

Informele kapitaalstorting en kapitaalbescherming

Inleiding

Wanneer aandeelhouders het vermogen van hun vennootschap willen versterken, worden er vaak aandelen uitgegeven. Het komt niet zelden voor, dat daarop een bedrag groter dan de nominale waarde wordt gestort. In de praktijk komt het ook voor, dat het eigen vermogen wordt versterkt zonder dat daarvoor nieuwe aandelen worden verkregen. Dit doet zich veelal voor in situaties waarin sprake is van een 100%-aandeelhouder. Hoewel het begrip niet is terug te vinden in het Burgerlijk Wetboek, wordt dit in de literatuur een 'informele kapitaalstorting' genoemd: een aandeelhouder bevoordeelt bewust en in die hoedanigheid de vennootschap door het inbrengen van vermogen, waar- tegenover geen aandelen worden uitgegeven.

De bevoordeling kan plaatshebben in de vorm van geld, goederen of in de kostensfeer. Bij dit laatste kan men denken aan het niet bedingen van rente of van een niet-markt-conforme lage rente bij een leningovereenkomst. De inbreng van goederen geschiedt doorgaans door overdracht ten titel van informele kapitaalstorting. Informele kapitaalstorting wordt in de praktijk beschouwd als een geldige titel van overdracht. Om onduidelijkheden betreffende de titel van overdracht te voorkomen zou men er goed aan doen ook in die gevallen waarin voor de overdracht geen vormvoorschrift geldt, een schriftelijk stuk op te maken waarin beschreven wordt dat de inbreng aangemerkt dient te worden als een informele kapitaalstorting.

Artikel 2:94b/204b BW

In de literatuur is de vraag gerezen of een informele kapitaalstorting kan worden aangemerkt als een inbreng op aandelen. Zou dit inderdaad het geval zijn, dan is artikel 2:94b/204b BW van toepassing. Dit artikel ziet immers op de situatie waarin na de oprichting inbreng op aandelen anders dan in geld wordt overeengekomen. Het bestuur van de vennootschap maakt dan overeenkomstig artikel 2:94a/204a lid 1 BW een beschrijving van hetgeen wordt ingebracht. Een accountant verklaart vervolgens dat de waarde van hetgeen wordt ingebracht ten minste het nominale bedrag van de stortingsplicht belooft.

Aangenomen wordt dat artikel 2:94b/204b BW alleen van toepassing is in het geval van inbreng in natura ter voldoening aan de stortingsplicht in de zin van artikel 2:80/191 BW.¹ Nu een informele kapitaalstorting geen storting is op nieuw uit te geven aandelen, noch een latere storting op reeds uitgegeven en volgestorte aandelen, valt

1. Zie ook de reactie van P. van Schilfgaarde in de Rechtsvragenrubriek, *Inbreng om niet*, WPNR (1989) 5903, p. 81.

een informele kapitaalstorting mijns inziens niet onder de werking van artikel 2:94b/204b BW en is derhalve geen accountantsverklaring vereist.

Artikel 2:94c/204c BW

De vraag die vervolgens rijst, is of een accountantsverklaring dan wellicht vereist is op grond van artikel 2:94c/204c BW. Artikel 2:204c BW vindt toepassing, wanneer goederen worden verkregen of vorderingen worden verrekend die (a) een jaar voor de oprichting of nadien toebehoorden aan de oprichters of aandeelhouders, en (b) dit geschiedt voordat de vennootschap twee jaar is ingeschreven in het handelsregister. Het bereik van artikel 2:94c BW is beperkter in die zin dat artikel 2:94c BW slechts ziet op de inbreng van goederen of vorderingen die een jaar voor de oprichting toebehoorden aan de *oprichters* van de verkrijgende vennootschap.

Het doel van artikel 2:94c/204c BW is te voorkomen dat artikel 2:94a/204a BW wordt omzeild. Volgens artikel 2:94a/204a BW dient, zoals hiervoor vermeld, een beschrijving te worden opgemaakt van hetgeen anders dan in geld wordt gestort op de bij oprichting te nemen aandelen. Een accountant verklaart vervolgens dat de waarde van de inbreng ten minste de nominale waarde van de bij oprichting te plaatsen aandelen belooft. Artikel 2:94c/204c BW voorkomt nu dat de regeling van artikel 2:94a/204a BW vermeden wordt door de vennootschap in contanten op te richten, en vervolgens binnen twee jaar na de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister goederen te verkopen aan de vennootschap, zonder dat dan een beschrijving van de inbreng en een accountantsverklaring nodig zijn.

