

JOR 2012/97

Hoge Raad

20 januari 2012, 11/04235; LJN BU8515.

(mr. Fleers

mr. Numann

mr. Asser

mr. Drion

mr. Snijders)

(Concl. (concl. A-G Langemeijer))

DCC Exploitation Beheer BV te Breda,

verzoekster tot cassatie,

advocaat: mr. P. Garretsen,

tegen

1. NV Illinois te Gent (België),

2. NV Villabouw Francis Bostoen te Gent (België),

verweersters in cassatie,

advocaten: mr. R.P.J.L. Tjittes en mr. L. van den Eshof.

Verzoek tot faillietverklaring, Intercompany vordering achtergestelde lening, Toestand van te hebben opgehouden te betalen, Verwijzing naar HR 24 oktober 1997, «JOR» 1997/147, m.nt. Loesberg en HR 27 juni 2008, «JOR» 2008/248, m.nt. Spinath, Conclusie A-G Langemeijer, Cassatieberoep verworpen (art. 81 RO)

[Fw - 1; BW Boek 3 - 277; lid 2; BW Boek 6 - 22; RO - 81]

» Samenvatting

Tegen de achtergrond van het arrest HR 24 oktober 1997, «JOR» 1997/147, m.nt. Loesberg (Van Uden/Sifun) heeft verzoekster (tot cassatie) in dit geding het standpunt ingenomen dat hier sprake is van kapitaalverstrekking, althans van achtergestelde leningen die in feite het karakter hadden van kapitaalverstrekking. De omstandigheid dat verzoekster het bedrag van de opgezegde leningen niet heeft terugbetaald, kan volgens verzoekster niet de gevolgtrekking dragen dat zij verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Volgens de beide schuldeisers (verweersters in cassatie) daarentegen, was hier sprake van tijdelijke, kort lopende geldleningen “ter delging van liquiditeitskrapte”. In de vakliteratuur is vanuit een andere invalshoek – niet het Haviltex-criterium om te bepalen of een overeenkomst van

achterstelling tot stand is gekomen, maar in het kader van de vraag wat rechtens is wanneer een controlerend aandeelhouder aan de vennootschap een of meer leningen verstrekt in een situatie waarin een derde dat niet zou doen – naar voren gebracht dat in bepaalde situaties er reden kan zijn om bij de afwikkeling van het faillissement deze geldlening(en) te behandelen als achtergestelde vordering(en), ook al is er geen sprake van een overeenkomst van achterstelling als bedoeld in art. 3:277 lid 2 BW. Voor zulk een achterstelling bestaat geen reden in een situatie waarin ook een derde een dergelijke lening zou hebben verschaft. De gedachte aan een achterstelling van vorderingen die niet op een overeenkomst van achterstelling berust, is door andere schrijvers overgenomen en mede betrokken op geldleningen tussen vennootschappen die tot dezelfde groep van ondernemingen behoren (zgn. intercompany leningen). In de discussie gaat het vooral om de vraag of de wetgever hier zou moeten ingrijpen. Tot dusver is door de Hoge Raad niet aanvaard dat bij het vaststellen van de rangorde van de schuldeisers in een faillissement, een vordering uit geldlening door een aandeelhouder of door een andere vennootschap binnen dezelfde groep van ondernemingen wordt aangemerkt als een achtergestelde vordering zonder de in art. 3:277 lid 2 BW genoemde contractuele grondslag. Voor zover de achterstelling niet op een overeenkomst van achterstelling kan worden gebaseerd, is derhalve voor een doorbreking van de paritas creditorum (gelijkheid van schuldeisers) een wettelijke basis vereist. In het huidige cassatiegeding gaat het niet om het bepalen van de rangorde van de schuldeisers in het faillissement. Voor het oordeel over de vraag of een schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, is die rangorde niet direct van belang. Veeleer is van belang wanneer de vordering van de schuldeisers opeisbaar is: zo is het bijvoorbeeld mogelijk, een opschortende voorwaarde overeen te komen (art. 6:22 BW), zie HR 27 juni 2008, «JOR» 2008/248, m.nt. Spinath (Dairex Holland/Amaraghdawn/Creameries). De Hoge Raad verworpt het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Langemeijer)

In deze zaak komt verzoekster tot cassatie op tegen haar faillietverklaring. Is sprake van achtergestelde leningen? Is sprake van misbruik van bevoegdheid bij de faillissementsaanvraag?

1. De feiten en het procesverloop

1.1. In cassatie kan m.i. worden uitgegaan van de volgende feiten: [\[noot:1\]](#)

1.1.1. Verzoekster tot cassatie (hierna: DCC) is een in Nederland gevestigde besloten vennootschap. De aandelen in deze vennootschap worden gehouden door Diplomatic Card S & B S.A te Luxemburg.

1.1.2. Shuriken S.A. houdt 2/3 deel van de aandelen in Diplomatic Card S & B S.A. Het overige 1/3 deel van de aandelen wordt gehouden door Mercure International S.A., een onderneming die deel uitmaakt van de Bostoengroep (België). De samenwerking tussen beide aandeelhouders had de exploitatie ten doel van een onderneming, die een duty free-tankcard uitgeeft waarmee diplomaten en personeelsleden van internationale organisaties op krediet belastingvrij brandstof kunnen tanken.

1.1.3. N.V. Illinois en N.V. Villabouw Francis Bostoengroep, de huidige verweersters in cassatie, maken deel uit van de Bostoengroep. Zij hebben geldmiddelen ten bedrage van in totaal € 669.000,- respectievelijk € 75.000,- ter beschikking gesteld aan DCC.

1.1.4. Medio 2010 is een geschil ontstaan tussen de aandeelhouders. Op 2 juli 2010 hebben N.V. Illinois en N.V. Villabouw Francis Bostoengroep de door hen aan DCC verstrekte geldleningen opgezegd.

