

Kwalificatie van omzetting van een vordering in aandelenkapitaal

Inleiding

Bij financiële herstructurerings bestaat geregeld de wens om vreemd vermogen (bestaande uit een aandeelhouderslening) om te zetten in eigen vermogen. Redenen kunnen onder andere zijn een verlaging van de rentelasten of het verbeteren van de solvabiliteitsratio. Sinds 1 januari 2006 leidt een dergelijke omzetting niet meer tot verschuldigdheid van kapitaalsbelasting. De vraag die vervolgens opkomt, is hoe deze omzetting juridisch vorm te geven.

Begin jaren negentig ontstond een levendige discussie over de vraag of een omzetting van een vordering in kapitaal onder de inbrengcontrole van artikel 2:94/204b BW valt. Deze discussie speelde zich voornamelijk af in WPNR tussen aan de ene kant Santen en aan de andere kant Roos, Dortmund en Van der Grinten.¹ Ondanks dat de wetgever helder omschrijft hoe men met de inbrengverplichting bij BV's en NV's moet omgaan, bestaat in de literatuur verschil van mening over deze vraag.

De heersende opvatting leert dat kapitaliseren van een vordering kan geschieden zowel door een inbreng als door verrekening van de vordering. In de literatuur wordt niet altijd onderscheid gemaakt tussen 'verrekening' en 'inbreng' van een vordering, aangezien beide figuren leiden tot hetzelfde resultaat. Maeijer meent dat de inbreng van een vordering op de vennootschap door de tot storting verplichte aandeelhouder moet worden gezien als inbreng in geld en niet als inbreng in natura.² Van Schilfgaarde heeft bepleit dat de storting moet worden gezien als een 'andere inbreng', waarop echter de regeling inzake 'anders dan in geld' niet van toepassing is.³

In mei 2006 verscheen het proefschrift van J.B.W.M. Kemperink met een geheel andere visie. Volgens Kemperink is een waardering van de 'in te brengen' of 'te verrekenen' vordering naar economische maatstaven vereist, omdat het hier een in natura-storting betreft.⁴ Kemperink druipt derhalve met zijn stellingname in tegen de heersende leer.

1. A.H.M. Santen, Quasi-inbreng na het feest, WPNR (1993) 6100, p. 549; P. Roos, Reactie, WPNR (1993) 6115, p. 898-899; P.J. Dortmund, Reactie, WPNR (1993) 6115, p. 889; W.C.L. van der Grinten, Reactie, WPNR (1993) 6115, p. 900.

2. Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 97 en 121.

3. P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, Deventer: Gouda Quint 2001, nr. 23.

4. J.B.W.M. Kemperink, Vraagstukken rond (terug)storting op NV/BV-aandelen en van coöperatierecht, uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer 2006.

Hij bespreekt in zijn proefschrift onder andere de vragen of 'omzetting van een vordering in kapitaal' door verrekening gelet op de werking van verrekening tot een kapitaalstorting leidt en of 'omzetting van een vordering in kapitaal' door inbreng van een vordering of door verrekening onder de inbrengcontrole valt.⁵

Moet de praktijk, die graag steunde op de hiervoor beschreven heersende leer, haar werkwijze als gevolg van Kemperinks analyse herzien?

Omzetting door inbreng

Onder omzetting van een vordering in kapitaal door inbreng wordt verstaan 'het inbrengen van geld of een goed ter nakoming van de stortingsplicht als kapitaal aan de vennootschap ter beschikking stellen door het op de aandelen te storten'.⁶

Over de gedachte dat een vordering op een debiteur niet door de crediteur kan worden overgedragen aan de debiteur, bestaat in de literatuur verschil van mening. Buijn is van mening dat de inbreng van een vordering in de vennootschap ter nakoming van de stortingsverplichting, strikt genomen, er niet op gericht zou zijn de vennootschap op de vordering gerechtigd te maken.⁷ De Hoge Raad heeft evenwel ter zake van een omruiling van een obligatie in een aandeel, de mogelijkheid van een inbreng van een vordering op de vennootschap erkend.⁸ Kemperink deelt de mening van de Hoge Raad en meent dat de crediteur zijn vordering niet in zijn hoedanigheid van crediteur overdraagt aan de vennootschap, maar dat doet bij wijze van storting op aandelen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder die zijn stortingsplicht nakomt.⁹ Het feit dat de verkregen vordering als gevolg van vermenging op grond van artikel 6:161 BW direct tenietgaat, doet aan het gerechtigd maken van de vennootschap niets af.

