

Artikel 2:94b/2:204b BW

bezoeken

en informele kapitaalstorting in natura

Inleiding

Om het vermogen van een vennootschap te versterken worden doorgaans aandelen uitgegeven waarop een bepaald agio wordt gestort. Er is in de literatuur discussie geweest over de vraag of het mogelijk is om een dergelijke inbreng om niet te doen, dat wil zeggen zonder dat daartegenover aandelen worden uitgegeven (dit wordt ook wel informele kapitaalstorting genoemd). Op deze theoretische discussie ga ik hier niet in, maar ik volsta

met de opmerking dat de inbreng om niet vaste praktijk is en er geen dwingende rechtsregel is die zich hiertegen verzet.

Daarnaast speelt de vraag of een dergelijke informele kapitaalstorting wel kwalificeert als agio, aangezien de aandeelhouder deze verplichting niet op zich heeft genomen bij het nemen van het aandeel, dan wel deze storting anders geboekt zal moeten worden op de balans van de vennootschap, bijvoorbeeld als een andere soort vrije reserve. Ofschoon dit een interessante vraag is, laat ik dit onderwerp hier buiten beschouwing. Verder vereist een inbreng om niet wilsovereenstemming tussen de aandeelhouder en de vennootschap. Meestal wordt bij aandeelhoudersbesluit tot inbreng om niet besloten en gaan de aandeelhouder en vennootschap vervolgens een overeenkomst ter uitvoering van die verbintenis aan.

De vermogensversterking kan bestaan uit een storting in geld of een inbreng in natura. Bij een inbreng in natura kunnen twee artikelen een rol spelen: artikel 2:94b/2:204b BW en artikel 2:94c/2:204c BW (*Nachgründung*). In dit artikel wil ik mij echter beperken tot de situatie dat de inbreng in natura plaatsvindt nadat twee jaren zijn verstreken na de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister, zodat artikel 2:94c/2:204c BW niet van toepassing is. De vraag die vervolgens rijst, is of bij een inbreng in natura zonder dat daarbij aandelen worden uitgegeven, artikel 2:94b/2:204b BW van toepassing is.

De wettekst – artikel 2:94b lid 1/2:204b lid 1 BW

Artikel 2:94b lid 1/2:204b lid 1 BW bepaalt, voorzover van belang, dat indien na de oprichting inbreng op aandelen anders dan in geld wordt overeengekomen, de vennootschap overeenkomstig artikel 2:94a lid 1/2:204a lid 1 BW een beschrijving opmaakt van hetgeen wordt ingebracht. Voorts verwijst artikel 2:94b lid 2/2:204b lid 2 BW naar artikel 2:94a lid 2/2:204a lid 2 BW voor wat betreft de vereiste accountantsverklaring.

De tekst van het artikel is niet eenduidig en zorgt voor verwarring. Wat is exact inbreng op aandelen? Kan daar ook onder worden begrepen een informele kapitaalstorting?

Van Schilfgaarde zegt hierover: 'De accountantsverklaring waarnaar lid 2 verwijst moet inhouden dat de waarde van hetgeen wordt ingebracht tenminste belooft het in de verklaring genoemde bedrag van de stortingsplicht, waarbij onder stortingsplicht moet worden verstaan de wettelijke stortingsplicht en dus niet een latere additione-

le storting, zodat artikel 2:94b/2:204b BW niet van toepassing is' (WPNR (1989) 5903). Volgens Van der Grinten beoogt de wet zekerheid te geven dat de waarde van de inbreng ten minste gelijk is aan het nominale bedrag van de stortingsplicht. Hij is van mening dat inbreng om niet, niet valt onder artikel 2:94b/2:204b BW (Handboek voor de openlijke en de besloten vennootschap, 168-4).