De vraag is allereerst of een informele kapitaalstorting onder de letterlijke definitie van artikel 2:94c/204c BW valt. Deze vraag kan mijns inziens bevestigend worden beantwoord. Hiervan is namelijk sprake indien binnen twee jaar na de inschrijving van de verkrijgende vennootschap in het handelsregister goederen van de oprichter/aandeelhouder worden ingebracht die een jaar voor de oprichting of nadien toebehoorden aan de oprichter/aandeelhouder.

Indien een informele kapitaalstorting onder het bereik van artikel 2:94c/204c BW valt, kan deze rechtshandeling ten behoeve van de vennootschap worden vernietigd. Vernietiging kan echter niet geschieden, indien (a) de betreffende rechtshandeling met goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders geschiedt, en (b) een accountantsverklaring is afgelegd over de beschrijving van hetgeen wordt ingebracht. De accountant dient te verklaren dat de waarde van hetgeen wordt ingebracht, ten minste overeenkomt met de waarde van de tegenprestatie.

Bij een informele kapitaalstorting is in beginsel echter geen sprake van een tegenprestatie. Er staat immers niets

tegenover de bevoordeling door de oprichter/aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap. Indien geen sprake is van een tegenprestatie, zal de accountant niet kunnen verklaren dat de waarde van de inbreng ten minste de waarde van de tegenprestatie belooft. Het is in dat opzicht dus de vraag of artikel 2:94c/204c BW ziet op situaties waarin een informele kapitaalstorting plaatsvindt.

Tegenprestatie bij informele kapitaalstorting

Artikel 2:94c/204c BW gaat er dus van uit dat tegenover de overdracht door de oprichter/aandeelhouder aan de vennootschap een tegenprestatie staat. Nu bij een informele kapitaalstorting geen sprake is van een tegenprestatie, lijkt het artikel niet van toepassing. Toch kan men zich op het standpunt stellen dat in bepaalde situaties wel degelijk sprake is van een tegenprestatie.² Het kan zo zijn dat de oprichter/aandeelhouder wordt verrijkt ten koste van het vermogen van de verkrijgende vennootschap. Dit doet zich voor als door de oprichter/aandeelhouder een vermogensbestanddeel wordt ingebracht dat een negatieve waarde heeft. Men kan hierbij denken aan de inbreng van een onderneming waarvan de som van de activa en passiva negatief is. De oprichter/aandeelhouder wordt in dat geval verrijkt ten koste van het vermogen van de verkrijgende vennootschap. Het negatieve vermogensbestanddeel verlaat immers het vermogen van de oprichter/aandeelhouder, hetgeen tot gevolg heeft dat de waarde van het vermogen van de oprichter/aandeelhouder toeneemt. Hiertegenover staat de aanvaarding van het negatieve vermogensbestanddeel door de verkrijgende vennootschap die het vermogen van de vennootschap doet afnemen. De aanvaarding van het negatieve vermogensbestanddeel zou kunnen worden beschouwd als een tegenprestatie. De waarde van die tegenprestatie is dan zo groot als de waarde van de inbreng negatief is.

Indien inderdaad sprake is van een tegenprestatie, valt de inbreng van het negatieve vermogensbestanddeel onder het bereik van artikel 2:94c/204c BW en moet de in dat artikel voorgeschreven procedure worden gevolgd. Naast de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders en de beschrijving door het bestuur zal een accountant moeten verklaren dat de waarde van de inbreng ten minste overeenkomt met de waarde van de tegenprestatie. De accountant zal deze verklaring echter niet kunnen afgeven, omdat de waarde van het in te brengen vermogensbestanddeel in een dergelijk geval per definitie niet ten minste de waarde van de tegenprestatie belooft.

Accountantsverklaring bij informele kapitaalstorting

Op een informele kapitaalstorting met een per saldo negatieve vermogenswaarde is dus artikel 2:94c/204c BW van toepassing. Er is dan onder meer een accountantsverklaring vereist. Nu deze in een dergelijk geval niet zal worden verkregen, is de informele kapitaalstorting met een negatieve waarde mijns inziens vernietigbaar. Dit lijkt mij in lijn met de strekking van het artikel om de vennootschap en haar crediteuren te beschermen. De situatie verschilt immers niet veel van die waarin een vermogensbestanddeel tegen een te hoge prijs aan de vennootschap wordt verkocht. In beide gevallen wordt de oprichter/aandeelhouder verrijkt ten koste van het vermogen van de verkrijgende vennootschap en in beide gevallen zal de accountant niet kunnen verklaren dat de waarde van de inbreng ten minste overeenkomt met de tegenprestatie.