Omzetting door verrekening

Onder omzetting van een vordering in kapitaal door verrekening wordt verstaan 'een verrekening van een schuld van de vennootschap aan haar aandeelhouder, met een vordering tot storting van de vennootschap op die aandeelhouder'.¹⁰

Bij verrekening is volgens Kemperink geen sprake van 'het voldoen van eigen schuld met een tegenvordering', maar van opheffing van eigen schuld tegen opheffing van een eigen vordering. Hij meent dat beide verplichtingen tenietgaan en dus niet worden nagekomen. Volgens hem bestaan er twee verbintenissen: (1) de stortingsverplichting

5. Kemperink 2006, p. 74.

6. Kemperink 2006, p. 82-83.

7. F.K. Buijn, Storting op aandelen (III), WPNR (1986) 5808, p. 745.

8. HR. 23 december 1937, NJ 1938, 538 m.nt. E.M. Meijers.

9. Kemperink 2006, p. 85-87.

10. Kemperink 2006, p. 82-84.

ting tegenover de stortingsvordering en (2) de verplichting tot betaling van de schuld tegenover de vordering om de schuld te voldoen. Deze twee verbintenissen gaan op grond van artikel 6:127 BW krachtens verrekening beide tot hun gemeenschappelijk beloop teniet, wanneer een schuldenaar heeft verklaard dat hij zijn schuld met een vordering verrekent. De opheffing van deze twee verbintenissen betekent volgens Kemperink dat de geldschuld van de vennootschap vervalt tegen het tenietgaan van haar vordering op de aandeelhouder om geld te storten. Hij concludeert vervolgens dat dit leidt tot het niet voldoen aan de stortingsverplichting op grond van artikel 2:80/191 lid 1 BW. De stortingsplicht in geld wordt immers niet nagekomen en de vordering tot storting wordt niet in geld geïnd. Gelet op de werking van de verrekening gaat het Kemperink te ver om zonder wettelijke fictie tot een geldige storting in geld te komen.

Kemperink laat hier een ander geluid horen dan Maeijer, die wel aanvaardt dat aan de stortingsplicht volgens artikel 2:80/191 lid 1 BW wordt voldaan wanneer een vordering wordt omgezet in kapitaal door verrekening.¹¹ Iemand die met een economische bril naar deze kwestie kijkt, zal zich afvragen waar nu toch het probleem ligt. Een omzetting van een vordering in kapitaal door verrekening zal in zijn ogen namelijk niets anders zijn dan dat de vordering verdwijnt en het eigen vermogen met hetzelfde bedrag toeneemt. Als gevolg van deze eenvoudige boekhoudkundige exercitie voltrekt zich op de balans niets bijzonders en het geld staat de vennootschap nog steeds ter beschikking zonder dat de crediteuren worden benadeeld. Ook vanuit juridische dogmatiek roept de visie van Kemperink vragen op. De wet spreekt in artikel 6:127 BW dan wel van verbintenissen die 'teniet gaan' (en daarmee volgens Kemperink niet zijn nagekomen), de figuur van de verrekening vertoont genoeg overeenkomsten met een normale nakoming van de stortingsverplichting. Hier is de figuur ook voor bedoeld. Kemperinks gedachte dat hier een wettelijke fictie nodig zou zijn, lijkt mij te ver gaan. De wetgever heeft ten aanzien van de stortingsverplichting de mogelijkheid tot verrekening immers niet uitdrukkelijk uitgesloten. Dit is bijvoorbeeld wel gedaan in artikel 6:132, 6:133, 6:135 en 6:136 BW. De mogelijkheid van verrekening staat derhalve open indien aan het wettelijke vereiste van artikel 6:127 BW is voldaan. Dat de wetgever voor een geldige storting op aandelen een additioneel vereiste stelt dat de vennootschap met de verrekening moet instemmen, doet hier niets aan af. Ter vermijding van misverstanden verdient het mijns inziens aanbeveling dat het emissiebesluit goed geredigeerd wordt, aldus dat uitdrukkelijk wordt bepaald dat de stortingsplicht in geld luidt en dat de betaling zal geschieden door verrekening.

11. Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 97.