Het vervolg van lid 1 van artikel 2:94b/2:204b BW luidt als volgt. De beschrijving heeft betrekking op de toestand van een dag die niet eerder dan vijf maanden ligt voor de dag waarop de aandelen worden genomen dan wel waartegen een bijstorting (van niet-volgestorte aandelen) is uitgeschreven of waarop zij is overeengekomen. Lid 4 van artikel 2:94b/2:204b BW bepaalt dat de vennootschap binnen acht dagen na de dag waarop de aandelen zijn genomen, dan wel waarop de bijstorting opeisbaar werd, de accountantsverklaring dient neer te leggen bij het handelsregister met opgave van de namen van de inbrengers en van het bedrag van het aldus gestorte deel van het maatschappelijk kapitaal. De tekst van de wet verwijst uitsluitend naar een inbreng in natura bij uitgifte van nieuwe aandelen dan wel een inbreng in natura als volstorting op reeds uitgegeven aandelen ex artikel 2:80/2:191 BW. De aangehaalde passages van de leden 1 en 4 geven mijns inziens niet direct aanleiding tot toepassing van dit artikel bij een inbreng zonder uitgifte van nieuwe aandelen.

Naast de tekst van de wet is het van belang om te kijken naar de wetsgeschiedenis van deze bepaling.

Wetsgeschiedenis

Artikel 2:94b BW is ingevoegd bij de aanpassingswet Tweede EEG-Richtlijn en op een aantal punten gewijzigd bij de Nieuwe regeling voor het kapitaal van de besloten vennootschap, bij de invoeging van artikel 2:204b BW, alsmede bij de derde (anti) Misbruikwet. De voorschriften van dit artikel vloeien voort uit artikel 27 van de Tweede EEG-Richtlijn. De artikelen 25 tot en met 29 van de Tweede EEG-Richtlijn worden in het algemene deel van de memorie van toelichting (MvT) behandeld onder het kopje kapitaalverhoging, dat in de MvT wordt omschreven als de uitgifte van aandelen na oprichting. Dit zou een aanwijzing kunnen zijn dat artikel 2:94b BW uitsluitend van toepassing is als er sprake is van een kapitaalverhoging als bedoeld in de MvT.

Artikel 27 van de Tweede EEG-Richtlijn regelt het toezicht op de inbreng in natura op dezelfde wijze als bij de oprichting. De leden 1 en 2 luiden:

‘1. Indien bij een verhoging van het geplaatste kapitaal aandelen worden uitgegeven tegen een inbreng anders dan in geld, moet deze inbreng worden volgestort binnen vijf jaar [!] na het besluit tot verhoging van het geplaatste kapitaal.

2. Over de in lid 1 bedoelde inbreng moet vóór de uitvoering van de verhoging van het geplaatste kapitaal een rapport worden opgemaakt door een of meer van de vennootschap onafhankelijke deskundigen, die door de overheid of de rechter zijn aangewezen of erkend. Deze deskundigen kunnen naar gelang van de wetgeving van elke Lid-Staat natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen zijn.’

Artikel 27 van de Tweede EEG-Richtlijn spreekt uitdrukkelijk over een verhoging van het geplaatste kapitaal, terwijl artikel 2:94b/2:204b BW spreekt van inbreng op aandelen anders dan in geld. Het is interessant om te weten waarom de wetgever de term inbreng op aandelen gebruikt, terwijl de Tweede EEG-Richtlijn expliciet naar verhoging van het geplaatste kapitaal verwijst.

Alhoewel de MvT daar niets over zegt, biedt de tekst van artikel 2:94a/2:204a BW enige uitkomst. Het eerste gedeelte van de eerste zin van dit artikel luidt: ‘Indien bij de oprichting *inbreng op aandelen* anders dan in geld wordt overeengekomen (...).’ Bij dit artikel staat ontegenzeggelijk vast dat het ziet op uitgifte van aandelen; de artikelen 9 en 10 van de Tweede EEG-Richtlijn, die handelen over de oprichting, spreken beide expliciet van *uitgifte van aandelen*.

