

JOR 2020/196, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25-02-2020,

ECLI:NL:GHARL:2020:1628, zaaknr. 200.246.817 (annotatie)

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 25-02-2020
Publicatie: JOR 2020/196 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 9, 2020
Annotator: Wolf, R.A.
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:1628
Zaaknummer: zaaknr. 200.246.817
Rechtsgebied: Burgerlijk procesrecht, Ondernemingsrecht
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none">• ECLI:NL:GHARL:2020:1628• INS-Updates.nl 2020-0074• OR-Updates.nl 2020-0102
Rechter(s): <ul style="list-style-type: none">• mr. Brand• mr. Stoutjesdijk• mr. Wolbrink
Partijen: <p>Noweka2 BV te Duiven, appellante, hierna: Noweka, advocaat: mr. J.T. Schlepers, tegen mr. P.T. Bakker te Groningen, handelend in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van J. Norder Beheer BV, geïntimeerde, advocaat: mr. A. Gras.</p>
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none">• BW 2:373• BW 2:375• BW 7:129

Inhoudsindicatie

Terbeschikkingstelling van gelden door certificaathouder kan niet worden gezien als kapitaalstorting op aandelen van aandeelhouder, Uit gedragingen van participanten volgt dat sprake is van een in rekening-courant geboekte lening, Vervolg op Rb. Gelderland 20 juni 2018, «JOR» 2018/287, m.nt. Tekstra

Ga direct naar

- **Samenvatting**
- **Uitspraak**
- **Beslissing/besluit**
- **Noot**

Samenvatting

De gefailleerde vennootschap J. Norder Beheer BV (hierna: de gefailleerde) participeert samen met Kamphuis Beheer BV en Bouwbeheer Oldambt BV in Noweka. Zij houden sinds 2008 elk 600 certificaten van aandelen in Noweka. StAK Noweka2 is de aandeelhouder van Noweka. Bij aanvang van de onderneming hebben de drie participanten bedragen ter beschikking gesteld zodat Noweka overeenkomstig haar doelstelling vastgoed kon verkrijgen.

Noweka komt kort gezegd op tegen het oordeel van de rechtbank dat er sprake was van een rekening-courantverhouding tussen de gefailleerde en Noweka. Volgens Noweka is in de administratie de geldverstrekking verkeerd verwerkt en is deze abusievelijk opgenomen als rekening-courant onder de rubriek "kortlopende schulden". Daarbij hebben de participanten nooit de intentie gehad om een rekening-courantverhouding aan te gaan, maar hebben zij altijd bedoeld een – niet vrij opeisbare – kapitaalstorting te doen.

Van een kapitaalstorting is in civielrechtelijke zin echter geen sprake. De aandelen in de vennootschap zijn ondergebracht in een StAK. De participanten zijn slechts certificaathouder en hebben daarmee geen zelfstandige kapitaalpositie binnen Noweka. Het ter beschikking stellen van geld door de certificaathouders kan daarom niet worden gezien als een kapitaalstorting op de aandelen van de aandeelhouder. Het enkel ter beschikking stellen van geld is bovendien niet voldoende om te spreken van een civielrechtelijke kapitaalstorting, aangezien een kapitaalstorting ook als zodanig moet worden vastgelegd. Een dergelijke vastlegging is niet gesteld of gebleken.

Naast het feit dat het in juridisch opzicht niet mogelijk is om als certificaathouder een kapitaalstorting te doen op de aandelen van de aandeelhouder, blijkt ook uit de gedragingen van de participanten dat zij het ter beschikking gestelde bedrag niet zagen als een kapitaalstorting, maar als uitgeleend geld. Ten eerste staat het ter beschikking gestelde geld in de jaarcijfers van Noweka en in de grootboekadministratie van de gefailleerde als rekening-courant geboekt. Daarnaast heeft de gefailleerde in 2010 een pandrecht gevestigd ten behoeve van de bestuurder van Noweka. In de pandakte staat dat het pandrecht is gevestigd op een vordering die de gefailleerde heeft op Noweka vanwege een verstrekte geldlening. Ook in de aangifte vennootschapsbelasting uit 2009 van de gefailleerde is het ter beschikking gestelde bedrag aangemerkt als verstrekt in rekening-courant verhouding. Het is bovendien gebleken dat niet certificaathouder Kamphuis Beheer BV het geld ter beschikking heeft gesteld, maar een gelieerde vennootschap en dat deze vennootschap in 2010 ten laste van Noweka conservatoir beslag heeft gelegd op enkele zaken. Ook hieruit volgt dat de participanten het geld niet als eigen vermogen van Noweka zagen, maar als vreemd vermogen waar zij (op termijn) nog recht op hadden.

