

Handelen onder de naam van een BV i.o. (of v.o.f.) en storting op aandelen bij oprichting

Reeds vóór oprichting van een BV kunnen de oprichters onder de naam 'BV i.o.' rechtshandelingen verrichten (art. 2:203 lid 1 BW). Indien de BV deze rechtshandelingen ná de oprichting bekrachtigt, is de BV aan deze rechtshandelingen gebonden. Daarbij kan zich de vraag voordoen of de oprichters het vermogen van de 'BV i.o.' ter volstorting van de aandelen van de BV kunnen gebruiken.

Het ter beschikking stellen van kapitaal vóór de oprichting

Veelal maken de personen die een BV willen oprichten, reeds vóór de oprichting een start met de onderneming. Artikel 2:203a lid 1 sub b BW maakt het mogelijk om ter financiering van de onderneming reeds het kapitaal te gebruiken dat de oprichters op hun aandelen dienen te storten.

Volgens dit artikel kunnen de oprichters ten vroegste vijf maanden voor de oprichting van de BV het kapitaal op een bankrekening storten, mits het kapitaal ná oprichting uitsluitend ter beschikking van de BV staat. Artikel 2:203a lid 4 BW bepaalt dat onttrekkingen zijn toegelaten. De BV is na de oprichting aan de onttrekkingen gebonden, mits de vennootschap de onttrekkingen bekrachtigt. Volgens artikel 2:203a lid 4 BW zijn de oprichters voor onttrekkingen aansprakelijk totdat de vennootschap de onttrekkingen aanvaardt. Indien de onttrekkingen niet verantwoord zijn, de BV de onttrekkingen echter wel aanvaardt, kunnen de bestuurders vanwege onbehoorlijk bestuur aansprakelijk zijn.

Gebruik van vermogen van de BV i.o. ten behoeve van de volstorting van de aandelen

Het komt echter ook voor dat de oprichters van een BV met de onderneming beginnen zonder op dit moment reeds kapitaal aan de vennootschap ter beschikking te stellen, bijvoorbeeld indien de oprichters de onderneming financieren met een lening of met eigen vermogen zonder de formaliteiten van artikel 2:203a lid 4 sub b BW in acht te nemen.

Wanneer de oprichters ertoe overgaan om de BV daadwerkelijk op te richten, kunnen zij snel geneigd zijn om geldmiddelen van de BV i.o. in plaats van eigen gelden als storting op de aandelen te gebruiken. Zij kunnen bijvoorbeeld de bank verzoeken om omtrent een positief saldo op een bankrekening van de BV i.o. een bankverklaring af te geven in de zin van artikel 2:203a BW of, indien op een bankrekening een debet staat, dit debet te verhogen en het te storten kapitaal van de BV op een andere bankrekening van de BV i.o. over te maken en de bank te verzoeken een bankverklaring terzake af te geven. De vraag doet zich voor of dergelijke transacties voldoende zijn om de oprichters aan hun stortingsplicht te laten voldoen. Voldoen dergelijke transacties niet aan de stortingsplicht, dan blijven de oprichters gehouden om het bedrag te storten en zijn de bestuurders van de vennootschap tot volstorting van de aandelen hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de BV (art. 2:180 lid 2 BW).

Het arrest Wachtkamer Televisie

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 24 maart 2000, NJ 2000, 354 (Wachtkamer Televisie) geconstateerd dat het gestorte kapitaal daadwerkelijk aan de BV ter beschikking dient te worden gesteld. In het arrest van de Hoge Raad werd het kapitaal weliswaar ten name van een BV i.o. op een bankrekening van de BV i.o. bijgeschreven (bankrekening 1), maar tegelijkertijd werd dit

bedrag ten laste van een andere bankrekening (bankrekening 2) van dezelfde BV i.o. gebracht. Na de oprichting heeft de BV de afboeking bekrachtigd en werden beide rekeningen samengevoegd. De BV i.o. had daadwerkelijk ten behoeve van de oprichters een lening verkregen en de BV had het aangaan van de lening aanvaard. Op deze manier werd volgens de Hoge Raad het kapitaal niet daadwerkelijk ter beschikking gesteld en moesten de oprichters het kapitaal op de aandelen storten.