Zouden we hier mogen concluderen dat de wetgever in plaats van de term *uitgifte van aandelen bij de artikelen over de inbreng in natura heeft gekozen voor de term inbreng op aandelen* omdat het voor hem duidelijk was dat deze artikelen uitsluitend betrekking hebben op de situatie dat bij of na oprichting aandelen worden uitgegeven die worden volgestort in natura? De MvT wijst in deze richting: ‘Overeenkomstig artikel 27 van de richtlijn wordt een gelijke beschrijving en een zelfde accountantsverklaring voor inbreng in natura na de oprichting geëist als voor inbreng in natura bij de oprichting. Artikel 2:80 BW laat toe dat ook voor latere volstorting op aandelen inbreng in natura overeengekomen wordt, mits de inbreng dan terstond opeisbaar is. Ook kan inbreng in natura voorkomen bij kapitaalverhoging.’

Ten slotte merk ik op dat nergens uit de MvT volgt dat de wetgever op dit punt zwaardere eisen heeft willen stellen dan die krachtens de Tweede EEG-Richtlijn zijn voorgeschreven.

Uit het voorafgaande blijkt derhalve niet dat de wetgever heeft bedoeld dat artikel 2:94b/2:204b BW van toepassing is bij een inbreng om niet in natura.

Gevolgen niet-naleving artikel 2:94b lid 1/2:204b lid 1 BW

Voor het geval dat u nog niet overtuigd bent van het voorafgaande, is het wellicht nuttig om te kijken wat de gevolgen zijn van niet-naleving van artikel 2:94b/2:204b BW.

In de literatuur bestaat er discussie over de civielrechtelijk sanctie voor het geval in strijd met dit artikel wordt gehandeld, wanneer de beschrijving of accountantsverklaring ontbreekt of wanneer de wettelijke periode van vijf maanden niet is nageleefd.

Volgens Maeijer (Asser-Maeijer 2-III, Deventer 2000, nr. 132) is de strekking van de regeling (slechts) dat indien de beschrijving binnen de wettelijke termijn is opgemaakt en een positieve accountantsverklaring is afgegeven en openbaar gemaakt, vaststaat dat de inbrenger met de betreffende inbreng in natura aan zijn wettelijke stortingsplicht heeft voldaan. Bij het ontbreken van de beschrijving en waardering en/of de accountantsverklaring, of bij het overschrijden van de wettelijke periode van vijf maanden is de desbetreffende emissie tegen inbreng in natura zijns inziens niet ongeldig. Het is dan echter aan degene bij wie de aandelen zijn geplaatst, om wanneer de vennootschap – of de curator in het faillissement van de vennootschap – van hem bijstorting in geld vordert met de daarover verschuldigde rente vanaf het tijdstip dat aan de inbrengplicht had moeten worden voldaan, te stellen en te bewijzen dat, en zo ja, tot welk nominaal bedrag van de stortingsplicht in geld uitgedrukt indertijd in natura is ingebracht. Voor het resterende verschil is hij tot bijstorting in geld met rente gehouden.

De mening van anderen is dat, indien een emissie tegen inbreng in natura wordt overeengekomen, maar de vennootschap geen beschrijving of waardering maakt of de accountantsverklaring ontbreekt, de overeenkomst tot emissie tegen inbreng in natura geldig is, maar de toegezegde aandelen niet rechtsgeldig kunnen worden verkregen. Indien de uitgifte niettemin heeft plaatsgevonden, is deze nietig. Indien de als inbreng bedoelde overdracht reeds heeft plaatsgevonden en rechtsgeldige plaatsing van de toegezegde aandelen uitblijft, dan zal de wederpartij het ingebrachte uit onverschuldigde betaling kunnen terugvorderen (Van Schilfgaarde/Winter, Van de NV en de BV, Deventer 2003, p. 67).

