

eiser bij een veroordelende uitspraak (art. 3:303 BW), ook als de schuldenaar zich niet op de fysieke onmogelijkheid heeft beroepen. Het recht op nakoming zou op dit punt echter nog wat verder ingeperkt kunnen worden. De rechter zou niet alleen de bevoegdheid moeten hebben om in geval van absolute onmogelijkheid de nakomingsvordering af te wijzen, maar hij zou hiertoe zelfs verplicht moeten zijn. Met het absoluut onmogelijk worden van de prestatie is de rechtsvordering tot nakoming, en daarmee de rechtsgrond voor een veroordeling tot nakoming, van rechtswege komen te vervallen.

Stelling 3. Het recht op nakoming dient op onderdelen te worden verruimd

Eén van de klassieke verweren, dat in alle onderzochte rechtsstelsels terugkomt, is het verweer dat de verbintenis waarvan nakoming wordt gevorderd een hoogstpersoonlijk karakter heeft en zich daarom niet leent voor gedwongen nakoming. Naar Nederlands recht kan een schuldenaar zich tegen een nakomingsvordering verweren als de aard van de verbintenis zich daartegen verzet (art. 3:296 lid 1). Wanneer de klassieke argumenten tegen een veroordeling tot nakoming van dit type verbintenissen onder de loep worden genomen, valt op dat geen van deze argumenten zich verzet tegen een veroordeling tot nakoming als zodanig, maar alleen tegen de eventuele executie van zo'n veroordeling. Een schuldeiser zou naar mijn mening in beginsel daarom wel een veroordeling tot nakoming

moeten kunnen verkrijgen van verbintenissen tot persoonlijke dienstverlening. Indien een schuldenaar echter nalaat gehoor te geven aan de veroordeling tot nakoming van een verbintenis waarvan hij zich alleen door de inzet van zijn intellectuele, creatieve, religieuze of fysieke vrijheid kan bevrijden, zou de schuldeiser deze veroordeling niet ten uitvoer moeten kunnen leggen. De rechter dient in dit geval, mits gevorderd, bij het uitspreken van de veroordeling te bepalen dat als de schuldenaar niet binnen een bepaalde tijd gehoor geeft aan de veroordeling, hij schadevergoedingsplichtig wordt voor vervangende schadevergoeding en vertragingsschade. De toegevoegde waarde van een niet-executabele veroordeling tot nakoming is dat de schuldenaar door de rechterlijke uitspraak en de dreigende omzetting wordt aangespoord de verbintenis alsnog na te komen. Voorts vormt de veroordeling tot nakoming een erkenning van het recht van de schuldeiser op nakoming. Het recht op nakoming dient in dit opzicht mijns inziens dan ook te worden verruimd. De enkele verwijzing door de schuldenaar naar het hoogstpersoonlijke karakter van de verbintenis rechtvaardigt niet op voorhand de afwijzing van de vordering tot nakoming.

*Mr. D. Haas**

* Universitair-docent Vrije Universiteit Amsterdam
(d.haas@rechten.vu.nl)

DE STICHTING TOT BEVORDERING DER NOTARIËLE WETENSCHAP

Rubriek onder verantwoordelijkheid van de Stichting

www.notarielestichting.nl



Boter voor de vis

Over storten voor het nemen van aandelen na oprichting

1. Inleiding

Over het moment waarop na uitgifte aan de stortingsplicht moet worden voldaan, of de stortingsplicht aan verjaring onderhevig kan zijn en zo ja, welke termijn daarvoor dan geldt is het nodige geschreven. In de praktijk rijst echter evenzeer met enige regelmaat de vraag of ook al *voorafgaand* aan de uitgifte van aandelen de betaling dan wel inbreng ter volstorting kan plaatsvinden en zo ja, of daarvoor nog bepaalde termijnen of andere voorschriften in acht genomen dienen te worden. Veelal vindt deze 'voorstorting' plaats omdat om praktische redenen de precieze timing van storting lastig blijkt, dan wel omdat de vermogensbehoefte bij de vennootschap dusdanig urgent is dat de formaliteiten van een emissie niet kunnen worden afgewacht. Soms is de reden dat de vennootschap betaald wil zien alvorens zij aandelen uitgeeft.