Het arrest De Europese Parketcentrale BV

In het arrest van het Hof Den Bosch van 12 juli 2001 (JOR 2001, 256) had een v.o.f. die rechtshandelingen namens een BV i.o. verrichtte, op een bankrekening een positief saldo van f 57.652,43. Volgens de bankverklaring had een oprichter op de bankrekening een bedrag ad f 40.000 'ten titel van storting' overgemaakt. De oprichters hadden dit bedrag echter niet daadwerkelijk aan de v.o.f. overgemaakt. Het bedrag ter hoogte van f 57.652,43 was ontstaan door exploitatie van de onderneming van de v.o.f. Voorts had het hof vastgesteld dat de waarde van de onderneming van de v.o.f. die door de BV werd voortgezet, minder was dan f 40.000. Het hof concludeerde dat er geen reële kapitaalverschaffing heeft plaatsgevonden. De oprichters moesten het bedrag van f 19.000 op de aandelen storten. Daarnaast dreigde voor de bestuurders een aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:180 lid 2 sub b BW, omdat zij namens de BV rechtshandelingen hadden verricht voordat het bij de oprichting te storten minimumkapitaal gestort was.

Niet voldoen aan stortingsplicht door gebruik van vermogensbestanddelen van BV i.o.

Een van de problemen van dit arrest is dat het hof niet duidelijk maakt of de oprichters onder de naam en ten behoeve van de BV i.o. of van de v.o.f. handelden. Volgens de bankverklaring is het een bankrekening van de BV i.o. Echter, het hof overweegt dat dit bedrag is ontstaan door exploitatie van de onderneming van de v.o.f. Dit is een aanwijzing dat het een bankrekening van de v.o.f. is. Indien het een bankrekening van de v.o.f. betrof, was niet voldaan aan artikel 2:203a lid 1 sub b BW, omdat het geen bankrekening op de naam van de BV i.o. was. Daarnaast zou dan ook de bankverklaring vals zijn geweest. Gelet op het feit dat de bankverklaring spreekt van een bankrekening van de BV i.o. en gelet op de rechtspraak omtrent handelen onder de naam BV i.o. ligt het meer voor de hand dat het daadwerkelijk een bankrekening van de BV i.o. betrof.

Sinds het arrest van de Hoge Raad in Bonaventura (17 september 1992, NJ 1993, 120) geldt dat bij het verrichten van rechtshandelingen onder de naam van een BV i.o. het vermoeden bestaat dat de rechtshandelingen verricht worden ten behoeve van de op te richten vennootschap.

Uitgaande van de feiten zoals deze door het hof werden vastgesteld, heeft zich waarschijnlijk de situatie voorgedaan dat de oprichters, zonder kapitaal aan de BV i.o. ter beschikking te hebben gesteld, met de exploitatie van de onderneming zijn begonnen. Op gegeven moment was er een positief saldo op de bankrekening van de BV i.o. De oprichters verklaarden tegenover de bank dat er f 40.000 ten titel van storting was ontstaan. Hieruit heeft de bank waarschijnlijk afgeleid dat de oprichters f 40.000 aan de BV i.o. ter beschikking hadden gesteld, hetgeen achteraf niet het geval bleek te zijn.

Mijns inziens is het hof terecht ervan uitgegaan dat de oprichters niet aan hun stortingsplicht hadden voldaan omdat zij niet een bedrag ad f 40.000 aan de BV i.o. ter beschikking hadden gesteld. Het gebruik van enkele vermogensbestanddelen van de BV i.o. is hiervoor niet voldoende indien de BV ná de oprichting alle rechtshandelingen bekrachtigt en hierdoor minder dan het te storten kapitaal in de BV wordt 'ingebracht'.