Hiertegenover staat het geval dat door de oprichter/aandeelhouder goederen worden ingebracht die geen negatieve waarde hebben. Er is dan geen sprake van een tegenprestatie en de inbreng valt derhalve niet onder de werking van artikel 2:94c/204c BW. De vraag rijst of in die situatie toch de in artikel 2:94c/204c BW voorgeschreven procedure gevolgd zou moeten worden. Omdat artikel 2:94c/204c BW geen toepassing vindt, ben ik van mening dat deze vraag ontkennend beantwoord moet worden.

De kapitaalbeschermingsregels trachten echter te voorkomen dat een oprichter/aandeelhouder goederen inbrengt die een negatieve waarde hebben. Mijns inziens ligt de verantwoordelijkheid bij het bestuur van de verkrijgende vennootschap zich ervan te vergewissen dat de vennootschap door de inbreng niet verarmt en daarnaast dat de vennootschap niet meewerkt aan een vernietigbare rechtshandeling. Dit kan het bestuur doen door een accountant een verklaring te laten opstellen waarin gesteld wordt dat de waarde van de in te brengen goederen niet negatief is en dus 'ten minste nul' is. Deze 'ten minste nul verklaring' dient derhalve een tweërlei doel. Ten eerste weet men dan zeker dat de inbreng van de goederen niet op grond van artikel 2:94c/204c BW vernietigbaar is. Ten tweede is het meer in het algemeen de verantwoordelijkheid van het bestuur zich ervan te vergewissen dat de vennootschap door een inbreng niet verarmt. Om de reden dat een informele kapitaalstorting in beginsel niet valt onder de werking van artikel 2:94c/204c BW, kan het bestuur mijns inziens volstaan met een 'ten minste nul verklaring'. Het bestuur behoeft mijns inziens dus geen beschrijving op te maken, en goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders lijkt mij in zo'n geval niet vereist.

Flexibilisering van het BV-recht

In de derde tranche van het ambtelijke voorontwerp betreffende de flexibilisering van het BV-recht is artikel 2:204c BW komen te vervallen. De vraag of een informele

2. H.J. Portengen & J.H. Bennebroek Gravenhorst, *Agio en Nachgründung*, V&O 1999, p. 62; P.H.N. Quist, *Informele kapitaalstorting*, WPNR (2006) 6670, p. 453.

le kapitaalstorting al dan niet onder de werking van dat artikel valt, is in de toekomst wellicht niet meer van belang. Wel is het net als onder het huidige recht de verantwoordelijkheid van het bestuur te zorgen dat de verkrijgende vennootschap door een informele inbreng van vermogen niet verarmt. Derhalve dient het bestuur van de verkrijgende BV mijns inziens ook na de inwerkingtreding van de nieuwe wet van een accountant een ‘ten minste nul verklaring’ te verkrijgen. Overigens blijft de met artikel 2:204c BW corresponderende regeling voor de NV, artikel 2:94c BW, onverkort gelden.

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

Conclusie

Artikel 2:94b/204b BW is niet van toepassing op een informele kapitaalstorting. In beginsel zal ook in het geval een informele kapitaalstorting onder de omschrijving van artikel 2:94c/204c BW valt, die regeling geen toepassing vinden, aangezien er doorgaans geen sprake zal zijn van een tegenprestatie. Indien echter een vermogensbestanddeel met een negatieve waarde wordt ingebracht, kan men stellen dat wel sprake is van een tegenprestatie. In dat geval zal een accountant echter nooit kunnen verklaren dat de waarde van de inbreng gelijk is aan de waarde van de tegenprestatie. Een informele kapitaalstorting van een vermogensbestanddeel met een negatieve waarde is derhalve op grond van het bepaalde in artikel 2:94c/204c BW vernietigbaar. In geval van een informele kapitaalstorting waarvan bij voorbaat niet ontegenzeggelijk vaststaat dat deze inbreng geen negatieve waarde heeft, dient het bestuur door een accountant een ‘ten minste nul verklaring’ te laten opstellen. In dat geval weet men zeker dat er geen tegenprestatie is en dat artikel 2:94c/204c BW derhalve geen toepassing vindt. Los van de toepassing van dit artikel behoort het tot de taken van het bestuur van de verkrijgende vennootschap zich ervan te vergewissen dat de vennootschap door de inbreng niet verarmt.

*Mr. M.J.E. Beijersbergen
Stibbe*