De wet biedt ten aanzien van de volstorting van aandelen die bij oprichting van een vennootschap worden genomen een uitgewerkte regeling. Dit betreft dan vooral wat voor de oprichting ter storting op de aandelen dient te geschieden. Men leze de art. 2:203a en 2:204a BW. In algemene zin spreekt de wet over stortingsplicht in de art. 2:191, 191a en 191b BW. Ter gelegenheid van de flexibilisering van het BV-recht zal de regeling omtrent storting op aandelen ingrijpend worden aangepast. De regeling omtrent de storting op aandelen en de stortingsplicht als zodanig zoals we deze thans vinden in de art. 2:191 en 191a BW ondervindt in het wetsvoorstel ter flexibilisering echter geen principiële wijziging. Het NV-recht is met ingang van 11 juni 2008 gewijzigd (Staatsblad 2008, 195) en thans op punten flexibeler dan het huidige BV-recht. Ook de art. 2:80, 80a en 80b BW zijn bij deze recente wijziging van het NV-recht echter ongewijzigd gebleven. De vraag of storting op aandelen voor de uitgifte daarvan mogelijk is zal zich vooralsnog dan ook blijven voordoen.

In het onderstaande beperk ik mij tot de storting op aandelen na oprichting van de vennootschap. De reden hiervan is dat de wet over voldoening aan de stortingsplicht voor oprichting betrekkelijk gedetailleerde regelingen bevat. Over de storting op aandelen die na oprichting worden uitgegeven biedt de wet aanzienlijk minder aanknopingspunten, zeker waar het gaat om de handelingen die zouden kunnen worden verricht ter volstorting van de aandelen voor het nemen daarvan. Omdat in het leven van een vennootschap doorgaans vele malen vaker aandelen worden uitgegeven na oprichting dan ter gelegenheid van de oprichting leek het zinnig dit braak liggende terrein nader te verkennen. Eerst zullen we stilstaan bij de uitgifte van aandelen als zodanig. Vervolgens zullen we stilstaan bij de vraag of storting voor uitgifte van aandelen mogelijk is en of daarbij nog termijnen of andere voorschriften in acht dienen te worden genomen. Daarna zullen we kort de wijzigingen benoemen die de flexibilisering van het BV-recht zoals thans voorzien met zich mee zullen brengen en zal een aantal afwijkende regelingen van het huidige NV-recht kort worden benoemd.

2. Uitgifte van aandelen

Ten aanzien van het nemen van aandelen kunnen twee aspecten worden onderscheiden: (i) de deelnemingsovereenkomst en (ii) de vennootschapsrechtelijke invulling daarvan.¹

De deelnemingsovereenkomst komt tot stand door wils-overeenstemming omtrent de kapitaaldeelname en de voorwaarden waaronder deze zal plaatsvinden tussen de toekomstige houder van de uit te geven aandelen enerzijds en de vennootschap anderzijds. Deze overeenkomst ten aanzien van het nemen van nieuw uit te geven aandelen is een vereiste voor het tot stand komen van de uitgifte. Men kan aandelen niet opgedrongen krijgen, noch kunnen aandelen worden bemachtigd zonder uitgifte door de vennootschap met het oog op de kapitaaldeelname van een bepaalde partij.

Ten aanzien van het vennootschapsrechtelijke aspect kan men drie componenten onderscheiden:

1. het besluit van het tot uitgifte bevoegde orgaan van de vennootschap tot uitgifte;
2. de uitgiftehandeling; en
3. de wettelijke stortingsplicht die ontstaat door de uitgifte van de aandelen.

