van een BV de storting op de aandelen geschiedt met gelden, die zijn overgeboekt op een rekening ten name van de BV-i.o. ten gevolge van een transactie die later door de BV wordt bekrachtigd, niet van volstorting op aandelen kan worden gesproken, omdat dan de gelden niet daadwerkelijk aan de BV ter beschikking zijn gesteld maar ten laste zijn gekomen van het vermogen van de BV zelf.

Feiten

Bij notariële akte van 18 mei 1992 is de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Bas-C BV opgericht. De Bont was oprichter en enig aandeelhouder. Na de oprichting was De Bont tevens de enige bestuurder van Bas-C BV.

In de akte van oprichting verklaarde De Bont dat hij de geplaatste aandelen zou volstorten in geld. In diezelfde akte heeft de notaris verklaard dat de volstorting heeft plaatsgevonden zoals blijkt uit de aan die akte te hechten verklaring als bedoeld in de wet, welke storting door de vennootschap wordt aanvaard.

Aan de oprichtingakte is gehecht een 'Bankverklaring B' van de Coöperatieve Rabobank B.A. te Udenhout, gedateerd op 14 april 1992. Volgens die verklaring houdt de bank ten name van Bas-C BV i.o. in haar administratie een rekening aan, die per 9 april 1992 een creditsaldo aangaf van f 48.504,93. Volgens mededeling van de mede-ondertekenende De Bont is een gedeelte van dit creditsaldo ter grootte van f 40.000 ontstaan ten titel van storting op de bij de oprichting van genoemde vennootschap te plaatsen aandelen.

De Bont heeft geen bedrag ter volstorting van de aandelen in Bas-C BV overgemaakt op de bankrekening van de BV. Het positieve saldo op de bankrekening van de BV i.o. is ontstaan doordat deze op 9 april 1992 een bedrag van f 61.300,05 van Océ Nederland BV heeft ontvangen in verband met verrichte werkzaamheden.

Bij akte van 25 mei 1992 heeft De Bont als bestuurder van Bas-C BV bekrachtigd: 'de onttrekkingen van bedragen aan de rekening bedoeld in artikel 2:203a lid 1 sub b BW, althans indien voor of bij de oprichting van de vennootschap op aandelen in haar kapitaal in geld is gestort overeenkomstig het bepaalde in dat wetsartikel'.

In deze akte zijn tevens bekrachtigd: 'alle rechtshandelingen (...) die voor de oprichting van de vennootschap namens de – toen nog op te richten – vennootschap

zijn verricht door de oprichter(s) der vennootschap (...)'.
 *

Bij vonnis van 27 augustus 1993 is Bas-C BV failliet verklaard.

De curator in het faillissement van Bas-C BV vordert De Bont te veroordelen alsnog aan zijn stortingsplicht te voldoen en stelt hem aansprakelijk voor de faillissementsschulden op grond van artikel 2:180 lid 2 letters b en c BW. Op grond van deze bepaling zijn bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor elke door hen verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden in het tijdvak voordat het gestorte deel van het kapitaal ten minste het bij de oprichting voorgeschreven minimumkapitaal bedraagt dan wel voordat op het bij de oprichting geplaatste kapitaal ten minste een vierde van het nominale bedrag is gestort.

De Bont voerde aan dat hij van het saldo op de rekening ten name van de BV-i.o. een bedrag van f 40.000 heeft geleend en aan dit bedrag, dat op de rekening bleef staan, de bestemming heeft gegeven van voldoening aan zijn stortingsplicht. Zijn hieruit resulterende schuld uit geldlening heeft hij na de oprichting van Bas-C BV afgelost door verrekening in rekening-courant.

Hoge Raad

Nadat de Rechtbank Breda in eerste instantie had geoordeeld dat er in het onderhavige geval niet was voldaan aan de verplichting tot volstorting en, in hoger beroep, het Hof Den Bosch vond dat daaraan wel was voldaan, oordeelde de Hoge Raad als volgt. De Hoge Raad stelt voorop dat artikel 2:203a lid 1, aanhef en onder b BW, dat de bankverklaring regelt bij storting in geld op een rekening ten name van de BV-i.o., waarborgt dat aan de op te richten vennootschap op enig moment (maar niet eerder dan vijf maanden) voor haar oprichting *daadwerkelijk* het kapitaal ter beschikking komt te staan dat op de bij de

oprichting te plaatsen aandelen dient te worden gestort (HR 24 maart 2000, nr C98/267, JBN 2000, nr 55).