Storting in geld versus inbreng in natura

Bij omzetting van een vordering in kapitaal door inbreng bestaat de vraag of dit moet worden gekwalificeerd als 'storting in geld' of 'inbreng in natura'. Het gevolg van de kwalificatie van een inbreng in natura brengt met zich dat een dergelijke inbreng door een onafhankelijk deskundige dient te worden gewaardeerd. Deze eis vloeit voort uit artikel 27 van de tweede EEG-richtlijn. Deze regeling werd voor de NV uitgewerkt in artikel 2:94a en 2:94b BW en vanaf 1986 een soortgelijke regeling voor de BV in artikel 2:204a en 2:204b BW. De achterliggende gedachte was dat voorkomen moet worden dat door een te hoge waardering van de inbreng in natura, de hiermee te verrichten storting niet zou corresponderen, met het nominale bedrag van de uitgegeven aandelen met als gevolg dat de kapitaalrealiteit zou worden ondermijnd.¹² Dit alles ten nadele van belanghebbenden zoals crediteuren en medeaandeelhouders.

De heersende leer pleit voor de kwalificatie als een 'storting in geld'. Dit hangt samen met het oude artikel 2:94c BW. Deze bepaling schreef voor dat, indien storting werd overeengekomen door inbreng van of verrekening met een vordering op de vennootschap, de bestuurders een beschrijving opmaken van de prestatie waartegen de vordering was ontstaan. Deze beschrijving moest vervolgens worden onderworpen aan een inbrengcontrole. Voor de BV was een soortgelijke regeling ontworpen, die echter nooit in de wet is opgenomen. Het oude artikel 2:94c stond gedurende korte tijd in de wet en bij de tweede Wet nieuwe regeling kapitaal BV werd deze bepaling geschrapt.¹³ De wetgever stelde zich op het volgende punt:

'Ongeacht de oorsprong moet de vennootschap een rechtsgeldige schuld betalen voor het volle bedrag. Er is geen reden om dan een door de vennootschap gewenste verrekening te bemoeilijken. Los van dit alles kan het bestuur aansprakelijk worden gesteld, indien het de te verrekenen schuld tevoren is aangegaan zonder voldoende tegenprestatie.'¹⁴

Volgens Kemperink blijft, ondanks het schrappen van dit artikel, de vraag bestaan of inbreng van een vordering van een aandeelhouder op de vennootschap 'storting in geld' dan wel 'inbreng in natura' is. Uit de gedachte dat storting door 'inbreng van een vordering' overeengekomen dient te worden, leidt Kemperink af dat de wetgever 'inbreng van een vordering' niet als storting in geld ziet: aangezien de storting in geld uit de wet voortvloeit en derhalve niet overeengekomen dient te worden.¹⁵ Kemperink betoogt dat bij omzetting van een vordering in

12. Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 123.

13. P.J. Dortmund, *Reactie*, WPNR (1993) 6115, p. 889.

14. Kamerstukken II 1983/84, 16 551, nr. 11, p. 10.

15. Kemperink 2006, p. 90-96.

Vennootschap & Onderneming

aandelenkapitaal de vordering zelf onderwerp van inbreng is en niet het corresponderende bedrag in geld; een inbreng van een vordering van de aandeelhouder op de vennootschap dient daarom als een 'inbreng in natura' te worden gekwalificeerd en is aan een inbrengcontrole onderworpen. Een accountant dient vervolgens na te gaan of de vennootschap een juiste waarde aan de vordering toekent door te verklaren dat hetgeen wordt ingebracht ten minste het nominale bedrag van de stortingsplicht belooft.

In de situatie dat een omzetting door 'verrekening' (met behulp van Kemperinks wettelijke fictie) wel te realiseren is, is zij volgens hem aan te merken als inbreng in natura die onder de inbrengcontrole valt. Omdat er sprake is van opheffing van schulden tegenover opheffing van vorderingen en er daarmee geen sprake is van nakoming van die schulden en inning van die vorderingen door storting in geld, is er volgens Kemperink sprake van 'inbreng in natura' met de daarmee gepaard gaande inbrengcontrole. Dat geldschulden tegen geldvorderingen worden opgeheven, levert geen storting in geld op. Kemperink geeft hiermee aan dat het aan de vennootschap te betalen bedrag ook werkelijk voor de vennootschap beschikbaar moet zijn. Bovendien is sprake van de opheffing van een geldvordering. Dit is een goed in de zin van de wet en geen storting in geld, aldus Kemperink.¹⁶

