

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/64985>

Please be advised that this information was generated on 2021-01-19 and may be subject to change.

## Ondernemingsrecht, Vragen uit de rechtspraak Curator en agio

### Ondernemingsrecht, Vragen uit de rechtspraak Curator en agio

### Ondernemingsrecht, Vragen uit de rechtspraak Curator en agio

Vindplaats: Ondernemingsrecht 2004, 14 Bijgewerkt tot: 01-01-2004

Auteur: Gerard van Solinge

Vragen uit de rechtspraak

Curator en agio

*Vraag* - Een failliet verklaarde BV heeft drie aandeelhouders A, B en C. C is tevens de enige bestuurder. Enige tijd na de oprichting is een aandeelhoudersovereenkomst gesloten waarin onder meer werd afgesproken dat A en B ter verdere financiering van de vennootschap in drie jaarlijkse tranches agiostortingen zullen doen. C is in hoedanigheid van aandeelhouder ook partij bij de overeenkomst, maar heeft zich niet verplicht tot agiostorting. De vennootschap is geen partij. In het zicht van het faillissement weigeren A en B hun verplichtingen ter zake van de derde tranche na te komen. De curator vraagt zich af of hij de laatste agiostortingen van A en B kan vorderen.

*Antwoord* - Anders dan voor de NV, geldt voor de BV niet de verplichting dat bij het nemen van het aandeel ook het bedongen agio wordt gestort (vgl. het eerste lid van art. 2:80 en 2:191 BW). Bij de BV kan men overeenkomen dat het agio later wordt gestort. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de aanvankelijk ook voor de BV opgenomen verplichting tot agiostorting bij het nemen van het aandeel is geschrapt, omdat agio in Nederland in beginsel vrij mag worden uitgekeerd en er met het al of niet betalen van agio geen schuldeisersbelang is gemoeid. Zie: *Bundel NV/BV*, p. IXr - Art. 191-2. Onduidelijk is welk belang er wel mee is gemoeid, want in het kader van kapitaalbescherming heeft de bepaling strikt genomen ook geen functie. De tweede EEG-richtlijn verplichtte evenwel tot invoering van deze bepaling. Zie: *Asser/Maeijer 2-III* (2000), nr. 91.

Art. 2:193 BW bepaalt dat de curator bevoegd is tot uitschrijving en inning van *alle nog niet gedane stortingen op de aandelen*, onverschillig hetgeen bij de statuten daaromtrent is bepaald. Onlangs heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de stortingverplichting voortvloeit uit overeenkomst (anders: B. Bier, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 418). Als zodanig komt de vordering daarom aan de curator niet toe, maar moet worden aangenomen dat art. 2:193 BW de curator een (beschikkings)bevoegdheid geeft met betrekking tot het recht van de vennootschap op storting. Zie: HR 17 oktober 2003, *JOR* 2003/276, m.nt. C.J. Groffen. In het door de HR berechte geval ging het om volstorting, dat wil zeggen: de storting van de nominale waarde van het aandeel. Kan de curator ten aanzien van de agioverplichtingen ook ageren op grond van art. 2:193 BW?

Op grond van de bewoordingen van art. 2:193 BW kan worden verdedigd dat de bepaling ook geldt voor agiostortingen. De wet spreekt immers van *alle* stortingen. Leest men de corresponderende bepaling voor de NV (art. 2:80 BW) dan blijkt dat het bedongen agio een door de wet aangeduide vorm van storting is, zodat ook deze vorm van storting valt onder de even later in art. 2:84 BW genoemde 'alle nog niet gedane stortingen'. Ook de overige bewoordingen van art. 2:84/193 BW nopen niet tot een andere uitleg: de curator is bevoegd tot opeisbaar maken ('uitschrijving') en inning van alle stortingen. Uitschrijving behoeft geen toestemming van de rechter-commissaris, de inning in rechte wel (art. 68 Fw).

De vordering van de curator tot agiostorting ex art. 2:193 BW zal mogelijk afstuiten op de hierboven aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis, inhoudende dat met agiobetaling geen schuldeisersbelang is gemoeid. Ook contra-indicatief is de toelichting bij

de laatste wijziging van de bepaling in 1985, waarbij de bevoegdheid tot het vorderen van volstorting ook buiten faillissement aan de vereffenaar werd toegekend. De toelichting heeft het daar uitdrukkelijk over het vragen van volstorting van aandelen (*Kamerstukken II* 1984/85, 16 551, nr. 17).

Aangenomen dat de curator geen agiostortingen kan vorderen op grond van art. 2:193 BW, heeft hij dan nog een andere grond? Het lijkt geen twijfel dat de vennootschap belang heeft bij agiostortingen. Normaal gesproken zal zij dan ook partij zijn. Zie: *Handboek* (1992), nr. 182. De curator kan dan steeds nakoming vorderen. Wat nu echter indien, zoals in het onderhavige geval, de aandeelhouders over en weer agio bedingen zonder de vennootschap partij te maken bij die overeenkomst? Op die manier kunnen zij de vennootschap buitensluiten, opdat de laatste geen nakoming kan vorderen. De aandeelhouders kunnen zelfs de overeenkomst ontbinden of voortijdig beëindigen zonder dat de vennootschap ervan wist, respectievelijk er invloed op kan uitoefenen. Is de vennootschap geen partij bij het agiobeding, dan heeft de curator naar mijn mening terzake geen vordering. Daarover kan anders worden gedacht, indien, zoals in het onderhavige geval, de enige bestuurder in zijn (andere) hoedanigheid van aandeelhouder, ook partij is bij de overeenkomst. Bij het opstellen van aandeelhoudersovereenkomsten met agioverplichtingen is het verstandig na te gaan of het wenselijk is dat de vennootschap meetekent.

*De lezers worden van harte uitgenodigd nieuwe rechtsvragen in te zenden. Deze kunnen - het liefst per e-mail - worden geadresseerd aan een van de redactiesecretarissen, zie colofon op de binnenzijde van het omslag.*

Copyright © Kluwer 2012  
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 26-04-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.