De Hoge Raad oordeelde in het onderhavige geval dat het banksaldo niet is ontstaan 'ten titel van storting', omdat dit is ontstaan door overmaking op de rekening ten name van de BV-i.o. van een bedrag ad f 61.300,05 door Océ Nederland BV. Door de bekrachtiging na haar oprichting van de tussen Bas-C BV-i.o. en Océ Nederland BV gesloten overeenkomst werd Bas-C BV partij bij die overeenkomst, zodat zij rechthebbende werd op het in verband hiermee op de rekening van Bas-C BV-i.o. overgeboekte bedrag. Door deze bekrachtiging is het bedrag van f 40.000 aan het vermogen van Bas-C BV onttrokken en derhalve niet daadwerkelijk aan de vennootschap ter beschikking gesteld.

Dit zou volgens de Hoge Raad niet anders zijn als de hierboven weergegeven stelling van De Bont juist zou zijn dat hij als oprichter een bedrag aan de bankrekening van Bas-C BV-i.o. heeft onttrokken, en vervolgens in privé aan Bas-C BV verschuldigd werd ten titel van geldlening na bekrachtiging door Bas-C BV. Ook in dat geval staat immers vast, zo vervolgt de Hoge Raad, dat De Bont niet het bedrag van het kapitaal *daadwerkelijk* vóór de oprichting aan Bas-C BV ter beschikking heeft gesteld, maar slechts een vordering ter hoogte van dat bedrag op zichzelf heeft doen ontstaan. Ook dit kan niet als een geldige storting worden aangemerkt.

De Hoge Raad vernietigt het bestreden arrest en verwijst de zaak waarbij volgens de Hoge Raad onderzocht moet worden de juistheid van de stelling van De Bont dat hij de lening heeft afbetaald en daarmee inmiddels heeft voldaan aan zijn volstortingsplicht.

Wat betreft de op artikel 2:180 BW gebaseerde vordering van de curator geldt, zo stelt de Hoge Raad ten slotte, dat zelfs indien komt vast te staan dat De Bont inmiddels heeft voldaan aan zijn volstortingsplicht, hem dit niet kan baten omdat de afbetaling van de door hem gesloten lening dan heeft plaatsgevonden na het in art. 2:178 lid 2 BW genoemde tijdstip (bij de oprichting moet het geplaatste en gestorte kapitaal ten minste het minimumkapitaal bedragen (WB)) en mitsdien te laat om aan de in art. 2:180 BW bedoelde aansprakelijkheid te ontkomen.

Commentaar

In het WTN-arrest van de Hoge Raad van 24 maart 2000, NJ 2000, 354, JBN 2002, 32, was het te storten bedrag niet daadwerkelijk aan de BV ter beschikking gesteld, omdat na bijschrijving op de bankrekening ten name van de B.V.-i.o. de tegenwaarde daarvan tezelfdertijd ten laste van een eveneens ten name van de BV-i.o. gevoerde bankrekening werd afgeschreven. Ook in het onderhavige arrest wordt door bekrachtiging door Bas-C BV van de overeenkomst tussen Bas-C BV-i.o. en Océ Nederland BV, welke overeenkomst ten grondslag lag aan de betaling op de rekening ten name van Bas-C BV-i.o., ten laste van het vermogen van Bas-C BV op haar aandelen gestort.

De notariële praktijk is dat de notaris de bankverklaring ontvangt en van de juistheid daarvan uitgaat. Later blijken de aandelen niet volgestort te zijn. De vraag is of de notaris de herkomst van de gelden, die gebruikt worden ter storting op de aandelen, moet nagaan, teneinde de bestuurders van de BV te kunnen waarschuwen voor de mogelijke aansprakelijkheid die boven hun hoofd hangt indien later wordt geoordeeld dat de aandelen bij de oprichting niet daadwerkelijk zijn volgestort. Deze recherche lijkt mij niet te behoren tot de ambtsplicht van de notaris; de notaris kan dan ook naar mijn mening hiervoor niet aansprakelijk worden gesteld. Anders is dit mijns inziens indien de notaris deze wijze van storting op aandelen heeft geïnstigeerd, dan wel hierover heeft geadviseerd of hiervan op de een of andere wijze kennis heeft genomen. De notaris hoeft naar mijn mening niet te weigeren om de akte van oprichting te passeren zoals Van Veen schrijft in JBN 1999, 22, maar is wel verplicht de bestuurders van de op te richten vennootschap schriftelijk op de aansprakelijkheidrisico's te wijzen.