1.1.5. Op vordering van DCC heeft de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent op 5 november 2010 in kort geding de opeisbaarheid van de leningen van N.V. Illinois en N.V. Villabouw Francis Bostoengroep geschorst voor de duur van zes maanden. [\[noot:2\]](#)

1.2. In mei 2011 hebben N.V. Illinois en N.V. Villabouw Francis Bostoengroep (hierna ook gezamenlijk aangeduid als: de schuldeisers) zich gewend tot de rechtbank te Breda en verzocht DCC in staat van faillissement te verklaren. [\[noot:3\]](#) Zij stelden daartoe onder meer dat hun vorderingen uit de opgeëiste leningen onbetaald zijn gebleven.

1.3. DCC heeft bestreden dat zij in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen. Bij vonnis van 7 juni 2011 heeft de rechtbank dit verweer verworpen en DCC in staat van faillissement verklaard.

1.4. DCC heeft hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch. In haar verzoekschrift in hoger beroep voerde zij samengevat aan:

a. dat de desbetreffende bedragen als kapitaal zijn ingebracht en niet slechts als een (kort lopende) geldlening ter beschikking van DCC zijn gesteld;

b. dat, voor zover het zou gaan om leningen, deze moeten worden beschouwd als achtergestelde aandeelhoudersleningen; ten overvloede merkte DCC op dat het bestaan van een achtergestelde lening niet bijdraagt tot het bewijs dat de schuldenaar verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen; [\[noot:4\]](#)

c. dat zij uit hoofde van onrechtmatige daad een voor verrekening vatbare tegenvordering tot schadevergoeding heeft wegens het door de Bostoengroep “leegroven” van DCC in het voordeel van een door de Bostoengroep gesteunde concurrent, genaamd Forax;

d. dat de beide schuldeisers misbruik maken van het faillissementsrecht: zij missen een redelijk belang bij het faillissementsverzoek en beogen slechts DCC vleugellam te maken en de door DCC verworven kennis ten goede te laten komen van de door de Bostoengroep gesteunde concurrent Forax. [\[noot:5\]](#)

1.5. Bij arrest van 13 september 2011 heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het hof stelde in rov. 3.2, in cassatie onbestreden, vast:

“In zijn verslag heeft de curator onder meer het volgende vermeld. DCC heeft nooit enige

inkomsten genoten. DCC betaalde wel de kosten van de ontwikkeling van de tankcard, tussen 9 juni 2008 tot de faillissementsdatum opgelopen tot een bedrag van 2,7 miljoen euro. Er is een schuld van 1,8 miljoen euro aan Diplomatic Card S.A., de schulden aan Illinois en Villabouw en een post (overige) crediteuren tot € 166.998,- (stand op 31 januari 2011). Het saldo op de boedelrekening bedraagt thans (tijdstip verslag) € 49.933,80. Er lopen diverse procedures. De activiteiten zijn volledig gestaakt. De personeelsleden werken thans bij DCC Operations.”

1.6. Vervolgens behandelde en verwierp het hof in rov. 3.3.1-3.3 het onder a genoemde verweer 3; in rov. 3.3.4 het onder b genoemde verweer; in rov. 3.3.5-3.3.6 het onder c genoemde verweer en in rov. 3.3.7-3.3.8 het onder d genoemde verweer. Het hof besloot:

“3.3.9. Het hof neemt tenslotte in overweging dat de (opeisbare) vorderingen van de aanvragers van het faillissement, Illinois en Villabouw, vast staan. Ook zijn er steunvorderingen. Daarnaast constateert het hof dat DCC thans een vrijwel lege onderneming is met grote schulden, terwijl er geen activiteiten meer plaatsvinden en er ook anderszins geen inkomsten zijn. Aldus is er naar het oordeel van het hof sprake van opeisbare vorderingen van de aanvragers van het faillissement, pluraliteit van schuldeisers en een situatie waarin DCC verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen.”

1.7. DCC heeft – tijdig [\[noot:6\]](#) – beroep in cassatie ingesteld. De schuldeisers hebben verzocht het beroep te verwerpen. Partijen hebben (desverzocht schriftelijk) hun standpunten toegelicht ter zitting van de Hoge Raad, waarna DCC heeft gerepliceerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Art. 3:277 lid 1 BW bepaalt dat schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang. Ingevolge lid 2 van dat artikel kan bij overeenkomst van een schuldeiser met de

schuldenaar worden bepaald dat zijn vordering jegens alle of bepaalde andere schuldeisers een lagere rang neemt dan de wet hem toekent. Zo’n overeenkomst wordt aangeduid als “overeenkomst van achterstelling”. Het behoeft geen betoog dat een achterstelling in het nadeel van de schuldeiser is. De schuldeisers die tot achterstelling bereid zijn, zijn doorgaans degenen die belang hebben bij het voortbestaan van de onderneming van de schuldenaar. Een achterstellingsovereenkomst impliceert niet zonder meer dat die schuldeiser zijn bevoegdheid tot verrekening heeft prijsgegeven of, in geval van faillissement van zijn schuldenaar, eerst dan zijn verhaalsrecht kan uitoefenen indien die andere schuldeisers zijn voldaan. [\[noot:7\]](#) Of deze gevolgen aan een overeenkomst van achterstelling zijn verbonden, is afhankelijk van hetgeen partijen in het concrete geval zijn overeengekomen. [\[noot:8\]](#)

2.2. In HR 24 oktober 1997, NJ 1998/68 («JOR» 1997/147, m.nt. Loesberg (*Van Uden/Sifun*); *red.*), [\[noot:9\]](#) had de feitenrechter vastgesteld dat de leningen aan de schuldenaar achtergestelde leningen waren en in feite het karakter hadden van kapitaalverstrekking. Voorts had de feitenrechter beslist dat het bestaan van die leningen niet kon bijdragen tot het (in een faillissementsprocedure: summieri) bewijs dat de schuldenaar verkeerde in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Daarbij had de rechter in aanmerking genomen de aard en de strekking van die leningen – te weten: achtergestelde leningen die slechts terugbetaald behoeven te worden bij liquidatie – alsmede de omstandigheid dat niet gezegd kon worden dat de schuldenaar door die leningen niet terug te betalen, zijn verplichtingen jegens beide vennootschappen niet nakwam. Het cassatieberoep tegen deze beslissingen werd door de Hoge Raad verworpen.