Uitspraak

(...; red.)

3. De motivering van de beslissing in hoger beroep

3.1. Het gaat in deze zaak kort gezegd om de vraag of door J. Norder Beheer B.V. (hierna: Norder Beheer of de gefailleerde) aan Noweka gelden ter beschikking zijn gesteld in de vorm van een kapitaalstorting of van een in rekening-courant geboekte geldlening. In het laatste geval kan de curator verzoeken om teruggave van de leensom. Het hof is van oordeel dat sprake is van een geldlening. Het zal dit hierna toelichten.

3.2. Norder Beheer participeert samen met Kamphuis Beheer B.V. en Bouwbeheer Oldambt B.V. in Noweka. Zij houden sinds 2008 elk 600 certificaten van aandelen in Noweka. Stichting Administratiekantoor Noweka2 is de aandeelhouder van Noweka. Bij aanvang van de onderneming hebben de drie participanten bedragen ter beschikking gesteld zodat Noweka overeenkomstig haar doelstelling vastgoed kon verkrijgen. Kamphuis B.V. heeft dit via J.B. Investments B.V. gedaan. De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat dit geld via een rekening-

courantverhouding ter beschikking is gesteld en heeft daarom in eerste aanleg betaling van het uitstaande bedrag gevorderd, te vermeerderen met de wettelijke rente, buitengerechtelijke incassokosten, de proceskosten en beslagkosten. Volgens Noweka is er geen sprake van een rekening-courantverhouding, maar van een (informele) storting van kapitaal. De rechtbank heeft bij vonnis van 20 juni 2018 de vordering toegewezen. In dit hoger beroep komt Noweka met vijf grieven op tegen die beslissing en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen.

3.3. Met de grieven 1 en 2, gelezen in samenhang met de aan die grieven voorafgegane uiteenzetting, waarnaar in de toelichting op de grieven wordt verwezen, komt Noweka kort gezegd op tegen het oordeel van de rechtbank dat er sprake was van een rekening-courantverhouding. Volgens Noweka is in de administratie van de gefailleerde en Noweka de geldverstrekking verkeerd verwerkt en deze abusievelijk opgenomen als rekening-courant onder de rubriek "kortlopende schulden". Daarbij hebben de participanten nooit de intentie gehad om een rekening-courantverhouding aan te gaan, maar hebben zij altijd bedoeld een – niet vrij opeisbare – kapitaalstorting te doen.

3.4. Van een kapitaalstorting is in civielrechtelijke zin echter geen sprake. De aandelen in de vennootschap zijn ondergebracht in een Stichting Administratiekantoor. De eerder genoemde participanten zijn slechts certificaathouder en hebben daarmee geen zelfstandige kapitaalpositie binnen Noweka. Het ter beschikking stellen van geld door de certificaathouders kan daarom niet worden gezien als een kapitaalstorting op de aandelen van de aandeelhouder. Het enkel ter beschikking stellen van geld is bovendien niet voldoende om te spreken van een civielrechtelijke kapitaalstorting, aangezien een kapitaalstorting ook als zodanig moet worden vastgelegd. Een dergelijke vastlegging is niet gesteld of gebleken.