Voldoen aan stortingsplicht door inbreng onderneming

Vervolgens oordeelt het hof dat de oprichters wel aan hun stortingsplicht hadden voldaan, indien de onderneming van de BV i.o. een waarde van ten minste f 40.000 had vertegenwoordigd. Het hof is aldus van mening dat de oprichters wel aan hun verplichting hadden voldaan, indien de waarde van de onderneming van de BV i.o. waarvan de bankrekening een onderdeel was, ten minste gelijk was aan het te storten bedrag.

De BV had alle rechtshandelingen van de BV i.o. bekrachtigd en zodoende werd de onderneming ingebracht. De situatie is enigszins vergelijkbaar met een inbreng in natura zonder accountantsverklaring. In dit geval wordt tevens een onderneming ingebracht zonder dat vóór de inbreng de waarde van de inbreng gecontroleerd wordt. De wet bepaalt niet nader wat de consequenties van een inbreng in natura zonder accountantsverklaring zijn. In de literatuur wordt aangenomen dat de oprichter die erin slaagt te bewijzen dat de waarde ten minste gelijk is aan de wettelijk te storten waarde, niet verplicht is alsnog aan zijn stortingsplicht te voldoen (Asser-Maeijer 2-III, 2000, p. 165; enigszins anders Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 2001, p. 65).

Mijns inziens heeft het hof terecht geoordeeld dat aan de stortingsplicht was voldaan indien de oprichters hadden bewezen dat de waarde van de onderneming gelijk was aan het wettelijk te storten bedrag. De bankverklaring uit hoofde van artikel 2:203a BW is geen doel op zichzelf. Deze bepaling moet zeker stellen dat het wettelijk te storten bedrag daadwerkelijk ter beschikking wordt gesteld. Indien achteraf blijkt dat weliswaar niet aan de formaliteiten van de wet was voldaan maar het wettelijk te storten bedrag daadwerkelijk ter beschikking werd gesteld, hetzij contant hetzij in natura, doordat de BV de rechtshandelingen van de BV i.o. heeft bekrachtigd en op deze wijze de onderneming van de BV i.o. werd ingebracht, hebben de oprichters aan hun stortingsplicht voldaan. De zware sanctie van de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders (art. 2:180 lid 2 BW) lijkt mij in een dergelijke situatie niet aan de orde.

Het verdient echter geen aanbeveling om op deze wijze aandelen vol te storten. Er blijft namelijk het risico dat een rechter, zoals in het onderhavige arrest, achteraf van mening is dat de waarde van de onderneming niet ten minste gelijk is aan het wettelijk te storten bedrag. Indien de oprichters van mening zijn dat de waarde van de onderneming ten minste gelijk is aan het wettelijk te storten bedrag, verdient het aanbeveling dat zij de aandelen conform artikel 2:204a BW in natura door inbreng van de onderneming volstorten. Indien de volstorting conform dit artikel gebeurt, d.w.z. beschrijving van de oprichters, accountantsverklaring enzovoort, lopen de oprichters en de bestuurders geen risico om later aansprakelijk te worden gesteld.

Bekrachtiging van rechtshandelingen

Ten slotte blijft nog de vraag of rechtshandelingen van de oprichters vóór de oprichting onder de naam BV i.o. dienen te worden bekrachtigd in de akte van oprichting (art. 2:204 lid 1 BW: 'enigerlei voordeel te verzekeren aan een oprichter') of door het bestuur na de oprichting uitdrukkelijk of stilzwijgend kunnen worden bekrachtigd (art. 2:203 lid 1 BW). Mijns inziens vloeit uit artikel 2:203 lid 1 BW voort dat de rechtshandelingen niet in de akte van oprichting hoeven te worden bekrachtigd, omdat er volgens artikel 2:203 lid 1 BW na oprichting uitdrukkelijke of stilzwijgende bekrachtiging mogelijk is. Artikel 2:204 lid 1 BW heeft geen voorrang voor artikel 203 lid 1 BW (anders: Groffen in zijn noot onder het arrest van het Hof Den Bosch).

*Mr. M.R. Grablowitz
NautaDutilh*