

# Volstorting van aandelen zonder storting, een praktische middenweg

*Mr. V. van Kampen\**

## Inleiding

Voor 1 oktober 2012 was bij de oprichting van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: BV) een bankverklaring noodzakelijk. Uit deze bankverklaring moest blijken dat de aandelen die bij de oprichting werden geplaatst, waren volgestort. Sinds de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht<sup>1</sup> (Wet Flex-BV) op 1 oktober 2012 is een dergelijke bankverklaring niet langer vereist. De afschaffing van de verplichte bankverklaring opent nieuwe mogelijkheden voor de wijze van volstorting van aandelen bij oprichting van een BV.

In deze bijdrage zal ik beschrijven of ook sprake kan zijn van volstorting van aandelen bij oprichting zonder dat feitelijk het desbetreffende bedrag is overgemaakt op een rekening ten name van de BV in oprichting, namelijk door middel van een levering *constitutum possessorium*. In essentie bestaat er geen verschil tussen volstorting van aandelen bij oprichting en volstorting van aandelen bij uitgifte na oprichting. De vennootschap zal echter bij uitgifte veelal al een bankrekening hebben, waardoor de noodzaak van een alternatief minder urgent is. Wat hieronder wordt beschreven, geldt echter onverminderd voor volstorting van aandelen bij uitgifte na oprichting van de vennootschap.

Allereerst ga ik in op de verplichting tot volstorting van aandelen en het rechtskarakter daarvan. Vervolgens zet ik kort uiteen wat een levering *constitutum possessorium* inhoudt, om daarna de toepasbaarheid daarvan voor volstorting van aandelen te bespreken. Ik sluit af met een conclusie.

## Verplichting tot volstorting van aandelen

De verplichting tot volstorting van een aandeel blijkt uit artikel 2:191 Burgerlijk Wetboek (BW). Dit artikel bepaalt dat bij het nemen van een aandeel in het kapitaal van een BV het nominale bedrag moet worden gestort, of dat nu bij oprichting is of bij latere uitgifte. Ten aanzien van het tijdstip van volstorten kan worden bedongen dat dit pas geschiedt na verloop van een bepaalde tijd of nadat de vennootschap het bedrag zal hebben opgevraagd. Hoewel uitstel van volstorting daarom moge-

lijk is, blijft de verplichting tot volstorting echter onverminderd bestaan. Artikel 2:191a lid 1 BW bepaalt vervolgens dat storting in beginsel moet geschieden in geld, tenzij anders is overeengekomen.

Het is dus mogelijk om een vennootschap op te richten zonder aandelen vol te storten. Voor de invoering van de Wet Flex-BV was dit niet mogelijk doordat artikel 2:178 lid 2 BW (oud) bepaalde dat ten minste EUR 18.000 gestort moest zijn bij oprichting. Men moet zich echter bewust zijn van de nadelige aspecten van oprichting met niet-volgestorte aandelen. De aandeelhouder van niet-volgestorte aandelen is zelfs na overdracht van de niet-volgestorte aandelen op grond van artikel 2:199 lid 1 BW hoofdelijk aansprakelijk voor het nog te storten bedrag. Daarnaast wordt voor de berekening van uitkeringen op grond van artikel 2:216 lid 6 BW niet de nominale waarde van het aandeel als uitgangspunt genomen, maar de verplichte stortingen op het nominale bedrag.

## Rechtskarakter van het volstorten van een aandeel

Zoals hierboven vermeld, was voor invoering van de Wet Flex-BV een bankverklaring vereist voor de oprichting van een BV. Op grond van artikel 2:203a BW kon gebruik worden gemaakt van twee verschillende typen verklaringen. De verklaring kon inhouden dat het benodigde bedrag (a) terstond na oprichting ter beschikking zou staan van de (opgerichte) vennootschap, de zogenoemde a-verklaring, dan wel (b) op een afzonderlijke rekening stond, welke rekening na oprichting uitsluitend ter beschikking stond van de (opgerichte) vennootschap, de zogenoemde b-verklaring.

Beide typen verklaringen hebben gemeenschappelijk dat het bedrag dan wel de rekening waarop het bedrag is gestort uitsluitend ter beschikking staat van de vennootschap. Van volstorting kan daarom pas worden gesproken vanaf het moment dat de bedragen uitsluitend ter beschikking staan van de vennootschap. Hoewel de bankverklaring niet langer nodig is, blijft het noodzakelijk dat de gelden ter beschikking staan van de vennootschap om van volgestorte aandelen te kunnen spreken.

Ook uit de rechtspraak blijkt dat het 'ter beschikking staan' van het gestorte bedrag een essentieel vereiste is. Een voor-

\* Mr. V. van Kampen is kandidaat-notaris bij Stibbe.

1. Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Stb. 2012, 299; Kamerstuk 31 058).

beeld vindt men in de uitspraak van het Hof Den Bosch.<sup>2</sup> Hierbij werd het oprichtingskapitaal gestort en werd vervolgens een bankverklaring afgegeven. Na afgifte van de bankverklaring, maar nog voor oprichting, werd het bedrag weer teruggeboekt naar de oprichter. Het hof bepaalde dat, hoewel naar de letter van de wet was voldaan aan de vereiste bankverklaring, het gestorte kapitaal niet daadwerkelijk ter beschikking stond van de vennootschap op het moment van oprichting en daarom geen sprake was van een storting. De Hoge Raad bepaalde al eerder dat ook het teruglenen van gestorte gelden aan de oprichter voordat de vennootschap is opgericht, een zogeheten 'kasrondeje', ongeoorloofd is en geen volgestorte aandelen tot gevolg heeft.<sup>3</sup> Doorslaggevend is of het gestorte bedrag op het moment van oprichting daadwerkelijk ter beschikking staat van de vennootschap die wordt opgericht. Worden de gelden niet vóór maar na oprichting teruggeleend aan de oprichter/aandeelhouder, dan kan wel sprake zijn van volstorting van aandelen. Een dergelijke transactie wordt voor wat betreft eventuele aansprakelijkheid van betrokkenen niet beoordeeld vanuit het leerstuk van volstorting van aandelen, maar vanuit het leerstuk van behoorlijk bestuur, zoals verwoord in artikel 2:9 BW.<sup>4</sup> Wordt aansprakelijkheid op grond van onbehoorlijk bestuur aangenomen, dan is niet de oprichter maar de bestuurder aansprakelijk.

#### Levering *constitutum possessorium*

Om het gestorte bedrag ter beschikking van de vennootschap te stellen en daardoor van volgestorte aandelen te kunnen spreken, moet het desbetreffende bedrag worden overgedragen aan de vennootschap. Op grond van artikel 3:84 lid 1 BW is voor overdracht vereist een levering krachtens een geldige titel door een beschikkingsbevoegde. Met betrekking tot de titel en de beschikkingsbevoegdheid is niets gewijzigd door invoering van de Wet Flex-BV. Doordat de bankverklaring niet langer vereist is, zijn er echter nieuwe mogelijkheden voor de noodzakelijke levering.

Levering geschiedt in beginsel door bezitsverschaffing op grond van artikel 3:90 lid 1 BW. De meest eenvoudige manier van bezitsverschaffing is het verschaffen van de feitelijke macht. Artikel 3:115 BW biedt echter twee interessante andere mogelijkheden van bezitsverschaffing. Ik wil hierbij graag inzoomen op de daar genoemde mogelijkheid onder sub a. Een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling is voldoende voor de overdracht van het bezit en daarom voor een leveringshandeling als bedoeld in artikel 3:84 lid 1 BW, mits de vervreemder de zaak bezit en hij haar krachtens een bij de levering gemaakt beding voortaan houdt voor de verkrijger. Deze levering wordt ook wel de levering *constitutum possessorium* of de cp-levering genoemd, waarbij enkel door een verklaring van beide partijen het bezit kan overgaan. Wordt dit gecombineerd met een geldige titel en beschikkingsbevoegdheid, dan

gaat hierdoor de eigendom over. Al in het Romeinse recht werd deze vorm van levering erkend, waarbij de bezitter zich tot houder maakt voor de verkrijger.<sup>5</sup>

Van belang is op te merken dat een cp-levering slechts relatieve werking heeft. De levering kan namelijk op grond van artikel 3:90 lid 2 BW niet worden tegengeworpen aan de derde die een ouder recht heeft, tenzij die oudere gerechtigde met de vervreemding heeft ingestemd. Daarnaast is van belang dat een cp-levering alleen kan geschieden door een bezitter en niet door een houder. Een bezitter heeft zelf het bezit van een zaak en kan daarmee het bezit overdragen. Een houder daarentegen heeft geen bezit en kan op grond van het *nemo plus*-beginsel<sup>6</sup> niet overdragen wat hij zelf niet heeft. De houder kan zichzelf ook niet eerst tot bezitter maken om vervolgens het bezit over te dragen, welk 'verbod op interversie van houderschap' is verwoord in artikel 3:111 BW. Degene die een zaak houdt voor een ander, kan deze zaak niet op eigen gezag voor zichzelf gaan houden.<sup>7</sup>

#### Is een levering *constitutum possessorium* bruikbaar voor volstorting van aandelen?

Zoals hierboven aangegeven, is pas sprake van een reële volstorting van aandelen wanneer het gestorte bedrag daadwerkelijk ter beschikking staat van de vennootschap.<sup>8</sup> Dit betekent bijvoorbeeld dat geen reële storting heeft plaatsgevonden indien de oprichter slechts een creditering in zijn boeken opneemt ten gunste van de vennootschap.<sup>9</sup> De oprichter houdt dan immers het bedrag onder zich zonder dat de vennootschap hierover kan beschikken. Ook in het geval van een ongeoorloofd kasrondeje als hierboven beschreven is geen sprake van volgestorte aandelen.