De wettelijke stortingsplicht vormt een verbintenis uit de wet die een dwingendrechtelijke invulling is van de overeenkomst tot kapitaaldeelname. Deze overeenkomst omvat de voorwaarden voor toetreding zoals tussen de vennootschap en kapitaalverschaffer aangegaan. Deze overeenkomst is uitgewerkt zodra na het plaatsen en nemen van de aandelen aan de wettelijke stortingsplicht en de overigens overeengekomen voorwaarden van storting is voldaan. Dit is slechts anders voorzover de aan-

delen niet geheel zijn volgestort. In dat geval blijft het restant opvraagbaar door de vennootschap (2:80/191 BW).²

3. Is storting voor uitgifte mogelijk?

Op grond van art. 2:80/191 BW ontstaat de wettelijke stortingsplicht pas bij het nemen van het aandeel. Aan de wettelijke stortingsplicht kan dan ook niet worden voldaan voor de uitgifte. In de deelnemingsovereenkomst kan echter zijn bepaald dat de toekomstig aandeelhouder al voor het moment dat de wettelijke stortingsplicht ontstaat hetgeen hij op die aandelen dient te storten aan de vennootschap betaalt voorzover de storting in geld zou dienen te geschieden, dan wel aan de vennootschap overdraagt voor zover de storting anders dan in geld zou dienen te geschieden. Tot het moment dat de aandelen worden uitgegeven zal de daaraan voorafgaande betaling of inbreng een voorwaardelijk karakter hebben. Immers, deze is geschied met het oog op het nemen van aandelen. Indien de aandelen uiteindelijk niet zouden worden uitgegeven is de betaling dan wel de inbreng onverplicht geschied. In die zin wordt door de uitgifte van aandelen een door de toekomstig aandeelhouder reeds daarvoor aan de vennootschap gedane betaling of inbreng onvoorwaardelijk.

Men kan zich afvragen of de vennootschap al voor de uitgifte kan beschikken over hetgeen een toekomstige aandeelhouder aan de vennootschap heeft betaald of overgedragen met het oog op het nemen van nog uit te geven aandelen. Op grond van het *nemoplus*-beginsel³ kan de vennootschap ten aanzien van het aldus verkregene niet meer rechten aan derden toekennen dan waarover zij zelf beschikt. Elke overdracht aan een derde zal derhalve hetzelfde voorwaardelijke karakter dragen. Dit kan leiden tot ongewenste situaties. In beginsel zal immers een beschikkingshandeling door de vennootschap ten aanzien van datgene wat zij heeft verkregen met het oog op de storting op nog uit te geven aandelen beoogd worden een onvoorwaardelijk karakter te hebben. In die zin is het dus aan te bevelen om het tijdsverloop tussen de overeengekomen 'voorstorting' en de uitgifte zo kort mogelijk te maken. Naast deze algemene aanbeveling kan men zich afvragen of de wet in de tijd of anderszins grenzen stelt aan de betaling dan wel inbreng ter storting voor uitgifte van de aandelen.

1. Zie W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 131.
2. Zie ook mr. J.J.A. Hamers en prof. mr. C.A. Schwarz in tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2004/3. In overeenkomstige zin Van der Grinten, handboek 1992 nummer 131. Zie ook Asser Maeijer 2/III, nummer 52.
3. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

4. Wettelijke beperkingen aan de 'voorstorting'

(i) *Storting in vreemd geld*

Ten aanzien van de storting in vreemd geld (anders dan in euro) op aandelen die na oprichting worden uitgegeven is de wet niet erg duidelijk. Art. 2:93a/203a lid 6 BW schrijft voor dat indien na de oprichting in vreemd geld is gestort, de vennootschap binnen twee weken na de storting een bankverklaring als bedoeld in lid 2 van dat artikel ten kantore van het handelsregister neerlegt. Lid 2 schrijft voor dat uit de verklaring dient te blijken tegen hoeveel geld (in euro) het bedrag vrijelijk kon worden gewisseld op een dag waarop daarmee krachtens art. 2:80a/191a lid 3 BW kon worden voldaan aan de stortingsplicht. Art. 2:80a/191a lid 3 BW bepaalt dat met storting in vreemd geld aan de stortingsplicht wordt voldaan voor het bedrag waartegen het gestorte bedrag vrijelijk in Nederlands geld kan worden gewisseld. Bepalend is de wisselkoers op de dag van storting dan wel, indien vroeger dan een maand voor oprichting is gestort, op de dag van oprichting.⁴

