

De achterstelling van een aandeelhouderslening

Al enige tijd is een discussie gaande over de verhouding van een vordering van een aandeelhouder op zijn vennootschap ten opzichte van andere crediteuren van die vennootschap indien deze in staat van faillissement verkeert. Een aantal juridische auteurs heeft gepleit voor het (onder bepaalde voorwaarden) achterstellen van een dergelijke lening, terwijl anderen zeggen dat een dergelijke achterstelling in strijd is met (onder andere) het beginsel van contractsvrijheid en gelijkheid van crediteuren, zoals wij die kennen onder Nederlands recht. In de in dit artikel behandelde zaak heeft de rechtbank Breda zich uitgelaten over het karakter van een lening van een (indirect) aandeelhouder.

Situatie

Op 24 januari 2002 wordt Ambacht B.V. ("Ambacht") opgericht door Ambacht Holding B.V., waarvan de aandelen worden gehouden door Stichting Ambacht ("Stichting"). Stichting heeft Ambacht ten behoeve van haar bedrijfsvoering personeel, materieel en materiaal ter beschikking gesteld. Als gevolg hiervan heeft Stichting een vordering op Ambacht, welke vordering is geboekt in een rekening-courantverhouding tussen Ambacht en Stichting. Op 21 december 2004 is Stichting op eigen verzoek in staat van faillissement verklaard. Vervolgens gaat op 4 januari 2005 ook Ambacht op eigen verzoek failliet. De curator van Stichting heeft de vordering uit rekening-courant ter verificatie bij de curator van Ambacht ingediend. De curator van Ambacht heeft tijdens de verificatievergadering de vordering van Stichting betwist.

Geschied

De curator van Ambacht betwist de vordering in zoverre dat hij stelt dat de vordering van Stichting als achtergesteld dient te worden beschouwd. In dit geval was dit ook van groot belang voor de crediteuren, omdat, indien deze vordering inderdaad is achtergesteld, de uitkering aan de concurrent crediteuren 100% zou bedragen, terwijl deze uitkering maar 40%-50% zou zijn als de vordering van Stichting ook zou worden aangemerkt als concurrent.

De curator van Ambacht beroept zich op de zogenaamde Carrier I-beschikking van het gerechtshof te Amsterdam. In deze zaak bepaalde het gerechtshof dat onder bijzondere omstandigheden een ongelijke behandeling van schuldeij-

sers gerechtvaardigd kan zijn. Het gerechtshof overwoog verder dat de in die zaak verstrekte aandeelhouderslening het karakter heeft van een kapitaalsinjectie. In een dergelijk geval is het, aldus het gerechtshof, gerechtvaardigd dat de aandeelhouder anders wordt behandeld dan de concurrente crediteuren van de failliete vennootschap.

Niet geheel duidelijk is overigens welke criteria het gerechtshof heeft gehanteerd voor het aanmerken van de aandeelhouderslening als kapitaalsinjectie. Gek genoeg, refereerde het gerechtshof niet expliciet aan de uitspraak in eerste aanleg, waarin de rechtbank had overwogen dat het van doorslaggevende betekenis was dat de lening werd verstrekt *op een moment en onder voorwaarden die een willekeurige derde niet zou aanvaarden*.

De curator van Stichting betwist uiteraard de stelling dat de vordering van Stichting op Ambacht achtergesteld is.

Conclusie van de rechtbank

De rechtbank in deze zaak komt tot de conclusie dat de rekening-courantverhouding tussen Stichting en Ambacht is aan te merken als informeel kapitaal. Hiertoe komt de rechtbank met name vanwege het feit dat Stichting blijft doorfinancieren aan Ambacht ondanks dat de activiteiten van Ambacht verlieslatend zijn. Naast het karakter van de vordering als informeel kapitaal wordt ook overwogen dat de grote mate van verwevenheid tussen Stichting en Ambacht van belang is voor de vraag of de vordering moet worden achtergesteld. Bij deze verwevenheid moet met name worden gedacht aan het feit dat Stichting de feitelijke en operationele leiding van Ambacht in handen



had en verder dat Ambacht voor haar voortbestaan afhankelijk was van Stichting.

De rechtbank overweegt dat het dan ook redelijk is om onder deze omstandigheden de vordering van Stichting op Ambacht aan te merken als achtergesteld. Het zou, zo stelt de rechtbank, in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid wanneer een controlerend aandeelhouder die de vennootschap heeft opgericht, de volledige controle heeft binnen de vennootschap en haar in stand heeft gehouden via een financiering in rekening-courant op gelijke wijze zou meedelen in de opbrengst van de boedel als concurrente crediteuren.

Onduidelijkheid

Uit deze uitspraak volgt dat een aandeelhouderslening als achtergesteld wordt aangemerkt indien die lening (i) wordt beschouwd als informeel kapitaal en (ii) is verstrekt door een controlerend aandeelhouder.

Met deze uitspraak gaat de rechtbank Breda echter een stap verder dan het gerechtshof in de Carrier I-beschikking. In die beschikking overwoog het gerechtshof namelijk dat reeds sprake kan zijn van ongelijke behandeling van crediteuren, indien een lening wordt beschouwd als informeel kapitaal. De rechtbank Breda acht de enkele vaststelling dat een lening informeel kapitaal is echter niet voldoende. De rechtbank ziet pas reden om een dergelijke lening achter te stellen als de aandeelhouder ook een bepaalde mate van controle uitoefent over haar dochteronderneming. Onduidelijk blijft echter wel op welke wijze dergelijke controle moet worden uitgeoefend. De rechtbank overweegt nu dat van belang is dat de aandeelhouder de vennootschap heeft opgericht, in stand houdt door middel van een rekening-courant financiering en zowel de

feitelijke als operationele leiding heeft binnen de vennootschap. Deze feiten lijken mij zo specifiek dat niet kan worden gezegd dat dit de criteria zijn om vast te stellen of sprake is van 'controle'. Wat deze criteria wel zijn, dient in latere jurisprudentie duidelijk te worden.

Interessant blijft verder ook of de lijn van Carrier I en deze uitspraak wordt voortgezet. In een andere uitspraak uit 2008 (One.Tel/Bink q.q.) werd namelijk nog door de rechtbank Amsterdam (!) overwogen dat naar Nederlands recht geen regel bestaat op grond waarvan een lening van een aandeelhouder zou moeten worden behandeld als kapitaal. Voor deze uitspraak valt overigens veel te zeggen. Het huidige recht bevat namelijk niet een duidelijke grondslag om af te wijken van het beginsel van gelijkheid van crediteuren. De verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid is wellicht een wat magere grondslag om een uitzondering op dat beginsel te rechtvaardigen.

Met veel interesse wachten wij daarom de volgende uitspraak over deze materie af.



MARC ORVAL

Advocaat

T +31 20 3016 433

E marc.orval@cms-dsb.com