2.3. Tegen de achtergrond van die uitspraak heeft DCC in dit geding het standpunt ingenomen dat hier sprake is van kapitaalverstrekking, althans van achtergestelde leningen die in feite het karakter hadden van kapitaalverstrekking. De omstandigheid dat DCC het bedrag van de opgezegde leningen niet heeft terugbetaald, kan volgens DCC niet de gevolgtrekking dragen dat zij verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. Volgens de beide schuldeisers daarentegen, was hier sprake van tijdelijke, kort lopende geldleningen “ter delging van liquiditeitskrapte”. [\[noot:10\]](#)

2.4. Bij wijze van intermezzo: in de vakliteratuur is vanuit een andere invalshoek – niet het Haviltex-criterium om te bepalen of een overeenkomst van achterstelling tot stand is gekomen, maar in het kader van de vraag wat rechtens is wanneer een controlerend aandeelhouder aan de vennootschap een of meer leningen verstrekt in een situatie waarin een derde dat niet zou doen [\[noot:11\]](#) – naar voren gebracht dat in bepaalde situaties er reden kan zijn om bij de afwikkeling van het faillissement deze geldlening(en) te behandelen als achtergestelde vordering(en), ook al is er geen sprake van een overeenkomst van achterstelling als bedoeld in art. 3:277 lid 2 BW. Voor zulk een achterstelling bestaat geen reden in een situatie waarin ook een derde een dergelijke lening zou hebben verschaft. [\[noot:12\]](#) Het betoog was mede geïnspireerd door de toenmalige Duitse wettelijke regeling voor Eigenkapitalersetzende Gesellschaftendarlehen. [\[noot:13\]](#)

2.5. De gedachte aan een achterstelling van vorderingen die niet op een overeenkomst van achterstelling berust, is door andere schrijvers overgenomen en mede betrokken op geldleningen tussen vennootschappen die tot dezelfde groep van ondernemingen behoren (zgn. intercompany leningen). In de discussie gaat het vooral om de vraag of de wetgever hier zou moeten ingrijpen. [\[noot:14\]](#) Tot dusver is door de Hoge Raad niet aanvaard dat bij het vaststellen van de rangorde van de schuldeisers in een faillissement, een vordering uit geldlening door een aandeelhouder of door een andere vennootschap binnen dezelfde groep van ondernemingen wordt aangemerkt als een achtergestelde vordering zonder de in art. 3:277 lid 2 BW genoemde contractuele grondslag. [\[noot:15\]](#) Hieruit maak ik op dat, voor zover de achterstelling niet op een overeenkomst van achterstelling kan worden gebaseerd, voor een doorbreking van de paritas creditorum (gelijkheid van schuldeisers) een wettelijke basis is vereist. De consequenties die de Hoge Raad voor het belastingrecht heeft verbonden aan een geldlening van een grootaandeelhouder, laat ik rusten als voor dit geschil niet relevant. [\[noot:16\]](#)

2.6. In het debat tussen partijen is betrekkelijk veel aandacht besteed aan een beschikking van de rechtbank te Amsterdam, waarvan de overwegingen volgens een commentator “goede aanknopingspunten [lijken] te bieden om onder omstandigheden intercompany schulden, ondanks dat zij contractueel niet zijn achtergesteld ten

opzichte van andere (concurrente) crediteuren, toch een – gehele of gedeeltelijke – ‘achtergestelde behandeling’ te geven”. [\[noot:17\]](#) De rechtbank stelde vast dat het percentage van de schulden dat volgens het concept-akkoord zou worden voldaan, ten aanzien van een intercompany-lening lager was dan ten aanzien van de overige schulden. Wat daarvan zij, ik lees in dat oordeel geen antwoord op de vraag of een faillissement kan worden verzocht (mede) op grond van het onvoldaan blijven van een intercompany-vordering.

2.7. In het huidige cassatiegeding gaat het niet om het bepalen van de rangorde van de schuldeisers in het faillissement. Voor het oordeel over de vraag of een schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, is die rangorde niet direct van belang. Veeleer is van belang wanneer de vordering van de schuldeisers opeisbaar is: zo is het bijvoorbeeld mogelijk, een opschortende voorwaarde overeen te komen (art. 6:22 BW). De in alinea 2.2 genoemde maatstaf is uitgewerkt in HR 27 juni 2008 («JOR» 2008/248, m.nt. Spinath (*Dairex Holland/Amaraghtown Creameries*); *red.*) (LJN: BD1380), NJ 2008/371, [\[noot:18\]](#) waarin de Hoge Raad overwoog:

“Indien naast de vordering van de schuldeiser die het faillissement aanvraagt, alleen blijkt van een achtergestelde schuld van de schuldenaar die pas bij liquidatie behoeft te worden voldaan, kan slechts onder bijzondere omstandigheden worden geoordeeld dat de schuldenaar is opgehouden te betalen. Hoewel op zichzelf niet is vereist dat een mede aan het verzoek tot faillietverklaring ten grondslag gelegde steunvordering opeisbaar is, kan het onbetaald laten van een pas bij liquidatie opeisbare vordering op zichzelf niet als een toereikende aanwijzing worden beschouwd dat de schuldenaar is opgehouden te betalen. De schuldenaar betaalt de achtergestelde vordering weliswaar niet, maar daartoe bestaat ook geen verplichting eerder dan bij liquidatie.” (rov. 3.4).

