

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



Storting op aandelen via de notariële kwaliteitsrekening

Inleiding

Met de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht zijn de regels rondom kapitaalbescherming en het storten van een minimumkapitaal sterk gewijzigd.¹ Onder andere is de verplichting tot storting van een minimumkapitaal² en de storting van ten minste één vierde van het nominale bedrag van aandelen afgeschaft.³ De verplichte bankverklaring is ook vervallen.⁴ In de praktijk blijkt dat alvorens een bankrekening door een bank wordt geopend de B.V. moet zijn opgericht. Bij de invoering van de Flex BV is er binnen het notariaat uitgebreid gediscussieerd over de rol van de notaris bij de controle op de storting op aandelen. Tijdens de cursussen over de Flex BV was er steeds een groep notarissen die vond dat de notaris de storting op aandelen moest controleren, bijvoorbeeld door de storting op aandelen via hun kwaliteitsrekening te laten plaatsvinden; anderen waren van mening dat de notaris geen nieuwe lastenverzwaring moest creëren.

Recent werd mij op een cursus gevraagd of de kwaliteitsrekening van een notaris wel mag worden gebruikt voor storting op aandelen. Tijdens een recente peer review van ons kantoor werd in het rapport van de peer-reviewers gesteld dat de kwaliteitsrekening ten onrechte was gebruikt voor storting op aandelen omdat storting op aandelen in principe niet via de notariële kwaliteitsrekening mag. Dit heeft mij aan het denken gezet.

Dit artikel gaat in op de vraag of storting op aandelen mag plaatsvinden via de notariële kwaliteitsrekening. Daarbij komt kort de vraag aan de orde of de notaris een plicht heeft om te controleren of storting heeft plaatsgevonden.

Storting en notariële controle

Bij de invoering van de Flex B.V. regeling is uitgebreid gesproken over kapitaalbescherming en de regels van volstorting en uitkering. Dit was een van de knelpunten in de wetgeving. In de memorie van toelichting wordt omtrent de stortingsplicht onder andere gemeld als volgt:⁵

“Dat het kapitaal een zeer geringe omvang mag hebben, is een belangrijk gegeven, omdat de inbreng op de aandelen hierdoor haar functie als waarborg voor schuldeisers voor een belangrijk deel zal verliezen. In het wetsvoorstel leidt dit ertoe dat niet gekozen wordt voor uitvoerige formaliteiten ten aanzien van de inbreng.”

“De meerwaarde van de bankverklaring zou in het voorgestelde systeem nog verder afnemen, omdat de storting op aandelen haar waarde vanuit een oogpunt van schuldeisersbescherming grotendeels verliest. In de voorgestelde regeling wordt de bescherming van schuldeisers niet langer gebaseerd op een systeem dat uitgaat van een bepaald minimum kapitaal dat in de vennootschap aanwezig moet zijn maar op een met aansprakelijkheid gesanctioneerde uitkeringstest.”⁶

Uit de memorie van toelichting volgt dat een controle op het voldoen aan de stortingsplicht niet noodzakelijk wordt geacht omdat de belangen van schuldeisers op een andere wijze worden beschermd. Zo wordt de tot dan verplichte bankverklaring geschrapt met de overweging:

“De meerwaarde van de bankverklaring lijkt dus gering en leidt in de praktijk tot onnodige kosten. Dit geeft reden tot schrapping van artikel 203a.”⁷

Het is dan merkwaardig als het notariaat als beroepsgroep de taak toegedeeld zou krijgen om te controleren of aan de stortingsplicht is voldaan. Dan verschuift deze taak slechts van de bank naar het notariaat. Ik concludeer dan ook dat de notaris geen actieve controleplicht heeft of aan de storting is voldaan. Dit wordt slechts anders als de notaris in het kader van zijn poort-

1. Hierna de Flex B.V. genoemd.
2. Art. 2:178 BW (oud).
3. Art. 2: 191 BW (oud), juncto art. 2:180 lid 2 sub c BW (oud).
4. Art. 2:203a BW (oud).
5. *Kamerstukken II* 2006/07 31 058, nr. 3, p. 26.
6. *Kamerstukken II* 2008/09 31 058, nr. 6, p.32 (NV).
7. *Kamerstukken II* 2006/07 31 058, nr. 3, p. 61.

wachtersfunctie redenen heeft om aan te nemen dat de verklaringen in de akte niet juist kunnen zijn.