De strekking van de regeling is het koersrisico voor de vennootschap van een storting in vreemd geld te beperken. Daartoe is bepaald dat indien vroeger dan één maand voor de oprichting is gestort, de wisselkoers op de dag van oprichting bepalend is. Art. 2:80a/191a BW lid 3 spreekt slechts van oprichting. Ten aanzien van uitgifte na oprichting vermeldt de wet geen termijn maar wordt slechts verwezen naar 2:93a/191a lid 3. Mijns inziens kan echter worden aangenomen dat hier bedoeld is de dag waarop aan de wettelijke stortingsverplichting werd voldaan.⁵ Deze dag kan derhalve geen dag voor die van de uitgifte zijn. Mocht reeds voor de uitgifte door de toekomstig aandeelhouder een bedrag in vreemd geld aan de vennootschap zijn betaald met het oog op storting op de nog uit te geven aandelen, dan dient derhalve ter bepaling van de mate waarin aan de stortingsplicht is voldaan de wisselkoers van de dag van uitgifte te worden aangehouden. De bankverklaring zal dan ook op die dag dienen te zien.

(ii) *Storting anders dan in geld*

Art. 2:204b BW schrijft voor dat indien na de oprichting inbreng op aandelen anders dan in geld wordt overeengekomen de vennootschap overeenkomstig art. 2:204a lid 1 een beschrijving opmaakt van hetgeen wordt ingebracht. De beschrijving heeft betrekking op de toestand op een dag die niet eerder dan vijf maanden ligt voor de dag waarop de aandelen worden genomen dan wel waartegen een bijstorting is uitgeschreven of waarop zij is overeengekomen. Betekent dit nu dat een overdracht van activa aan de vennootschap ter storting op nog uit te geven aandelen niet kan geschieden langer dan vijf maanden voor de uitgifte? Ik denk het niet. Mijns inziens kan ook op een eerder tijdstip dan vijf maanden voor de emissie deze

overdracht geschieden. De beschrijving van hetgeen aldus is overgedragen is echter aan de termijn gebonden van art. 2:204b BW. De beschrijving zal derhalve het aldus aan de vennootschap overgedragene dienen weer te geven in de staat waarin het zich ten tijde van de beschrijving bevindt, dus met inbegrip van hetgeen daarbij is gekomen of daarvan af is gegaan, en met vermelding van de waarde in die staat per het moment van de beschrijving. In het bovenstaande heb ik al opgemerkt dat een zodanige overdracht voor de emissie voorwaardelijk is. Pas door de uitgifte wordt de voorwaarde vervuld en kan de vennootschap onvoorwaardelijk over het aldus verkregene beschikken. Indien men voor uitgifte overgaat tot overdracht ten titel van inbreng aan de vennootschap lijkt mij een periode van vijf maanden al rijkelijk lang. In veel gevallen veel te lang, aangezien gedurende deze termijn de vennootschap weliswaar over het aldus verkregene kan beschikken, maar ook een dergelijke beschikking onderworpen is aan de voorwaarde waaronder de vennootschap het ingebrachte heeft verkregen. Deze periode van voorwaardelijkheid nog langer te laten duren dan vijf maanden lijkt vragen om problemen. In ieder geval zal degene die betrokken is bij een levering door een vennootschap van hetgeen reeds voor de uitgifte van aandelen ter storting op die aandelen aan die vennootschap is geleverd zich er van dienen te vergewissen dat de uitgifte inmiddels heeft plaatsgevonden.⁶