3.5. Naast het feit dat het in juridisch opzicht niet mogelijk is om als certificaathouder een kapitaalstorting te doen op de aandelen van de aandeelhouder, blijkt ook uit de gedragingen van de participanten dat zij het ter beschikking gestelde bedrag niet zagen als een kapitaalstorting, maar als uitgeleend geld. Ten eerste staat het ter beschikking gestelde geld in de jaarcijfers van Noweka en in de grootboekadministratie van de gefailleerde als rekening-courant geboekt. Het geld is niet opgenomen onder het eigen vermogen van Noweka, wat wel het gevolg zou moeten zijn van een kapitaalstorting, maar als vreemd vermogen onder "kortlopende schulden". Daarnaast heeft de gefailleerde in 2010 een pandrecht van € 300.000,00 gevestigd ten behoeve van de bestuurder van Noweka. In de pandakte staat dat het pandrecht is gevestigd op een vordering die de gefailleerde heeft op Noweka vanwege een verstrekte geldlening. Ook in de aangifte vennootschapsbelasting uit 2009 van de gefailleerde is het ter beschikking gestelde bedrag aangemerkt als verstrekt in rekening-courant verhouding. Het is bovendien gebleken dat niet certificaathouder Kamphuis Beheer B.V. het geld ter beschikking heeft gesteld, maar het gelieerde J.B. Investment B.V. en dat deze vennootschap in 2010 ten laste van Noweka voor een bedrag van € 390.000,00 conservatoir beslag heeft gelegd op enkele zaken. Ook hieruit volgt dat de participanten het geld niet als eigen vermogen van Noweka zagen, maar als vreemd vermogen waar zij (op termijn) nog recht op hadden. De andersluidende verklaringen van de participanten, overgelegd ter zitting in hoger beroep, doen hier niet aan af. Het betoog van Noweka dat de curator niet heeft mogen afgaan op de juistheid van de boeken en administratie van de gefailleerde rechtspersoon, omdat de kapitaalstorting abusievelijk in de administratie als geldlening is verwerkt, wordt op grond van het voorgaande eveneens verworpen. Ook het beroep van Noweka op de in het arrest van de Hoge Raad van 25 november 2011¹ ontwikkelde regel dat een geldlening in bepaalde gevallen in haar fiscale gevolgen als een kapitaalstorting kan worden beschouwd, strandt. Nog daargelaten of dit arrest zich voor toepassing in het civiele recht leent, staat op grond van het voorgaande vast dat in de onderhavige zaak geen sprake is van een uitzonderingssituatie zoals in dat arrest omschreven.

3.6. Het hof passeert in dit kader het bewijsaanbod van Noweka, nu geen bewijs is aangeboden van feiten die, indien bewezen, kunnen leiden tot een andere beslissing.

3.7. Met de derde grief richt Noweka zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de vordering direct opeisbaar is. Noweka voert aan dat het karakter van de kapitaalstorting met zich meebrengt dat de opeisbaarheid van de vordering wel bepaald is, namelijk bij en na verkoop van het gekochte onroerend goed. De grief faalt. In tegenstelling tot wat Noweka aanvoert, zou een kapitaalstorting juist met zich meebrengen dat de participanten in Noweka helemaal geen vordering zouden hebben, laat staan een opeisbare. In dat geval zou het geld namelijk in het eigen vermogen van Noweka zijn gevloeid. De grief stoelt bovendien op de gedachte dat het ter beschikking gestelde geld een civielrechtelijke kapitaalstorting is. Zoals hiervoor al overwogen is er geen sprake van een kapitaalstorting maar van een rekening-courantverhouding. Op grond van artikel 6:140, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek is het saldo van een

rekening-courantverhouding op ieder tijdstip verschuldigd. Tenzij iets anders is overeengekomen, is dit saldo ook opeisbaar. Het is niet gesteld of gebleken dat partijen over de opeisbaarheid van het saldo een afwijkende afspraak hebben gemaakt. De vordering is daarom direct opeisbaar.

3.8. De vierde en vijfde grief, die zijn gericht tegen het dictum, de buitengerechtelijke incassokosten en de proceskosten, hebben naast de hiervoor behandelde grieven geen zelfstandige betekenis en behoeven om die reden geen nadere bespreking.

4. De slotsom

4.1. De grieven falen. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.

4.2. Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof Noweka in de kosten van het hoger beroep veroordelen. (...; *red.*)

5. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep,

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem, van 20 juni 2018;

veroordeelt Noweka in de kosten van het hoger beroep (...; *red.*);

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

1. In deze zaak had een failliete vennootschap ("Norder Beheer") samen met twee andere investeerders gelden ter beschikking gesteld aan een andere vennootschap ("Noweka"). De vraag is of deze terbeschikkingstelling een kapitaalstorting is of dat sprake is van een geldlening in rekening-courant. Als sprake is van een geldlening, kan de curator van Norder Beheer Noweka vragen de geldlening terug te betalen. Dit arrest is het hoger beroep van het vonnis van de Rechtbank Gelderland van 20 juni 2018 ([ECLI:NL:RBGEL:2018:3299](#)). Tekstra heeft dat vonnis in [«JOR» 2018/287](#) van een annotatie voorzien.