Hoe nu in het geval van een kasrondje? Daarvan is sprake in het geval waarin de oprichter het op de rekening ten name van de BV-i.o. ten titel van storting op de aandelen overgeboekte bedrag, na afgifte van de bankverklaring direct weer afhaalt. De titel van de terugstorting is dan een geldlening van de vennootschap aan de oprichter. In zijn conclusie bij het onderhavige arrest meent A-G Huydecoper dat daarvoor gewoonlijk niet aan de (minimum)-stortingsplicht wordt voldaan, zelfs als de teruglening plaatsvindt op zakelijke en marktconforme condities. De Hoge Raad heeft evenwel in zijn arrest van 18 november 1988, NJ 1989, 699 (Biggles) geoordeeld dat een kasrondje, waarbij het op de aandelen gestorte

bedrag renteloos en zonder zekerheid is teruggeleend, de rechtsgeldigheid van de storting niet aantast. Het essentiële verschil tussen het kasronde enerzijds en de in het WTN-arrest en het onderhavige arrest beoordeelde gevallen anderzijds, is, dat bij het kasronde de gelden wel ter beschikking zijn gesteld aan de BV. Bij een kasronde komen immers de gelden ter storting op de aandelen ten laste van de oprichter.

In de gevallen beoordeeld in het onderhavige en het WTN-arrest, kwamen de gelden ter storting op de aandelen – na bekrachtiging – ten laste van het vermogen van de BV.

HR 11 juli 2003, RvdW 2003,122

W. Bosse

52 Uitleg testamentaire erfstelling van aanstaande echtgenoot en diens kinderen

Voor het huwelijk is een testament opgesteld, waarin de toekomstige echtgenoot als erfgenamen aanwijst 'mijn genoemde (aanstaande) echtgenote, mijn kinderen en de kinderen van genoemde aanstaande echtgenote'. Het huwelijk wordt door echtscheiding ontbonden in 1995. In 1996 overlijdt de man. In geschil is of de vrouw en haar twee kinderen uit een eerdere relatie kunnen opkomen als testamentaire erfgenamen nu het huwelijk vóór het overlijden door echtscheiding is ontbonden.

De kwestie van uitleg van een testament ten behoeve van de (aanstaande) echtgenoot schept 'sinds mensenheugenis' problemen als het huwelijk niet doorgaat of door echtscheiding is ontbonden als de testateur overlijdt.

Het blijkt dat rechters nog steeds verschillend oordelen over de werking van dergelijke makingen na echtscheiding. Dit blijkt onder meer uit het volgende geval: Allereerst is het de vraag of het begrip '(aanstaande) echtgenoot' als kwaliteit is te beschouwen (en zo ook is bedoeld) of niet. Artikel 4:52 BW bepaalt dat een making aan een echtgenoot in een dergelijk geval vervalt door de echtscheiding, *tenzij uit de uiterste wil zelf het tegendeel blijkt*.

Krachtens het overgangsrecht geldt dit ook voor testamenten gemaakt vóór de invoering van Boek 4 (1 januari 2003).

Met negering van deze regel gaf de Rechtbank een uitleg die, daargelaten de bij die uitspraak geldende oude regeling van Boek 4, niet (meer) strookt met het nieuwe artikel 4:52 BW. De Rechtbank liet immers de making aan de echtgenoot, ondanks de echtscheiding, in stand nu de testateur ondanks het feit dat hij was gewezen op de making aan zijn – toen reeds ex-echtgenoot – geen aanleiding zag het testament te wijzigen. Dit argument houdt het nú zeker niet meer, omdat dit heel iets anders is dan het afleiden *uit de uiterste wil zelf*, zoals artikel 4:52 BW eist.

Hof en Hoge Raad vernietigden de making aan de echtgenoot dan ook, ondanks het feit dat de testateur na de echtscheiding herhaaldelijk heeft gezegd het wenselijk te achten dat de ex-echtgenoot (en haar kinderen) erfgenaam zouden blijven.

In het testament was namelijk eenzelfde making opgenomen ten behoeve van de 'kinderen van mijn genoemde (aanstaande) echtgenoot'. In dit opzicht achtte de Rechtbank de making duidelijk, namelijk het benoemen van de kinderen via een nadere aanduiding; die aanduiding behield zijn functie en de making bleef – aldus de Rechtbank – eveneens in stand.

Hof en Hoge Raad volgden hier dezelfde redenering als ten aanzien van de (ex-echtgenoot), in casu niet via artikel 4:52 BW (dát geldt alleen voor de echtgenoot), maar kennelijk via artikel 4:46 lid 2 BW. Dit artikel houdt in dat verklaringen of daden van de testateur buiten de uiterste wil slechts dan in de uitleg daarvan mogen worden betrokken als deze zonder deze verklaringen of daden geen duidelijke zin zou hebben. Nu het Hof had uitgemaakt, dat uit de woorden van het testament moest volgen, dat de makingen alleen zouden gelden als de testateur voor of tijdens het huwelijk zou overlijden, was er geen plaats voor uitleg via gegevens buiten het testament. Men zie ook het arrest van de Hoge Raad van 31 januari 1997, NJ 1998, 327; JBN 1997, nr 38.