In hoeverre verschillen deze situaties nu met een cp-levering? Het voornaamste verschil is mijns inziens gelegen in de manier waarop het 'gestorte' bedrag wordt gehouden door de oprichter. Indien sprake is van een creditering of van teruglenen voor oprichting, houdt de oprichter het bedrag zonder meer voor zichzelf en niet als houder voor de vennootschap in oprichting. Er is dus geen bezit overgegaan op de vennootschap. Bij een cp-levering houdt de oprichter het bedrag juist voor de vennootschap, dat is immers de strekking van de verklaring die wordt afgelegd. De oprichter verklaart het desbetreffende bedrag niet langer voor zichzelf te houden, maar voor de vennootschap, die daardoor middellijk bezitter wordt.

De vraag daarbij is of middellijk bezit als gevolg van een cp-levering kan worden gekwalificeerd als 'ter beschikking staan' van de vennootschap. Ik meen dat dit inderdaad zo gezien moet worden. Het bedrag staat niet langer ter vrije beschik-

2. Hof Den Bosch 19 juli 2006, RN 2006, 4.

3. HR 11 juli 2003, NJ 2003, 630 (Bas-C).

4. Asser/Van Solinge, Nieuwe Weme & Rensen 2-IIa, Deventer: Kluwer 2013, nr. 129.

5. J.E. Spruit, *Cunabula iuris*, Deventer: Kluwer 2003, p. 160.

6. *Nemo plus iuris ad aliu transferre potest quam ipse habet*.

7. Spruit 2003, p. 162.

8. Asser/Van Solinge, Nieuwe Weme & Rensen 2-IIa 2013, nr. 129.

9. F.K. Buijn, *De oprichting van de NV en de BV*, Kluwer: Deventer 1984, p. 168.

king van de oprichter na de cp-levering en de oprichter is ten aanzien van het desbetreffende bedrag niet langer beschikkingsbevoegd. Op grond van het eerder aangehaalde artikel 3:111 BW kan de oprichter, die slechts houder is, zichzelf immers niet tot bezitter maken na de cp-levering. De vennootschap daarentegen, hoewel zij niet het onmiddellijke bezit van het geld heeft, is wel beschikkingsbevoegd. Zij is eigenaar geworden door de cp-levering krachtens een geldige titel door een beschikkingsbevoegde, waarmee de vereisten van artikel 3:84 lid 1 BW zijn vervuld. Ondanks het middellijke bezit heeft de vennootschap de vrije beschikking over het gestorte bedrag. De eigendom ervan zou zelfs kunnen worden overgedragen aan een derde.

Het verdient nog aandacht dat artikel 3:115 BW slechts van toepassing is op zaken en daardoor niet toepasbaar bij levering van vermogensrechten. Zoals eerder opgemerkt, dient volstorting in beginsel te geschieden in geld, waarbij geld gezien moet worden als chartaal geld, zijnde een zaak, en niet als giraal geld, zijnde vordering op een bank.<sup>10</sup> Het volstorten van aandelen door een vorderingsrecht op een bank over te dragen moet immers worden gekwalificeerd als volstorting in natura en niet in geld en daardoor zie ik geen beperking in het feit dat een cp-levering moet zien op de overdracht van zaken.

Ik meen daarom dat een cp-levering kan worden gebruikt voor de volstorting van aandelen. Doordat in de praktijk vaak relatief veel tijd gemoeid is met het openen van een bankrekening voor een BV in oprichting, is dit wellicht de eenvoudigste manier om zonder bankrekening de aandelen vol te kunnen storten bij oprichting.

### Conclusie

Bij het nemen van een aandeel moet dit aandeel worden volgestort, waarbij van belang is dat het gestorte bedrag uitsluitend ter beschikking staat van de vennootschap. Door middel van een cp-levering maakt de oprichter zichzelf van bezitter van het te storten bedrag tot houder voor de BV in oprichting. Doordat deze oprichter houdt voor de vennootschap in oprichting, staat het bedrag niet langer tot zijn beschikking. De vennootschap in oprichting is dan de (middellijke) bezitter en aan haar staat het bedrag juist wel ter beschikking op het moment van oprichting. Een cp-levering van het bedrag dat op de aandelen gestort moet worden, leidt tot oprichting van een vennootschap met volgestorte aandelen.

---

10. Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I, Deventer: Kluwer 2006, nr. 128.