5. Flexibilisering van het BV-recht

De flexibilisering van het BV-recht zoals thans in het wetsontwerp⁷ is voorzien brengt geen principiële wijziging ten aanzien van het moment waarop aan de stortingsplicht dient te worden voldaan. Art. 2:191 lid 1 BW zoals thans voorzien⁸ voorziet nog steeds in de hoofdregel dat bij het nemen van het aandeel daarop het nominale bedrag moet worden gestort. Het artikel-lid behelst slechts een versoepeling ten aanzien van het gedeelte dat, in afwijking van de hoofdregel, niet gelijk hoeft te worden gestort; bedongen kan worden dat het nominale bedrag of een deel daarvan eerst behoeft te worden gestort na verloop van een bepaalde tijd of nadat de vennootschap het zal hebben opgevraagd. Ten aanzien van de storting in vreemd geld voorziet het nieuwe art. 2:191a BW zoals

4. Ik laat de bijzondere regeling van art. 2:80a lid 3 laatste zin hier buiten beschouwing.

5. Zo lees ik ook De Groene Serie Privaatrecht, Rechtspersonenrecht (Schutte-Veenstra), art. 191a, aant. 3.

6. Los daarvan rijzen ten aanzien van de financiële verantwoording de nodige vragen voorzover de betaling dan wel levering ter storting voor het einde van een boekjaar plaatsvindt maar de uitgifte pas daarna. Ik stel mij voor dat het aldus door de vennootschap verkregene voor de volle waarde aan de actiefzijde van de balans wordt opgenomen, maar dat aan de passiefzijde een overlopende post ter grootte van een gelijk bedrag wordt opgenomen.

7. Wetsvoorstel Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Kamerstukken II 2007/08/09, 31058, nr. 1-8.

8. Art. 191 lid 1 BW komt te luiden: Bij het nemen van het aandeel moet daarop het nominale bedrag worden gestort. Bedongen kan worden dat het nominale bedrag of een deel daarvan eerst behoeft te worden gestort na verloop van een bepaalde tijd of nadat de vennootschap het zal hebben opgevraagd.

thans voorzien in een aanpassing met als reden dat onder de nieuwe wet aandelencoupons in elke valuta kunnen luiden.⁹ Het nieuwe lid 3 van dit artikel schrijft voor dat bij storting in vreemd geld de wisselkoers van de dag van storting bepalend is. Ik begrijp dit vooralsnog zo dat in het geval van een uitgifte na oprichting onder 'storting' voltoening aan de wettelijke stortingsplicht wordt verstaan en dat deze dag derhalve niet voor het ontstaan van de stortingsplicht, dus voor de uitgifte kan liggen. De bankverklaring omtrent de wisselkoers komt geheel te vervallen door het schrappen van art. 2:203a BW. Ook ten aanzien van art. 2:204b BW is een wijziging voorzien in die zin dat de beschrijving betrekking dient te hebben op de toestand op een dag die niet eerder dan zes maanden ligt voor de dag waarop de aandelen worden genomen. Voorts zal de accountantsverklaring omtrent de waarde van de inbreng komen te vervallen door het schrappen van lid 4 van dat artikel. Wel dient de vennootschap de beschrijving te haren kantore ter inzage te leggen van de houders van haar aandelen en aan anderen aan wie vergaderrecht toekomt.