2.8. Na dit intermezzo keer ik terug naar het cassatiemiddel. Onderdeel 4.1 behelst een algemene klacht, die is uitgewerkt in de daarop volgende onderdelen. De onderdelen 4.2-4.4 richten zich tegen de verwerping van het betoog dat de geldleningen als achtergestelde aandeelhoudersleningen moeten worden beschouwd. Onderdeel 4.4 klaagt dat het hof miskent dat verstrekking vanuit (één of meer

onderdelen van) het conglomeraat van aandeelhouders onder de omstandigheden van dit geval tot de conclusie leidt dat sprake is van een “achtergestelde” lening. Dat deze schuldeisers niettemin zijn overgegaan tot het opzeggen van de leningen en het opeisen van het openstaande bedrag, hangt volgens onderdeel 4.3 uitsluitend daarmee samen, dat deze opzeggingen “onderdeel uitmaken van het plan om DCC om zeep te helpen”. Tot de gestelde omstandigheden rekent onderdeel 4.2:

a. een verwijzing in de pleitnota zijdens DCC in hoger beroep [\[noot:19\]](#) naar een e-mail van de heer Dhaene, financieel directeur van Bostoën, d.d. 6 juli 2010, waaruit DCC afleidt dat het hier leningen betreft die eerst opeisbaar zijn nadat DCC hetzij bankkrediet hetzij kapitaalverhoging zal hebben verkregen;

b. een verwijzing in dezelfde pleitnota naar een e-mail van de genoemde financieel directeur d.d. 4 januari 2010 [\[noot:20\]](#) waarin werd gesproken van een “prêt participatif” (participerende lening), hetgeen volgens het middelonderdeel betekent: participaties in het aandelenkapitaal, echter zonder de aan de aandelen zelf verbonden zeggenschap. Volgens DCC vormt dit soort participaties naar Frans en Belgisch recht eigen vermogen en uitdrukkelijk geen schuld van de vennootschap aan de desbetreffende participanten als vreemd vermogen, laat staan als opeisbare schuld. Het middelonderdeel wijst nog op een passage in het verslag van de curator, waarin een uitspraak van de financieel directeur is opgenomen.

2.9. Zoals gezegd: in de onderhavige zaak gaat het niet om het bepalen van de rangorde van de schuldeisers in het faillissement. Zoals door het hof is uiteengezet, verschilden partijen in de eerste plaats van mening over de vraag of de genoemde bedragen aan DCC ter beschikking zijn gesteld bij wijze van inbreng van kapitaal dan wel als niet méér dan een kort lopende geldlening bij wijze van overbrugging naar een andere (aanvullende) financiering. Het hof heeft in rov. 3.3.3 aannemelijk geacht dat het verschaffen van deze bedragen door N.V. Illinois en N.V. Villabouw Francis Bostoën is aan te merken als “kort lopende geldleningen”. Dat oordeel is feitelijk van aard en in zoverre in cassatie onaantastbaar. Het oordeel is omkleed met redenen die deze slotsom kunnen dragen en voor de lezer begrijpelijk zijn.

2.10. Indien het middel berust op de gedachte dat deze kort lopende geldleningen voor een bepaalde tijd zijn verstrekt – namelijk voor de periode totdat DCC hetzij (aanvullend) bankkrediet, hetzij (aanvullende) inbreng van kapitaal zal hebben verkregen – en in dat geval niet tussentijds konden worden opgezegd door de schuldeisers, treft de klacht geen doel. Het hof, dat verwijst naar de stellingen in het beroepschrift, heeft een betoog van die strekking niet in het beroepschrift gelezen. Dat is, gezien de stukken, niet onbegrijpelijk. Het hof heeft de verwijzing in de pleitnota van DCC [\[noot:21\]](#) naar de mededelingen van de financieel directeur kennelijk niet opgevat als een nieuwe grond voor het hoger beroep; daargelaten de vraag of een nieuwe grond voor het eerst bij pleidooi in appel kon worden aangevoerd. [\[noot:22\]](#)

2.11. De verwijzing naar de e-mail van 6 juli 2010 maakt dit niet anders. [\[noot:23\]](#) In rov. 3.3.3 heeft het hof opgemerkt dat er geen schriftelijke overeenkomsten zijn, waaruit de aard van de geldverstrekking zou kunnen blijken. Het hof achtte voor de beoordeling van dit geschilpunt onder meer van belang: dat de bedragen niet zijn gestort door de aandeelhouders zelf, maar door bedrijven uit de Bostoën-groep; dat DCC zelf eerder heeft gesproken van “leningen”, dat een eerdere lening van € 340.000,- wel is terugbetaald en dat deze bedragen als “kortlopende geldlening” zijn opgenomen in de jaarrekening van DCC over 2010. Wat de e-mails betreft, het hof heeft hieruit afgeleid “dat het geld nodig was ter overbrugging tot een bank was gevonden die bereid was tot financiering, zogenaamde ‘overbruggingskredieten’”. Met dit motief voor het verstrekken van de leningen was niet gegeven dat overeengekomen is – noch dat de aard van de overeenkomst meebracht – dat de beide schuldeisers niet bevoegd waren de leningen op te zeggen zolang DCC nog geen (aanvullend) bankkrediet of andere wijze van financiering had verkregen. De verwijzing in de pleitnota naar de e-mail van 4 januari 2010 leidt om dezelfde redenen niet tot cassatie. Het hof was niet gebonden aan de aanduiding “prêt participatif”, welke de financieel directeur had gebruikt, noch behoefde ’s hofs oordeel op dit punt nadere motivering. Verweerders in cassatie (s.t. onder 18) wijzen terecht erop, dat in de e-mail van 4 januari 2010 niet de leningen zelf zijn aangeduid als “prêt participatif”, maar slechts is opgemerkt dat de interestvoet is berekend conform de “prets participatifs”. De slotsom is

dat de onderdelen 4.2-4.4 falen. Of de klachten worden verstaan als gericht tegen de verwerping (in rov. 3.3.3) van de in alinea 1.4 onder a genoemde stelling of als gericht tegen de verwerping (in rov. 3.3.4) van de in alinea 1.4 onder b genoemde stelling – het middel is op dit punt niet helemaal duidelijk – maakt voor deze uitkomst geen verschil.