Deze opvattingen van Kemperink gaan in tegen de heersende leer die uitgaat van de interpretatie dat verrekening een storting in geld vormt.¹⁷ Kemperink geeft zelf al aan dat de overige literatuur, rechtspraak en wetgeving een verrekening wel kwalificeren als storting in geld.¹⁸ Kemperink pleit voor een omzetting die is onderworpen aan een inbrengcontrole ter bescherming van crediteuren. Moeilijk valt in te zien hoe de omzetting de positie van crediteuren dan wel van de medeaandeelhouders zou kunnen benadelen. De solvabiliteit van de vennootschap wordt immers juist beter. Van deze solvabiliteitsverbetering profiteren alle crediteuren en alle aandeelhouders, en er valt net zoveel te halen als voor de omzetting, hun onderlinge gerechtigdheid tot het verhaalsobject wordt zelfs groter. Tevens wordt het belang van de medeaandeelhouders gedekt doordat een aandeelhoudersbesluit vereist is voor een omzetting. De omzetting komt voorts niet in conflict met het beginsel van *paritas creditorum* als bedoeld in artikel 3:177 BW. Een paulianeuze handeling kan er ook niet in worden gezien. Zo vereist de wet voor de actio pauliana op grond van artikel 3:45 BW onder andere dat door de rechtshandeling één of meer schuldeisers zouden worden benadeeld. Door de omzetting heeft de vennootschap in elk geval één crediteur minder en is de 'taart' nog

even groot. Kortom, een inbrengcontrole lijkt een onwenselijke verzwaring van de procedure die gezien het te beschermen belang (de verhaalsmogelijkheid van crediteuren en het behouden van de kapitaalrealiteit niet eens nodig is. De omzetting in kapitaal is niet anders te zien dan één van de crediteuren van de vennootschap die genoeg neemt met de grootst mogelijke achterstelling van zijn vordering.

Omzetting waardeloze vordering is geen kapitaalstorting

Kemperink is van mening dat het omzetten van waarde-loze vorderingen geen geldige kapitaalstorting is. De stortingsplicht wordt volgens hem alleen nagekomen door storting of omzetting van een reële vordering. Er is sprake van een reële vordering wanneer een vordering waartegenover aan de actiefzijde van de balans een waarde staat waarmee de vennootschap de nominale waarde van de vordering kan voldoen. Is dit niet het geval, dan zijn de nominale, reële waarden van de vorderingen die worden ingebracht of verrekend, op het moment van de omzetting niet daadwerkelijk voor de storting beschikbaar.

De hiervoor genoemde opvatting van Kemperink gaat in tegen de opvatting van Van der Grinten, die uitgaat van het belang van de aandeelhouders dat niet wordt geschonden. De vordering van de aandeelhouders is immers minder waard dan haar nominaal bedrag indien het vermogen van de vennootschap negatief is. In dat geval is de actuele waarde van de aandelen nihil. De positie van de andere aandeelhouders wordt hierdoor niet ongunstiger.¹⁹ Bressers sluit zich hierbij aan en is van mening dat de inbreng op de nominale waarde gewaardeerd kan worden. Zijn argument is dat de vennootschap hierdoor niet benadeeld wordt en dus haar crediteuren ook niet.²⁰ Algemeen wordt aangenomen dat aangezien de vennootschap zelf crediteur is, de vordering jegens haar het volle bedrag waard is en derhalve aan de stortingsverplichting wordt voldaan.

Slotopmerkingen

Bij de visie van Kemperink zijn enkele vraagtekens te plaatsen. Kemperink erkent de mogelijkheid van omzetting van een vordering in kapitaal door inbreng, maar dan alleen als een inbreng in natura. Het belang van een inbrengcontrole is de verhaalsmogelijkheid van crediteuren, de bescherming van medeaandeelhouders en het behouden van de kapitaalrealiteit. Ik zie niet in hoe een omzetting de positie van crediteuren dan wel van de medeaandeelhouders zou kunnen benadelen, aangezien hun onderlinge gerechtigdheid tot het verhaalsobject zelfs groter wordt. De inbrengcontrole brengt mijns inziens

16. Kemperink 2006, p. 90-96.

17. Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 97.

18. Kemperink 2006, p. 94.

19. W.C.L. van der Grinten, *Reactie*, WPNR (1993) 6115, p. 900.

20. H.J.W.M. Bressers, *Omzetting van een vordering op de vennootschap in kapitaal*, TVVS 1986, p. 295-297.

een verzwaring van de procedure met zich die, gezien het belang dat zij moet beschermen, niet eens nodig is.

Tevens is Kemperink van mening dat, bij omzetting van vordering door verrekening, zonder fictie geen kapitaalstorting plaatsvindt. Mijns inziens is de figuur van verrekening in Boek 6 bedoeld als wijze van betaling. Een verrekening van geldschulden is een betaling in geld en derhalve de nakoming van de stortingsverplichting.

Mr. M.J.C. Arends

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Allen & Overy