

VOLSTORTING VAN AANDELEN BIJ OPRICHTING BESLOTEN VENNOOTSCHAP NAAR NEDERLANDS RECHT

PAS OP VOOR AANSPRAKELIJKHEID!

Bij faillissement van een kapitaalvennootschap naar Nederlands recht, onderzoekt de curator onmiddellijk of aan de verplichting tot volstorting van de aandelen is voldaan. Dat hier veel mee mis kan gaan – met vervelende gevolgen voor oprichters, aandeelhouders en bestuurders – wordt door de rechtspraak geïllustreerd.

Bij de oprichting van een besloten vennootschap met volstorting in contanten voorafgaand aan de oprichting, dient er op te worden gelet dat wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2:203a Burgerlijk Wetboek. Dat artikel luidt voor zover van belang:

Artikel 203a

1. Indien voor of bij de oprichting op aandelen wordt gestort in geld, moeten aan de akte van oprichting een of meer verklaringen worden gehecht, inhoudende dat de bedragen die op de bij de oprichting te plaatsen aandelen moeten worden gestort: (...)
- b. hetzij alle op een zelfde tijdstip, ten vroegste vijf 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 in de akte aanvaardt. (...)
4. Worden voor de oprichting aan de rekening, bedoeld in onderdeel b van lid 1, bedragen onttrokken, dan zijn de oprichters hoofdelijk jegens de vennootschap verbonden tot vergoeding van die bedragen, totdat de vennootschap de onttrekkingen uitdrukkelijk heeft bekrachtigd. (...)

De gebruikelijke tekst van de in lid 1 bedoelde bankverklaring is:

“dat zij ten name van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid i.o. *** i.o., rekeningnummer *** in haar administratie aanhoudt, dat deze rekening per {datum} een creditsaldo aangaf van EUR *** en dat een gedeelte van voormeld creditsaldo ter grootte van EUR *** volgens mededeling van medeondergetekende(n)¹ ontstaan is ten titel van storting op de bij oprich-

¹ De oprichter(s).

ting van voormelde vennootschap te plaatsen aandelen; dat genoemde rekening uitsluitend ter beschikking van de vennootschap zal staan, nadat wij van u bericht hebben ontvangen dat de vennootschap in de akte van oprichting de storting op de bij de oprichting geplaatste aandelen heeft aanvaard"

De bankverklaring wordt veelal voor akkoord getekend namens de oprichter al schrijft de wet dit niet voor. De oprichter dient zich het belang hiervan te realiseren!

Voor de volstortingsplicht geldt een verjaringstermijn van vijf jaar. Veel aandeelhouders en kopers van vennootschappen menen dat zij mogen afgaan op de bankverklaring en de bekrachtiging door de vennootschap. Die gedachte is onjuist. Uit diverse uitspraken van de Hoge Raad blijkt dat uitsluitend naar de feitelijke gang van zaken wordt gekeken. Dit betekent dat er dient te worden getoetst of er aan de verplichtingen op grond van artikel 203a is voldaan:

- bij oprichting: door aandeelhouder, oprichter en bestuur;
- bij fusie en overname: door de verkrijger en het nieuwe bestuur (is niet meer nodig als de verjaringstermijn voorbij is).

IN DE PRAKTIJK GEMAAKTE FOUTEN

In de praktijk worden hier fouten mee gemaakt die kunnen leiden tot aansprakelijkheid van aandeelhouders, oprichters en bestuurders. Gemaakte fouten zijn onder meer:

1. De aandeelhouder stort op een tijdstip langer dan vijf maanden voor de datum van oprichting op de rekening van de vennootschap i.o.
2. Uit de omschrijving bij de overboeking blijkt niet duidelijk dat storting op aandelen wordt beoogd.
3. Het bedrag wordt niet door de aandeelhouder zelf gestort maar door een derde.
4. Er wordt een bedrag op de rekening gestort ten behoeve van de bankverklaring en er vóór de oprichting weer afgehaald.
5. De oprichter en de bestuurder die verantwoordelijk zijn voor de bekrachtiging, gaan niet zorgvuldig na of er wel aan de volstortingsformaliteiten is voldaan.
6. Er vindt geen bekrachtiging door de vennootschap van de onttrekkingen in de voorperiode plaats.

Consequentie is dat de vennootschap en/of de curator van de gefailleerde vennootschap het standpunt kan innemen dat geen rechtsgeldige volstorting van de aandelen heeft plaats gevonden. Zij kunnen alsnog betaling van het stortingsbedrag vorderen van de aandeelhouder, en zij kunnen de oprichter en bestuurder aansprakelijk stellen voor ten minste hetzelfde bedrag. Hoewel er op het standpunt van sommige curatoren

soms wel iets valt af te dingen, bijvoorbeeld als in de onder 1. en 2. genoemde gevallen een storting wordt genegeerd, is er nog geen rechtspraak die zekerheid biedt. In de bijlage bij deze notitie zijn een aantal belangrijke uitspraken samengevat.

Om problemen te voorkomen adviseer ik daarom de wet- en regelgeving zo nauwgezet mogelijk uit te voeren. Houdt er rekening mee dat men binnen het notariaat niet altijd aandacht heeft voor deze problematiek.