Deze conclusie volgt ook uit de doelstelling van de afschaffing van de bankverklaring, die was gelegen in de vermindering van de administratieve lasten. Indien de notaris de storting gaat controleren verschuift slechts de administratieve last. Het is een verklaring van de oprichters dat de aandelen zijn volgestort. Zij zijn ook aansprakelijk voor de juistheid van deze verklaring.⁸ Dat de notaris zoals hiervoor vermeld slechts een beperkte rol heeft bij de controle op de volstorting op aandelen is dan ook een logische conclusie. Dit standpunt is ook door de KNB kenbaar gemaakt, waarbij de KNB tevens het standpunt heeft ingenomen dat indien de verklaring evident onwaar is de notaris zijn medewerking moet weigeren.

Dat een notaris zijn medewerking moet weigeren indien een in een akte opgenomen verklaring evident onjuist is lijkt een open deur. Op de notaris rust immers de taak om de juistheid van verklaringen te toetsen in het kader van zijn zorgplicht. Een inbreng in natura waarbij in de beschrijving een onmogelijk bedrag wordt genoemd moet de notaris net zo goed weigeren als de overdracht van een onroerende zaak tegen een onrealistisch koopprijs.

Zolang een vennootschap geen bankrekening heeft, kan storting door creditering van de bankrekening niet plaatsvinden. Het is natuurlijk mogelijk dat storting in kas geschiedt. Indien het oprichtingskapitaal bestaat uit één euro en door de oprichter een munt van één euro op de pas-seertafel wordt gelegd die na tekenen wordt overhandigd aan het bestuur is volstorting in geld evident. Het bestuur houdt vervolgens dit bedrag namens de vennootschap. Bij grotere bedragen is het niet waarschijnlijk dat deze op vorenbedoelde wijze in contanten worden gestort. Dit levert dus een spanningsveld op tussen de verklaring in de oprichtingsakte dat storting op aandelen heeft plaatsgevonden terwijl de vennootschap nog geen bankrekening heeft en deze verklaring van de oprichters dan ook waarschijnlijk onjuist is.

Ten aanzien van de kleine kasstortingen wil ik nog opmerken dat in de praktijk de euro in de portemonnee van de bestuurder verdwijnt die veelal tevens de oprichter is, waarbij dan weer de vraag opdoemt of dit een verboden kasrondeje is.⁹ De arresten onder het oude recht hebben hun belang niet verloren.¹⁰ Ook kan geredeneerd worden dat er een storting *constituto possessorium* heeft plaatsgevonden.¹¹

Het juridische belang van de volstorting bij een bedrag van één euro is echter beperkt.¹² De aandeelhouder is slechts verplicht alsnog vol te storten. De kosten voor het alsnog opvragen van dit kapitaal zijn hoger dan de opbrengst zodat de vraagstelling met name theoretisch van aard is.

Dit is anders indien het te storten bedrag aanzienlijk is. Er zijn dan partijen die er belang bij hebben dat de storting is geschied en hierover geen misverstanden kunnen ontstaan.

Een van de partijen die belang heeft bij storting en het voorkomen van misverstanden omtrent de volstorting van aandelen zijn de bestuurders. Zij moeten weten of aandelen zijn volgestort. Bestuurders dienen het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.¹³ Zij zijn bevoegd om een niet gedane storting op te vragen. Het behoort tot een taak van het bestuur te zorgen voor een juiste inning van de openstaande vorderingen van de vennootschap. Laat een bestuur na onvoldoende de positie van haar debiteuren te monitoren, dan kan dit tot bestuursaansprakelijkheid leiden. Indien het bestuur niet overgaat tot het opvragen van de storting en de kredietwaardigheid van de tot storting verplichte partijen onvoldoende heeft onderzocht of na het ontstaan van de verplichting in de gaten houdt kunnen bestuurders derhalve ook bestuursaansprakelijk zijn.¹⁴ Daarbij moeten bestuurders de verjaringstermijn van vijf jaar voor het opvragen van een storting niet vergeten.¹⁵ Daarbij komt voorts dat bestuurders geen handelingen mogen verrichten waarvan zij weten of behoren te weten dat de vennootschap nooit aan de daaruit voortvloeiende verplichtingen kan voldoen. Dit leidt tot privé aansprakelijkheid voor de bestuurders krachtens onrecht-