2. Norder Beheer participeert samen met de twee andere investeerders in Noweka. Ieder van hen houdt 600 certificaten van aandelen in Noweka. StAK Noweka is enig aandeelhouder in Noweka. Bij aanvang van de onderneming hebben de drie participanten bedragen ter beschikking gesteld, zodat Noweka vastgoed kon verkrijgen. De curator stelt dat dit geld via een rekening-courantverhouding ter beschikking is gesteld. Hij heeft betaling van het uitstaande bedrag gevorderd, te vermeerderen rente en kosten. Noweka stelt dat er geen sprake van een rekening-courantverhouding, maar van een (informele) storting van kapitaal, mede geïnspireerd door het fiscale recht. De rechtbank heeft de vordering toegewezen.

3. Noweka stelt in hoger beroep dat in haar administratie en die van Norder Beheer de geldverstrekking verkeerd is verwerkt en abusievelijk als rekening-courant onder de rubriek "kortlopende schulden" opgenomen is. De participanten hebben niet de intentie gehad om een rekening-courantverhouding aan te gaan; zij hebben bedoeld een, niet vrij opeisbare, kapitaalstorting te doen.

4. Het hof gaat niet in deze redenering mee en bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Deze beslissing steunt op twee rechtsoverwegingen, namelijk r.o. 3.4 en 3.5. R.o. 3.4 is juridisch-technisch van aard. In r.o. 3.5 staat de bedoeling van partijen centraal.

5. Ik ga eerst in op r.o. 3.5. Naar mijn mening kan deze overweging al de bekrachtiging door het hof van het vonnis van de rechtbank dragen. Het hof overweegt dat uit de gedragingen van de participanten blijkt dat zij het ter

beschikking gestelde bedrag niet zagen als een kapitaalstorting, maar als geldlening. Ten eerste staat het ter beschikking gestelde geld in de jaarrekening van Noweka niet onder het eigen vermogen van Noweka (wat wel het gevolg zou moeten zijn van een kapitaalstorting) maar als vreemd vermogen onder “kortlopende schulden”. Ten tweede is het geld in de grootboekadministratie van Norder Beheer als rekening-courant geboekt; ook in de aangifte vennootschapsbelasting uit 2009 van Norder Beheer is het ter beschikking gestelde bedrag aangemerkt als verstrekt in rekening-courant. Ten derde is aan Norder Beheer een pandrecht verstrekt. In de pandakte is vermeld dat het pandrecht is gevestigd op een vordering die Norder Beheer op Noweka heeft vanwege een verstrekte geldlening. Ten vierde zagen ook de andere participanten het geld niet als eigen vermogen van Noweka, maar als vreemd vermogen waar zij (op termijn) nog recht op hadden. Dat blijkt uit een door hen ten laste van Noweka in 2010 gelegd conservatoir beslag. Ook de andere verweren, waaronder dat een geldlening in bepaalde gevallen in haar fiscale gevolgen als een kapitaalstorting kan worden beschouwd (“informeel kapitaal”), worden door het hof verworpen.

6. Dan kom ik toe aan r.o. 3.4, de meer juridisch-technische overweging. Het hof overweegt dat van een kapitaalstorting geen sprake is omdat sprake is van certificering van aandelen. De certificaathouders hebben daarmee geen zelfstandige kapitaalpositie binnen Noweka. Het ter beschikking stellen van geld door de certificaathouders kan daarom niet worden gezien als een kapitaalstorting op de aandelen van de aandeelhouder, aldus het hof. Het enkel ter beschikking stellen van geld is bovendien niet voldoende om te spreken van een civielrechtelijke kapitaalstorting, omdat een kapitaalstorting ook als zodanig moet worden vastgelegd. Van een dergelijke vastlegging is niet gesteld of gebleken, zo vervolgt het hof.