AANBEVELINGEN

Mijn aanbevelingen aan aandeelhouder, oprichter en bestuurder zijn de navolgende:

- A. De aandeelhouder, oprichter en bestuurder dienen bij oprichting te verifiëren of de storting in contanten daadwerkelijk op een tijdstip binnen vijf maanden vóór de oprichting heeft plaats gevonden. Win bij twijfelgevallen juridisch advies in.
- B. Vermeldt als aandeelhouder bij de overboeking op de rekening van de vennootschap i.o. in de omschrijving duidelijk dat sprake is van “storting op aandelen”.
- C. Combineer de storting op aandelen niet met andere overboekingen (zoals verstrekking van geldleningen).
- D. Laat de betaling van de storting nooit door een derde geschieden.
- E. Voer nooit een kasrondje uit om te zorgen dat er vlak voor de oprichtingsdatum voldoende saldo op de rekening van de vennootschap i.o. staat.
- F. Let er op dat de vennootschap de onttrekkingen (uitgaven) in de voorperiode bekrachtigt.
- G. Bewaar zorgvuldig de bewijsstukken waaruit blijkt (1) dat er is volgestort, (2) dat bekrachtiging door de vennootschap heeft plaats gevonden.

ADVIES

De ondernemingsrechtadviseurs van Pellicaan Advocaten (www.pellicaan.nl) kunnen in voorkomende gevallen nader adviseren over bovengenoemde problematiek.

Ellen Timmer
ellen.timmer@pellicaan.nl
september 2009

BIJLAGE - VOORBEELDEN UIT DE RECHTSPRAAK

REËLE TERBESCHIKKINGSTELLING

In diverse uitspraken is aan de orde geweest dat er van een reële terbeschikkingstelling door de aandeelhouder sprake dient te zijn, onder meer in de volgende uitspraken:

1. Een derde stort een bedrag op de rekening van de vennootschap in oprichting. Daags na de storting en nog vóór de oprichting wordt het bedrag terugbetaald aan die derde. Hiermee is niet voldaan aan de eisen van artikel 203a lid 1 sub b, nl. dat de betreffende middelen reëel en zonder belemmeringen aan de vennootschap ter beschikking zijn gesteld. De aandeelhouder wordt veroordeeld tot volstorting. Rechtbank 's- Gravenhage 28 juli 2004.
2. Er is nooit gestort maar er is wel een bankverklaring ex artikel 203a lid 1 sub b. afgegeven. Oprichter en aandeelhouder zijn dezelfde rechtspersoon. De oprichter/ aandeelhouder wordt veroordeeld tot volstorting. Rechtbank 's-Gravenhage 9 januari 2002.
3. De bankverklaring ex artikel 203a lid 1 sub b. is afgegeven op basis van een banksaldo ontstaan door de exploitatie in de voorperiode. De curator vordert dat X, die als oprichter van de vennootschap was opgetreden en bij oprichting aandeelhouder werd, alsnog zijn aandelen zal volstorten. Het verweer dat X een onderneming heeft ingebracht en deze een waarde van meer dan de stortingsplicht vertegenwoordigde, wordt afgewezen omdat niet is gebleken dat de onderneming voldoende waarde vertegenwoordigde. De vordering van de curator wordt gehonoreerd. Hof 's- Hertogenbosch 12 juli 2001.
4. Een bankverklaring ex artikel 203a lid 1 sub b. werd afgegeven op basis van een rekening ("rekening 1") waarop een saldo was ontstaan doordat vanaf een andere rekening ("rekening 2", waarop een rekening-courant krediet was verleend door bank) een bedrag was overgeschreven op rekening 1. De aandeelhouders hadden geen bedrag op de rekening gestort. Ook hier was niet aan de volstortingsplicht voldaan. De aandeelhouder wordt veroordeeld tot volstorting. HR 24 maart 2000.

5. Er is een bankverklaring ex artikel 203a lid 1 sub b. afgegeven op basis van een aanwezig banksaldo. De aandeelhouder stelt zich op het standpunt dat hij na oprichting heeft volgestort. De bank heeft een betaling van NLG 150.000 gedaan, waarin het te storten bedrag van NLG 40.000 zou zijn inbegrepen. Dit blijkt echter niet uit de financiële stukken. De aandeelhouder wordt in de gelegenheid gesteld bewijs te leveren dat de betaling inderdaad een storting op aandelen omvatte. Rechtbank Arnhem 6 februari 1999. Een gelijksoortige zaak is Rechtbank Rotterdam 19 september 1996.

TERUGLENNEN AAN DE AANDEELHOUDER

In een oudere uitspraak is aan de orde geweest dat het in contanten gestorte bedrag na oprichting wel aan de aandeelhouder mag worden geleend:

6. Een aandeelhouder stort een bedrag op de rekening van de op te richten vennootschap en leent het bedrag na de oprichting terug. Er is aan de volstortingsplicht voldaan omdat het bedrag nog steeds (als vordering op de aandeelhouder) deel uitmaakt van het vermogen van de vennootschap. Hof Amsterdam 28 maart 1996.

STORTING VÓÓR DE VIJFMAANDENTERMIJN

De situatie dat de aandeelhouders vóór de aanvang van de vijfmaandentermijn van artikel 203a hebben betaald is enkele keren in de rechtspraak aan de orde geweest.

7. In de uitspraak van de rechtbank Alkmaar van 17 maart 2004 was een bankverklaring ex artikel 203a lid 1 sub b. afgegeven op basis van door de bank op de rekening van de vennootschap gestort krediet. De rechtbank accepteerde dit niet als volstorting door de aandeelhouders. Voorts overweegt de rechtbank dat niet is gebleken dat de aandeelhouders in de periode van vijf maanden vóór oprichting aan hun stortingsplicht hebben voldaan. De mogelijkheid dat de aandeelhouders vóórafgaand aan de vijfmaandentermijn al bedragen aan de vennootschap i.o. hebben betaald, acht de rechtbank niet relevant.