8. Zie ook N.J. Borgman, 'De rol van de notaris bij de stortingsplicht op aandelen in de Flex-BV', *JBN* 2013/1.

9. W. Bosse, 'Storting op aandelen, kan het kasrondeje nog?', *JBN* 2003/11.

10. W. Bosse, 'De Flex-BV, ruim een jaar verder (deel 1)', *FTV* 2014/1.

11. Zie ook: V. van Kampen, 'Volstorting van aandelen zonder storting, een praktische middenweg', *V&O* 2013/10 p. 175-177.

12. Voor de fiscale consequenties zie o.a. J.L. van de Streek, 'De deelnemingsvrijstelling en de regels voor het bijeenbrengen van kapitaal in een flex-BV', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2012/6 p. 199-207.

13. Art. 2:239 BW.

14. Art. 2:9 BW en 2:248 BW.

15. Art. 3:307 lid 1 BW. Zie hierbij tevens: HR 17 oktober 2003, *ECLI:NL:HR:2003:AI0308*, *JOR* 2003/275 en *Kamerstukken II* 2006/07 31 058, nr. 3, p. 28.

matige daad jegens de wederpartij op grond van de Beklamel norm.¹⁶ Een bestuurder zal dus pas kunnen besluiten tot het aangaan van een aantal verplichtingen zodra de bestuurder weet dat de op de aandelen te storten gelden ook daadwerkelijk zijn gestort of worden gestort en de betreffende oprichter wel voldoende kredietwaardig is. Of een oprichter aan zijn stortingsplicht kan voldoen is voor een bestuurder dus ook relevant.

Ook mede-aandeelhouders hebben er belang bij dat storting heeft plaatsgevonden. Indien voor een succesvolle onderneming een minimaal kapitaal benodigd is en aandeelhouders hebben zich verplicht dit tezamen te verschaffen, dan is het voor alle aandeelhouders belangrijk dat dit kapitaal ook daadwerkelijk beschikbaar is. Kan een van de aandeelhouders niet overgaan tot storting en is er onvoldoende kapitaal aanwezig, dan kan dat leiden tot faillissement van de vennootschap. Alsdan zijn de mede-aandeelhouders hun geïnvesteerde vermogen ook kwijt, tenzij zij alsnog zelf of via een derde het extra benodigde kapitaal bijeenbrengen, met alle complicaties van dien. Mede-aandeelhouders hebben dus belang bij een storting vooraf en een controle daarop.

Ook partijen die aandelen verkrijgen dienen te weten of aandelen zijn volgestort. Is dit niet het geval dan zijn zij immers voor volstorting aansprakelijk, tezamen met de vorige aandeelhouders.¹⁷

Natuurlijk zijn er ook nog derden. Een goed gekapitaliseerde vennootschap wekt het vertrouwen naar schuldeisers dat zij voldoende vermogen heeft. Of een vennootschap goed gekapitaliseerd is hangt van meerdere factoren af maar daarin speelt het geplaatste en gestorte kapitaal zeker in de aanvangsfase wel een rol. Indien blijkt dat een substantieel aandelenkapitaal is uitgegeven, terwijl achteraf blijkt dat dit niet is volgestort noch kan worden volgestort zal een derde hierdoor schade kunnen leiden.

Wat hier ook van zij, de wetgever heeft nadrukkelijk voor afschaffing van de bankverklaring gekozen zonder invoering van een alternatieve controleplicht. De wetgever heeft deze risico's wel bewust aanvaard en er niet voor gekozen de notaris een controleplicht op te leggen.

Gebruik van de kwaliteitsrekening

Er zijn dus meerdere partijen die belang kunnen hebben bij een controle op storting. Een notaris wordt dan ook regelmatig verzocht om de storting te laten geschieden op de notariële kwaliteitsrekening. Pas na storting wordt de akte van oprichting of uitgifte getekend.