7. Ik vind deze rechtsoverweging wat kort door de bocht geformuleerd. Ten eerste omdat bij certificering tegen contanten, zijnde een van de twee manieren van certificering van aandelen, sprake is van een kapitaalstorting. Certificering tegen contanten houdt in dat een bv aandelen aan een StAK uitgeeft. De StAK geeft direct daarna certificaten van aandelen uit. Bij deze transactie zal meestal direct storting op de aandelen in geld plaatsvinden (tenzij **art. 2:191 lid 1 BW** tweede volzin van toepassing is). Bij certificering tegen aandelen is dat niet zo. Zie *Van den Ingh* 1991, diss., Serie VHL dl. 35, p.17 en *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme* 2-IIb 2019/657. Los van deze casus: als tussen de vennootschap en de aandeelhouder een verplichting tot het storten van agio is overeengekomen, kan een dergelijke verplichting zeer wel in de administratievoorwaarden aan de certificaathouder “doorgelegd”, of beter gezegd, opgelegd worden. Ten tweede is niet duidelijk wat het hof bedoelt te zeggen waar het overweegt “omdat sprake is van certificering daarmee de certificaathouders geen zelfstandige kapitaalpositie binnen de vennootschap hebben”. Een certificaat van aandeel is niet “onzelfstandig”. Het is een vermogensrecht in de zin van **art. 3:6 BW**. Het is geen afhankelijk recht in de zin van **art. 3:7 BW**. Het is ook geen nevenrecht in de zin van **art. 6:142 BW**. Daarnaast kan een certificaathouder een positie hebben die op een groot aantal punten gelijk is aan de positie van een aandeelhouder. Dat is het geval als statutair aan de door de certificaathouder gehouden certificaten vergaderrecht in de zin van **art. 2:227 lid 2 BW** is toegekend. Ik heb niet uit het arrest van het hof en het vonnis in eerste aanleg kunnen afleiden of dat laatste in deze casus het geval was. Wat hiervan ook zij, wellicht heeft het hof bedoeld de nadruk te leggen op “zelfstandig” en “kapitaal”.

8. De overwegingen van de rechtbank zijn wat mij betreft fraaier. Zij overweegt in r.o. 4.2 van het vonnis dat het aandelenkapitaal van Noweka € 18.000 bedraagt en dat dit is volgestort. Dit betreft een kapitaalstorting in civielrechtelijke zin en is aan te merken als een formele storting en als eigen vermogen van Noweka, aldus de rechtbank. Let wel, het gaat dan om de volstorting van de aandelen door de *aandeelhouder* en niet door de certificaathouder. De rechtbank vervolgt dat Norder Beheer bij het opstarten van de onderneming van Noweka daarnaast – het woord “daarnaast” is merkwaardig, omdat Norder Beheer geen aandeelhouder, maar certificaathouder is – extra kapitaal ter beschikking heeft gesteld, zodat Noweka haar doel, beleggen in vastgoed, kon gaan uitoefenen en dat niet is gebleken dat Noweka hiertegenover (extra) aandelen of certificaten heeft uitgegeven. Anders gezegd, er heeft geen certificering tegen contanten plaatsgevonden.

9. Uit de feiten in eerste aanleg blijkt dat Norder Beheer circa € 360.000 aan Noweka ter beschikking had gesteld en dat van dat bedrag nog circa € 306.000 is overgebleven. Los van het verschil in positie tussen de aandeelhouder en de certificaathouder ten aanzien van de stortingsverplichting is er ook wat betreft de hoogte van het ter beschikking gestelde bedrag geen koppeling met de hoogte van het aandelenkapitaal. Van een “agiostorting” van de certificaathouder (via de StAK) en vervolgens terugbetaling van kapitaal is niet gebleken. Een agiostorting is bovendien pas aan de orde als dit als zodanig is overeengekomen en er daadwerkelijk een storting ten titel van agio, dus bovenop

het nominale bedrag van de aandelen, heeft plaatsgevonden.

10. Overigens neemt Noweka in een van haar grieven een tegenstrijdig standpunt in. Zij voert aan dat het karakter van de kapitaalstorting meebrengt dat de opeisbaarheid van de vordering bepaald is, namelijk bij en na verkoop van het gekochte onroerend goed. Het hof doorziet deze tegenstrijdigheid en overweegt in r.o. 3.7 dat een kapitaalstorting meebrengt dat de participanten in Noweka geen vordering zouden hebben, en dus ook geen opeisbare vordering. Als sprake zou zijn van een kapitaalstorting, zou het geld namelijk in het eigen vermogen van Noweka zijn gevloeid.

11. Kort en goed, ik kan mij in dit arrest vinden, vooral wat betreft de overweging waar het gaat om de bedoeling van partijen. De overweging over de kapitaalstorting is wat minder fraai.

mr. R.A. Wolf, advocaat UdinkSchepel Advocaten te Den Haag en universitair docent ondernemingsrecht Maastricht University (ICG)

Voetnoten

1)

HR 25 november 2011, **ECLI:NL:HR:2011:BN3442**