Indien er geen emissie is, kan deze ook niet ongeldig zijn. Een bijkomende vraag is dan of een aandeelhouder – of

Dit artikel uit *Vennootschap & Onderneming* is gepubliceerd door Boom Juridisch en is bestemd voor anonieme bezoekers

de curator in het faillissement van de aandeelhouder – de inbreng om niet, wegens het niet naleven van artikel 2:94b/2:204b BW, kan terugvorderen uit onverschuldigde betaling. Ten eerste kan, zoals hiervoor beschreven, een inbreng om niet als titel hebben versterking van het vermogen van de vennootschap. Ingeval de titel versterking van het vermogen is, lijkt mij dat van onverschuldigde betaling geen sprake kan zijn. Ten tweede is het doel van artikel 2:94b/2:204b BW bescherming van het kapitaal van de vennootschap. Het strookt mijns inziens niet met dit doel dat een aandeelhouder het ingebrachte, met een beroep op onverschuldigde betaling, zou kunnen terugvorderen.

Bovendien ben ik van mening dat de leden 1 en 2 van artikel 2:94b/2:204b BW inderdaad niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Een dergelijke sanctie blijkt mijns inziens noch uit de wet noch uit de wetsgeschiedenis. Dit in tegenstelling tot artikel 2:94c/2:204c BW, waar de wetgever uitdrukkelijk in een sanctie heeft voorzien bij niet-naleving van dit artikel, namelijk vernietiging ten behoeve van de vennootschap.

Het voorgaande is wellicht handig om in het achterhoofd te houden als men zich op het standpunt stelt om bij een inbreng om niet toch een beschrijving en accountantsverklaring krachtens artikel 2:94b/2:204b BW te verlangen. Men adviseert dan om, met het oog op een eventuele bestuursaansprakelijkheid, een beschrijving op te maken waarover dan een ‘ten-minste-nul-verklaring’ door de accountant moet worden afgegeven. Buiten het feit dat artikel 2:94b/2:204b BW als doel heeft het kapitaal van de vennootschap te beschermen en niet het bestuur tegen aanspraken, is het nog maar de vraag of het bestuur gewaagd met een accountantsverklaring niet zal kunnen worden aangesproken als later blijkt dat de inbreng om niet een zo nadelig effect heeft gehad op de vennootschap, dat dit heeft geresulteerd in het faillissement van de vennootschap.

Conclusie

Noch uit de wettekst noch uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever heeft bedoeld dat artikel 2:94b/2:204b BW zich ook uitstrekt tot een informele kapitaalstorting. De leden 1 en 4 van dit artikel noemen uitsluitend het nemen van aandelen dan wel een bijstorting op niet-volgestorte aandelen. Nergens geeft de tekst van de wet een aanknopingspunt dat een informele kapitaalstorting ook onder werking van dit artikel zou vallen. Weliswaar noemt artikel 27 van de Tweede EEG-Richtlijn expliciet de *uitgifte van aandelen*, terwijl artikel

2:94b/2:204b BW spreekt van *inbreng op aandelen*, maar gelet op artikel 2:94a/2:204a BW meen ik dat de wetgever heeft bedoeld dat deze beide artikelen uitsluitend betrekking hebben op de situatie dat bij of na oprichting aandelen worden uitgegeven die worden volgestort in natura. Bovendien blijkt uit de MvT niet dat de wetgever in dit artikel zwaardere eisen heeft willen stellen dan krachtens de Tweede EEG-Richtlijn zijn voorgeschreven.

Ten slotte wijs ik erop dat, voor wat betreft de gevolgen van het niet naleven van de voorschriften van artikel 2:94b/2:204b BW, een aandeelhouder het door hem ingebrachte niet als onverschuldigd betaald kan terugvorderen met een beroep op niet-naleving van de voorschriften van dit artikel. Daarnaast ben ik van mening dat het toepassen van de voorschriften van artikel 2:94b/2:204b BW op een inbreng om niet in natura met het oog op bescherming van het bestuur tegen aanspraken voorbijgaat aan het doel waarvoor dit artikel is geschreven, namelijk kapitaalbescherming.

Mr. B.C. Brons
Allen & Overy