Vindt storting via de notariële kwaliteitsrekening plaats dan wordt jegens derden duidelijkheid omtrent het gestorte kapitaal verzorgd en worden de belangen van bestuurders en mede-aandeelhouders behartigd.

Wanneer een kwaliteitsrekening mag worden gebruikt is niet in de wet geregeld. Art. 25 WNA bepaalt slechts dat de notaris een rekening moet aanhouden die uitsluitend bestemd zijn voor gelden die hij in verband met zijn werkzaamheden onder zich neemt. Daaruit volgt a contrario dat de notariële kwaliteitsrekening niet zomaar mag worden gebruikt.¹⁸ De ontvangen gelden moeten in verband staan met de door de notaris verrichte werkzaamheden.

Vanwege de verschoningsplicht van de notaris en het risico van witwassen via de notaris is het gebruik van de kwaliteitsrekening punt van aandacht voor zowel de wetgever als de KNB. Zo is de verschoningsplicht per 1 januari 2012 ten aanzien van derdengelden beperkt en heeft de KNB regelgeving geïntroduceerd over het gebruik van de notariële kwaliteitsrekening. Daarenboven geldt voor de notaris een aantal (vanzelfsprekende) verplichtingen, waaronder die uit de WWFT.¹⁹ Zo moet een notaris controleren of de partij die het geld heeft gestort ook daadwerkelijk de partij is die aan de stortingsplicht moet voldoen. Ook zijn er regels over het uitbetalen van gelden die op een kwaliteitsrekening zijn gestort.²⁰

In de MvT 'Informatieplicht derdengeldenrekening notariaat' staat dat gelden die aan de notaris in verband met zijn werkzaamheden worden toevertrouwd *veelal* (cursief auteur) nauw verbonden zijn met de aard van de notariële dienstverlening en de vertrouwensfunctie van de notaris.²¹ Een verdere omschrijving in de wet ontbreekt. Hoewel *veelal* ruimte biedt is er geen opsomming gegeven. In mijn optiek mag de notariële kwaliteitsrekening slechts worden gebruikt indien aan een aantal criteria is voldaan:

- a. De stortingen moeten verband houden met de door de notaris in het kader van zijn ambt verrichtte werkzaamheden.²²

16. HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AB9521, m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamel).

17. Art. 2:199 BW

18. Zie ook J.D.M. Schoonbrood en B.S. Veldkamp, 'De notary letter in de transactiepraktijk; (On)mogelijkheden van de notariële kwaliteitsrekening', *WPNR* 2010/6847, p. 500.

19. Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme.

20. Reglement beperking uitbetaling derdengelden (BUD).

21. *Kamerstukken II* 2010/11 32 700, nr. 3, paragraaf 2.1.

22. Zie ook J.D.M. Schoonbrood en B.S. Veldkamp, 'De notary letter in de transactiepraktijk; (On)mogelijkheden van de notariële kwaliteitsrekening', *WPNR* 2010/6847, p. 500 over de overdracht van een auto.

- b. Zij moet zekerheid bieden aan belanghebbenden;²³
- c. De notaris moet inzicht hebben in de transactie en de daarmee gepaard gaande geldstromen en zijn poortwachtersfunctie kunnen uitoefenen.
- d. Zij mag het vertrouwen van het publiek in de notaris en het gebruik van zijn rekening niet schaden;²⁴
- e. Het gebruik van de rekening mag vanzelfsprekend niet leiden tot overtreding van de wet, waaronder de WWFT.

In hoeverre wordt bij storting op aandelen via de kwaliteitsrekening aan deze criteria voldaan?

Ad a. De oprichting van een besloten vennootschap en elke daaropvolgende uitgifte van aandelen kan krachtens de wet slechts geschieden met notariële tussenkomst. Dat een notaris wordt ingeschakeld is krachtens een wettelijk toebedeelde taak.²⁵ De wetgever heeft de notaris een poortwachtersfunctie toegedicht bij de vervulling van zijn wettelijke taken.