2.12. Onderdeel 4.5 is gericht tegen de verwerping van het verweer onder c. De klacht is gebouwd op de veronderstelling dat tussen partijen vaststaat dat de beide schuldeisers betrokken zijn bij een directe concurrent van DCC (namelijk Forax) en ten behoeve van die concurrent gebruik willen maken van de binnen DCC opgebouwde know-how en klantenkring. Het hof zou hebben miskend dat “het door middel van een faillissement uit de boedel halen of kopen van DCC-klanten” wel degelijk onrechtmatig is.

2.13. Deze klacht mist de door art. 419 Rv vereiste feitelijke grondslag. Integendeel, het hof overweegt in rov. 3.3.6 dat de stelling van DCC, dat N.V. Illinois en N.V. Villabouw Francis Bostoën zonder meer te vereenzelvigen zijn met de Bostoën-groep, tot wie zij dit verwijt richt, onvoldoende is onderbouwd. Op deze grond kon het hof het beroep op compensatie afwijzen. Daarenboven heeft het hof nog overwogen dat in deze faillissementsprocedure niet summierlijk is vast te stellen dat de gestelde vordering op afzienbare termijn zal kunnen leiden tot een veroordeling van beide genoemde schuldeisers, die ook nog van voldoende omvang zou moeten zijn om te kunnen verrekenen. [\[noot:24\]](#)

2.14. De onderdelen 4.6 en 4.7 klagen dat het hof heeft miskend dat het oordeel van de Belgische rechter impliceert dat N.V. Illinois c.s. de bedragen niet kunnen opeisen “zolang hun onrechtmatige situatie voortduurt”. Het hof zou zonder motivering aan dit verweer van DCC zijn voorbijgegaan. DCC blijft bij haar standpunt dat, gegeven het oordeel van de Belgische kortgedingrechter, [\[noot:25\]](#) dat niet in een daarop volgende bodemprocedure opzij is gezet, aan deze schuldeisers “niet het recht toekomt aan het verzoek tot faillietverklaring van DCC ten grondslag te leggen dat hunnerzijds sprake is van (direct) opeisbare vorderingen”.

2.15. De voorlopige voorziening, welke was getroffen in de uitspraak van de voorzitter van de

Rechtbank van Koophandel te Gent, was uitgewerkt toen de rechtbank te Breda op 7 juni 2011 het faillissement van DCC uitsprak. Na het verstrijken van de zes maanden, waarvoor die voorlopige voorziening was getroffen, had het oordeel van de voorzitter weliswaar betekenis als precedent, maar was dit niet een vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen waaraan de Nederlandse rechter gebonden was. Het hof heeft overwogen dat tegenover de Gentse uitspraak het latere, uitvoerige vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank te Breda van 15 december 2010 staat.

2.16. Waar het hof in rov. 3.3.6 overweegt dat de opvatting van de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent “daartoe” onvoldoende is, had het hof het oog op de vraag of DCC een voor verrekening vatbare vordering heeft op N.V. Illinois en N.V. Villabouw Francis Bostoën; niet op de vraag of de vordering van deze schuldeisers opeisbaar is. Ten aanzien van de vraag of de vorderingen uit geldlening van N.V. Illinois en N.V. Villabouw Francis Bostoën op DCC opeisbaar zijn, heeft het hof in het voetspoor van de stellingen van DCC onderscheid gemaakt tussen de vraag of de (naar het oordeel van het hof: kort lopende) geldleningen opeisbaar zijn en de vraag of N.V. Illinois en N.V. Villabouw Francis Bostoën misbruik van recht maken, te weten: misbruik van de bevoegdheid om als schuldeiser het faillissement aan te vragen. Om zijn beslissing en de gronden waarop deze berustte voor de lezer begrijpelijk te doen zijn, behoeft het hof niet nogmaals in te gaan op het oordeel in kort geding van de voorzitter. De onderdelen 4.6 en 4.7 falen.

2.17. De onderdelen 4.8-4.9 zijn inhoudelijk een herhaling van de voorgaande klachten en falen om dezelfde redenen. De onderdelen 4.10 en 4.11 klagen dat het hof in rov. 3.3.9 miskent dat de curator heeft gerapporteerd dat een bepaald bedrag aan activa aanwezig is, zij het dat dit wordt overtroffen door de schulden. Nu de wet niet verlangt dat de schuldeisers voor 100 % worden voldaan, kan volgens de klacht niet worden gesteld dat DCC verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen; het onbetaald laten van een eerst bij liquidatie opeisbare vordering draagt niet bij aan dit oordeel. [\[noot:26\]](#)

2.18. Voor zover deze middelonderdelen berusten op de gedachte dat de vorderingen van N.V.

Illinois en N.V. Villabouw Francis Bostoen niet opeisbaar waren, falen zij bij gebrek aan feitelijke grondslag. Dit kwam bij de bespreking van de voorgaande klachten al aan de orde. Voor zover in deze middelonderdelen is bedoeld dat de in art. 1 lid 1 Fw bedoelde toestand zich niet kan voordoen in gevallen waarin een niet te verwaarlozen actief in de boedel aanwezig is, ook al wordt dit overtroffen door de schulden, berust die klacht op een onjuiste rechtsopvatting. De slotsom is dat ook deze onderdelen niet tot cassatie leiden.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