6. Afwijkende regelingen NV-recht

Een belangrijk verschil tussen NV en BV is dat bij de NV op grond van het bepaalde in art. 2:80 BW de stortingsplicht ook bedongen agio omvat. Een accountantsverklaring zal zich bij de NV dan ook dienen uit te strekken over een eventueel bedongen agio. De accountantsverklaring ten aanzien van de BV behoeft zich op grond van art. 2:191 lid 1 niet uit te strekken tot bedongen agio. In wettelijke zin kent de BV geen bedongen agio. De wijzigingen zoals per 11 juni 2008 in het NV-recht doorgevoerd behelzen een versoepeling van de kapitaalbeschermingsbepalingen in die zin dat bij een storting op aandelen anders dan in geld een aantal gevallen waarin geen beschrijving en/of accountantsverklaring zijn vereist is toegevoegd. Ook zijn de voorwaarden waaronder de NV aandelen in haar eigen kapitaal kan verkrijgen versoepeld. Art. 2:80 BW is echter niet gewijzigd, hetgeen met zich meebrengt dat het bovenstaande ten aanzien van het nemen van aandelen en het ontstaan van de stortingsplicht alsook het 'voorstorten' op nog uit te geven aandelen ongewijzigd van toepassing is.

7. Samenvatting

Ten aanzien van de uitgifte van aandelen na oprichting kan onderscheid worden gemaakt tussen de deelnemingsovereenkomst en de vennootschapsrechtelijke invulling daarvan.

De deelnemingsovereenkomst behelst de voorwaarden waaronder de toekomstig aandeelhouder zal deelnemen en de wijze waarop hij de aandelen zal volstorten. Onderdeel daarvan kan zijn dat reeds voorafgaand aan de uitgifte datgene wat op de aandelen zal worden gestort ter beschikking wordt gesteld aan de vennootschap. Ten aanzien van de storting in vreemd geld welke voor de emissie plaats vindt dient de wisselkoers van de dag van uitgifte te worden aangehouden. Ook een 'voorstorting' anders dan in geld kan plaatsvinden. Voorzover deze meer dan vijf maanden voor de uitgifte geschiedt dient de beschrijving te worden gemaakt per een later moment, niet eerder dan vijf maanden voor de emissie. De vennootschapsrechtelijke stortingsplicht ontstaat bij de uitgifte van de aandelen. De 'voorstorting' wordt door de uitgifte onvoorwaardelijk. De vennootschap kan ook voor uitgifte reeds beschikken over datgene wat ter 'voorstorting' aan de vennootschap is betaald dan wel overgedragen, tenzij anders is overeengekomen. De beschikking door de vennootschap is tot het moment van uitgifte echter eveneens voorwaardelijk. Het tijdstip tussen 'voorstorting' en uitgifte dient ter voorkoming van praktische problemen zo kort mogelijk te zijn.

*Mr. P.H.N. Quist**

9. Art. 2:191a lid 1 BW komt te luiden: 1. Storting op een aandeel moet in geld geschieden voor zover niet een andere inbreng is overeengekomen. 2. Voor of bij de oprichting kan storting in een andere geldeenheid dan die waarin het nominale bedrag van de aandelen luidt slechts geschieden, indien de akte van oprichting vermeldt dat storting in een andere geldeenheid is toegestaan. 3. Met storting in een andere geldeenheid dan die waarin de nominale waarde luidt wordt aan de stortingsplicht voldaan voor het bedrag waartegen het gestorte bedrag vrijelijk kan worden gewisseld in de geldeenheid waarin de nominale waarde luidt. Na de oprichting kan dit slechts geschieden met toestemming van de vennootschap, tenzij de statuten anders bepalen. 4. Met storting in een andere geldeenheid dan die waarin de nominale waarde luidt wordt aan de stortingsplicht voldaan voor het bedrag waartegen het gestorte bedrag vrijelijk kan worden gewisseld in het geld waarin de nominale waarde luidt. Bepalend is de wisselkoers op de dag van de storting.

* Notaris te Amsterdam.

NIET-REDACTIONEEL GEDEELTE ONDER VERANTWOORDELIJKHEID VAN HET BESTUUR

AGENDA

Jaarvergadering Nederlandse Juristen-Vereniging

Datum : vrijdag 12 juni
Onderwerp : Humane Biotechnologie en recht
Preadviseurs : prof. dr. J. Somsen,
mr. dr. J.A. Bovenberg en
mr. drs. B.C. van Beers

Studiepunten : 4 voor advocaten en (kandidaat-)notarissen
Inlichtingen : www.njv.nl