Ad b. De storting biedt, zoals hiervoor vermeld, zekerheid aan aandeelhouders, bestuurders en derden.

Ad c. De notaris moet controleren dat de storting is verricht door diegene die daartoe verplicht is. Geschiedt betaling door een ander dan moet de notaris die onderliggende rechtsverhouding beoordelen. Uitbetaling kan slechts geschieden op een bankrekening van de vennootschap of aan een derde in het kader van een transactie waarbij de notaris betrokken is (bijvoorbeeld de gelden worden na oprichting gebruikt voor de aankoop van een onroerende zaak en de gelden worden overgeboekt aan de verkoper).²⁶ Ook kunnen gelden naar een collega notaris worden overgemaakt voor een vervolgttransactie.²⁷

Ad d. Door het voorgaande ordent de notaris het rechtsverkeer en neemt het vertrouwen van het publiek in de notaris toe.

Ad e. De notaris zal als onderdeel van zijn taak moeten controleren of het ontvangen van gelden op de kwaliteitsrekening leidt tot schending van de WWFT of overige wetgeving.

Kortom, aan alle criteria wordt voldaan en storting op aandelen kan geschieden op de kwaliteitsrekening van de notaris.

Er is nog een ander argument om storting op de kwaliteitsrekening toe te staan. Stel er is een B.V. met 100 aandelen van €0,01.

Een reële waarde van de vennootschap is € 1 miljoen. Er meldt zich een toetreders die de helft van de aandelen wil verkrijgen. Er zijn dan twee opties:

1. De aandeelhouder verkoopt 50 aandelen voor €500.000,- aan de toetreders. In dat geval vindt een aandelenoverdracht plaats via de notaris. De koopprijs mag via de kwaliteitsrekening lopen.
2. Er worden 100 nieuwe aandelen uitgegeven met een agiostorting op alle aandelen van €1 miljoen, te betalen aan de vennootschap. Ik zie geen grond waarom in geval 1 wel een notariële kwaliteitsrekening mag worden gebruikt en in het geval 2 niet.

Conclusie

Al met al concludeer ik dat de notaris wettelijk niet verplicht is om te beoordelen of een storting op aandelen heeft plaatsgevonden, ook niet als in de akte van oprichting of storting wordt vermeld dat de storting heeft plaatsgevonden. Dit is een bewuste keuze van de wetgever geweest. Dit is anders indien de notaris goede gronden heeft op grond waarvan hij vermoedt dat de verklaring dat storting heeft plaatsgevonden onjuist is (bijvoorbeeld bij inbreng in natura tegen een te laag bedrag). Dit is inherent aan zijn poortwachtersfunctie.²⁸

Hoewel de notaris niet verplicht is om op storting toe te zien mag de kwaliteitsrekening worden gebruikt om storting op aandelen te accepteren. Daarbij dient de notaris zich wel te houden aan de WWFT, het Reglement beperking uitbetaling derdengelden en zijn poortwachtersfunctie in het algemeen.

Mr. A.H.G. Wilod Versprille*

23. Zie voor b. en d. ook Asser/Bartels & Van Mierlo, *3-IV Algemeen Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 574.

24. Idem.

25. Overigens ben ik van mening dat ook aangelegenheden waar geen notariële tussenkomst is vereist maar wel mogelijk de notaris best een rol kan spelen en in dat kader ook gelden via zijn kwaliteitsrekening kan laten lopen. De notariële akte heeft immers dwingende bewijskracht en executoriale titel, hetgeen voor partijen een goede grond kan zijn om zaken bij notariële akte te laten vastleggen.

26. Reglement beperking uitbetaling derdengelden (BUD.)

27. J.D.M. Schoonbrood en B.S. Veldkamp, 'De notary letter in de transactiepraktijk; (On)mogelijkheden van de notariële kwaliteitsrekening', *WPNR* 2010/6847, p. 501.

28. Zie P van Schilfgaarde, J.W. Winter, J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 22. "Een behoedzame notaris zal zonder bewijs van storting in de akte niet vermelden en constateren dat op de aandelen is gestort."

* Notaris bij OLENZ Notarissen te Veenendaal. (aversprille@olenz.nl)