» Noot

1. Het komt in de praktijk regelmatig voor dat een aandeelhouder middelen fourneert ten behoeve van de door de vennootschap gedreven onderneming, zonder dat de civielrechtelijke kwalificatie van de betaling expliciet wordt vastgelegd. Op een later moment kan discussie ontstaan over de vraag of de middelen zijn verstrekt uit hoofde van kapitaalstorting,

agiosstorting of geldlening. In de onderhavige zaak speelde deze discussie in het kader van de vraag of DCC BV in de toestand verkeerde dat zij was opgehouden te betalen in de zin van art. 1 Fw. Twee vennootschappen die tot dezelfde groep behoren als de minderheidsaandeelhouder van DCC, hadden de rechtbank verzocht het faillissement van DCC uit te spreken en daaraan onder meer ten grondslag gelegd dat door hen aan DCC verstrekte leningen onbetaald waren gebleven. DCC stelde zich echter op het standpunt dat sprake was geweest van kapitaalstortingen, en voor zover het toch zou gaan om leningen, deze leningen vanwege hun achtergestelde karakter niet konden bijdragen aan het oordeel dat de vennootschap was opgehouden te betalen. Nu schriftelijke overeenkomsten ontbraken, oordeelde het hof na enig “havitexten” dat sprake was van (niet achtergestelde, opeisbare) geldleningen (zie Hof ’s-Hertogenbosch 13 september 2011, LJN BV2214, r.o. 3.3) zodat DCC verkeerde in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. Vanwege het feitelijke karakter van deze beoordeling mag het niet verbazen dat de Hoge Raad de zaak vervolgens afdoet op grond van art. 81 RO.

2. Ook indien het hof zou hebben geoordeeld dat de leningen wél waren achtergesteld, had DCC haar faillissement waarschijnlijk niet kunnen voorkomen. Het is communis opinio in rechtspraak en literatuur dat een achtergestelde vordering kan bijdragen aan het oordeel dat de debiteur opgehouden is te betalen, mits de vordering niet pas opeisbaar is bij liquidatie en evenmin sprake is van een voorwaardelijke vordering (zie hierover de noot van Spinath bij HR 27 juni 2008, «JOR» 2008/248 (*Dairex Holland/Armaghdown Creameries*) en de conclusie van de A-G bij HR 14 november 2008, *RI* 2009/8). Dit had anders gelegen indien het hof de betalingen zou hebben aangemerkt als stortingen van kapitaal of agio. Tegenover de storting van aandeelhouders staat immers geen verplichting tot terugbetaling; kapitaal en agio behoren tot het eigen vermogen van de vennootschap. Het onderhavige arrest illustreert de noodzaak om, ter voorkoming van onnodig juridisch getouwtrek, bij voorkeur schriftelijk duidelijkheid te creëren over de juridische status, rang en opeisbaarheid van financiële inbreng.

3. Het meest interessante element van de zaak is mijns inziens gelegen in de overwegingen van de

A-G ter zake van een in rechtspraak en literatuur omstreden kwestie: de status in faillissement van een door een aandeelhouder aan de vennootschap verschaft lening, verstrekt op een moment dat een onafhankelijke derde daartoe niet bereid was geweest. In de juridische literatuur gaan stemmen op om dergelijke “aandeelhoudersleningen in crisistijd” achter te stellen bij de vorderingen van de overige crediteuren, ook indien de aandeelhouder en de vennootschap achterstelling in de zin van art. 3:277 lid 2 BW niet zijn overeengekomen. De Rechtbank Breda oordeelde recentelijk dat een door een controlerende aandeelhouder verstrekte lening kwalificeerde als een informele kapitaalstorting zodat deze diende te worden achtergesteld, terwijl de Rechtbank Amsterdam eerder juist overwoog dat het Nederlandse recht geen ruimte biedt voor achterstelling (zie de verwijzingen van de A-G in de conclusie bij het onderhavige arrest en de noot van Tekstra bij Rb. Breda 7 juli 2010, «JOR» 2010/293 (*Oude Grote Bevelsborgh/Louwerier q.q.*)). Bij wijze van intermezzo spreekt de A-G zich over deze kwestie uit; zijns inziens is (buitencontractuele) achterstelling zonder wettelijke grondslag niet mogelijk.

4. De A-G baseert zijn conclusie op het gegeven dat de Hoge Raad achterstelling nooit heeft aanvaard. Voor zover mij bekend, heeft deze vraag ook nimmer expliciet bij de Hoge Raad voorgelegen. De Commissie Kortmann heeft in de toelichting bij haar voorontwerp Insolventiewet aangegeven dat de achterstelling van aandeelhoudersleningen juist zou moeten worden overgelaten aan de rechtspraak. Dit is in internationaal perspectief een verdedigbaar standpunt: zowel in Duitsland, als in de Verenigde Staten is het achterstellingsleerstuk in de rechtspraak ontwikkeld en pas veel later gecodificeerd (zie thans par. 39 *Insolvenzordnung* en par. 510 *U.S. Bankruptcy Code*). Daarbij rijst de vraag of een wettelijke grondslag voor achterstelling niet reeds bestaat; zouden de redelijkheid en billijkheid of art. 6:162 BW niet onder omstandigheden kunnen nopen tot achterstelling van een aandeelhouderslening indien daarmee de schade van de crediteuren ongedaan wordt gemaakt? Lennarts en Schutte-Veenstra lijken op basis van het Nimox-arrest daarvoor enige ruimte te zien (M.L. Lennarts & J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht*, Groningen: Eindrapport 2004, p. 127).

5. Mijns inziens is de kernvraag op basis van welke argumenten een aandeelhouderslening zou moeten worden achtergesteld, indien deze is verstrekt op het moment dat een onafhankelijke derde daartoe niet bereid was geweest. Wat rechtvaardigt dat onder deze omstandigheden wordt voorbijgegaan aan het beginsel van contractsvrijheid? Dat iemand crediteur is van de vennootschap waarin hij aandelen houdt, is op zichzelf geenszins in strijd met de redelijkheid en billijkheid of onrechtmatig. Het vermeende dubieuze karakter van de aandeelhouderslening komt pas in beeld indien de aandeelhouder/crediteur een aanzienlijk belang heeft in de vennootschap of anderszins invloed kan uitoefenen op het beleid van de vennootschap. In de Duitse rechtspraak en literatuur is gewezen op het risico dat een aandeelhouder van zijn informatievoorsprong en invloed gebruikmaakt om zijn lening door de vennootschap te doen aflossen indien het faillissement dreigt. Dit is echter geen argument voor achterstelling; dergelijke betalingen vlak voor faillissement worden genormeerd door de faillissementspauliana en het leerstuk van selectieve onrechtmatige betaling (HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (*Keulen/BLG*) en HR 12 juni 1998, «JOR» 1998/107, m.nt. I (*Coral/Stalt*)). Daarnaast is de schade die de ongesecureerde crediteuren door dergelijke betalingen lijden, niet gelijk aan het voor hen uit de achterstelling voortvloeiende voordeel.

6. Het tweede veelgehoorde argument voor achterstelling van ten tijde van een crisis verstrekte aandeelhoudersleningen houdt kort gezegd in dat een dergelijke norm voorkomt dat de vennootschap op kosten van de crediteuren (te lang) in leven wordt gehouden. Omdat aandeelhouders aanspraak maken op het ongelimiteerde winstpotentieel, zou voor hen een rationele stimulans bestaan om “nog een gokje te wagen”, terwijl het belang van de crediteuren ertoe noopt het faillissement aan te vragen. Uit rechtseconomisch onderzoek blijkt dat deze argumentatie twijfelachtig is (zie M. Gelter, ‘The subordination of shareholder loans in bankruptcy’, *International Review of Law and Economics* 2006, p. 478). Onder omstandigheden is juist denkbaar dat uitsluitend de aandeelhouder nog bereid is een reddingspoging te financieren, omdat hij beter dan een derde in staat is de kans op het succes daarvan in te schatten. Daar plukken ook de crediteuren de vruchten van. Overigens, ook zonder achterstelling neemt de

aandeelhouder een aanzienlijk risico door de vennootschap nog een (ongesecureerde) lening te verstrekken. Hiernaast lopen bestuurders en nauw bij de vennootschap betrokken aandeelhouders reeds een aansprakelijkheidsrisico indien zij de onderneming voortzetten terwijl een redelijke overlevingskans ontbreekt (zie daarover HR 12 september 2008, «JOR» 2008/297, m.nt. Van Maanen (*Van Dusseldorp q.q./Coutts Holding*)).

7. Er lijkt kortom geen goede grond te bestaan om aandeelhoudersleningen achter te stellen louter op basis van het gegeven dat zij ten tijde van een crisis zijn verstrekt. Een geheel andere vraag is mijns inziens of achterstelling gerechtvaardigd kan zijn indien de aandeelhouder bij oprichting de vennootschap financiert met een marginaal kapitaal – binnenkort zelfs € 1 – en een grote hoeveelheid (mogelijk door zekerheden gedekte) leningen. Daaraan zou de gedachte ten grondslag kunnen liggen dat het aandeelhouders niet is toegestaan om reeds bij aanvang van de onderneming in een dergelijk extreme mate het ondernemingsrisico af te wentelen op de ongesecureerde crediteuren. Deze lastige kwestie gaat het bestek van deze noot echter te buiten.

mr. J. Barneveld, promovendus/docent
Universiteit van Amsterdam

» Voetnoten

[1]

In het bestreden arrest ontbreekt een afzonderlijke feitenvaststelling.

[2]

De uitspraak van de voorzitter is overgelegd als prod. 5 bij het verzoekschrift in hoger beroep. Het geschil heeft ook in Nederland geleid tot een uitspraak in kort geding tussen gedeeltelijk dezelfde partijen: zie Voorzieningenrechter Rb. Breda 15 december 2010, overgelegd als prod. 1 bij het verzoekschrift in hoger beroep, aangehaald in rov. 3.3.6 van het bestreden arrest.

[3]

Een eerder door (alleen) N.V. Illinois gedaan verzoek tot faillietverklaring van DCC was door

de rechtbank te Breda op 22 september 2010 afgewezen als prematuur.

[4]

Appelschrift onder 14-19; DCC wees in dit verband op HR 24 oktober 1997, NJ 1998/68.

[5]

Zij hebben gewezen op HR 20 september 1996, NJ 1997/640. Zie nadien nog: HR 10 november 2000, NJ 2001/249 m.nt. P. van Schilfgaarde.

[6]

Binnen 8 dagen; zie art. 12 lid 1 Fw.

[7]

B. Wessels, *Achtergestelde vorderingen*, Deventer: Kluwer, 2006, blz. 6-7, onderscheidt verschillende vormen waarin een schuldeiser zijn vordering kan achterstellen bij die van anderen.

[8]

HR 18 oktober 2002, NJ 2003/503 m.nt. C.E. du Perron; JOR 2002/234 m.nt. B. Wessels. Het vraagstuk in welke fase van de faillissementsprocedure een beroep op achterstelling kan worden gedaan (vóór of na verificatie), is behandeld in HR 2 oktober 1998, NJ 1999/467 m.nt. P. van Schilfgaarde.

[9]

JOR 1997/147 m.nt. Loesberg.

[10]

Verzoekschrift in hoger beroep blz. 9. Al eerder zou N.V. Illinois een overbruggingslening van € 340.000,- hebben verstrekt in afwachting van een aanvullende bankfinanciering; dat bedrag is wel terugbetaald (vgl. rov. 3.3.3).

[11]

De grootaandeelhouder, die voor de keuze staat of hij een aanvullende kapitaalbreng zal doen dan wel een geldlening aan de door hem

gecontroleerde vennootschap zal verstrekken, kan met de keuze voor een geldlening bereiken dat hij, in geval van een faillissement of een akkoord tussen de schuldeisers, op gelijke voet kan delen met de concurrente schuldeisers. Wanneer hij kiest voor aanvullende inbreng van kapitaal, loopt hij het risico deze investering bij een faillissement van de onderneming geheel te verliezen.

[\[12\]](#)

R.J. graaf Schimmelpenninck, Leningen of schadeclaims van aandeelhouders concurrent? TvI 2003, blz. 239-246, i.h.b. blz. 244. Zie hierover ook: B. Wessels, Achtergestelde vorderingen, 2006, reeds aangehaald, blz. 16-17 en blz. 67-68.

[\[13\]](#)

Par. 32a en 32b GmbHG (Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung). Deze artikelen zijn inmiddels vervallen. Zie voor de toen geldende tekst: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2006, blz. 1582 e.v.

[\[14\]](#)

R.J. de Weijts, Vooruit met de achterstelling: over de positie van aandeelhoudersleningen in én voor faillissement, WPNR 6751 (2008), blz. 313-320. Zie ook: M.J.H. Orval en M.N. de Groot, De achtergestelde aandeelhouder(s)lening), Tijdschrift voor financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk 2011, nr. 4, blz. 102-105; G.T.J. Hoff, De aandeelhouder als schuldeiser: een ongenode gast? in: I. Spinath, J.E. Stadig en M. Windt (red.), Curator en crediteuren, INSOLAD Jaarboek 2009, Deventer: Kluwer 2009; F.M.J. Verstijlen, Een goudgerande achtergestelde vordering, Tijdschrift voor Insolventierecht 2011, blz. 149.

[\[15\]](#)

Gevallen van Überschuldung zijn wel aan de Hoge Raad voorgelegd in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid (zie bijv. HR 26 juni 2009 (LJN: BI0468), NJ 2009/418 m.nt. P. van Schilfgaarde) of concernaansprakelijkheid (zie bijv. HR 12 juni 1998, NJ 1998/727).

[\[16\]](#)

M.A. Karmelink en D.S. Smit, De deelnemersregeling en de deelnemingsvrijstelling. Beschouwing naar aanleiding van HR 25 november 2005, BNB 2006/82 (prêt participatif), Weekblad voor fiscaal recht 2006, blz. 1337. Zie over het (ruimere) begrip “onzakelijke lening” in intercompanyverband: HR 25 november 2011, LJN: BN3442, rov. 3.3.1.

[\[17\]](#)

Rb Amsterdam 7 oktober 2005 (inzake de homologatie van het akkoord in de surseance van betaling van Carrier I BV, niet gepubliceerd), te kennen uit Hof Amsterdam 5 november 2005 (LJN: AZ8881), JOR 2007/51 m.nt. S.M. Bartman; A.J. Tekstra, De praktische afwikkeling van intercompany verhoudingen bij insolventies, Tijdschrift Financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk, 2009, nr. 1, blz. 26-29, i.h.b. blz. 28.

[\[18\]](#)

Ook in JOR 2008/248 m.nt. I. Spinath. Zie voorts: B. Wessels, Achtergestelde vorderingen, 2006, reeds aangehaald, blz. 79-80.

[\[19\]](#)

Bedoeld is kennelijk de verwijzing op blz. 5 en/of blz. 17 van de pleitnota; de desbetreffende e-mail is overgelegd als bijlage 2 bij de brief van 26 augustus 2011 aan het hof.

[\[20\]](#)

Bedoeld is kennelijk de verwijzing op blz. 10 van de pleitnota; de e-mail is overgelegd als bijlage 14 bij het verslag van de curator d.d. 1 september 2011 (ordner 4 in het B-dossier).

[\[21\]](#)

Waarvan het hof wel kennis heeft genomen: zie rov. 2.4.

[\[22\]](#)

Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein en Wesseling-van Gent, 2009, nrs. 104-116.

[\[23\]](#)

Blijkens rov. 2.4 heeft het hof van dit schrijven kennis genomen.

[\[24\]](#)

Hierbij teken ik wel aan dat art. 6:136 BW, waarover de s.t. namens verweerders spreekt, na een faillissement door de curator niet kan worden ingeroepen (art. 53 lid 3 Fw).

[\[25\]](#)

Zie alinea 1.1.5 hiervoor. Het middel doelt kennelijk op de volgende overweging van de voorzitter: “In casu blijkt op overtuigende wijze uit de door eiseres [lees: DCC] aangebrachte stukken dat de verweersters en bij uitbreiding de Groep Bostoen met miskenning van hun loyaliteitsverplichting, eisers ten gronde willen richten met de enige bedoeling de veelbelovende technologie die bijna klaar is, op een goedkope manier te verwerven door aan te sturen op het faillissement van o.m. eiseres. Zij probeert dat door de illiquiditeit van eiseres te organiseren via het blokkeren van de noodzakelijke kapitaalverhoging en het opeisbaar stellen van de toegestane leningen. Dit blijkt expliciet uit de inhoud van de door eiseres teruggevonden email en document op de laptop van Spek [een van de werknemers van DCC, noot A-G] en betekent gewis een vorm van rechtsmisbruik.”

[\[26\]](#)

De toelichting op deze klacht verwijst naar HR 27 juni 2008 (LJN: BD1480), hiervoor aangehaald in alinea 2.7.