

Onzakelijke leningen gelieerde vennootschappen

Achtergestelde leningen aan gelieerde vennootschappen zonder aflossing en zekerheden zijn al snel onzakelijk. De vergelijking met beleggingsproducten zoals 'perpetuals' gaat niet op, zo blijkt uit een recente hofuitspraak.

X bv (X) heeft sinds 2005 een belang van 50 procent in E bv (E). Enkele jaren later neemt X van E de vennootschap naar Belgisch recht G nv (G) over. G en E gaan in 2012 respectievelijk 2015 failliet.

E heeft een bankkrediet van 4.400.000 euro. In 2008 verstrekt een andere bank in plaats hiervan een krediet van 4.000.000 euro. Als zekerheid is door de banken steeds een (eerste) pandrecht bedongen.

In 2005 verstrekt X aan E een 7,5 procent achtergestelde lening van 100.000 euro, zonder einddatum. Als zekerheid dient een tweede pandrecht. In 2009 verstrekt X aan G een 7 procent achtergestelde lening van 58.750 euro, zonder einddatum en aflossingsverplichting. Er worden geen zekerheden gesteld.

In 2010 waardeert X de vorderingen op E en G volledig af. De inspecteur corrigeert de afwaarderingen. Zowel in bezwaar als in beroep wordt X in het ongelijk gesteld.


De vraag is of sprake is van leningen in civielrechtelijke zin en of X een onzakelijk debiteurenrisico heeft aanvaard. Afgaande op de tekst van de leenovereenkomsten hebben partijen bedoeld om leningen aan te gaan, zo stelt het hof. Dat geen concreet aflossingsschema is afgesproken, doet hier niet aan af.

Voor de onzakelijkheidstoets verwijst het hof naar diverse arresten van de Hoge Raad¹. X heeft geen reële zekerheden bedongen; het tweede pandrecht mist door het eerste pandrecht effect. De leningen hebben door het ontbreken van een aflossingsschema feitelijk een onbepaalde looptijd en zijn bovendien achtergesteld. Het is niet aannemelijk dat een onafhankelijke derde dit debiteurenrisico – zonder enige waarborg voor terugbetaling – zou accepteren zonder een zodanig hoge rente te bedingen dat de rente feitelijk winstdelend zou zijn. Daarom zijn de leningen onzakelijk, aldus het hof. X wijst erop dat de bank in 2008 een aanzienlijk krediet heeft

verstrekt aan E. Die vergelijking gaat volgens het hof niet op. De bank had aflossingen en reële zekerheden bedongen, de lening was niet achtergesteld en er was gedeeltelijk op afgelost.

X voert nog aan dat de leningen vergelijkbaar zijn met als zakelijk te beschouwen beleggingsproducten waarbij belegd kan worden in achtergestelde leningen of leningen zonder aflossingsdatum ('perpetuals') en waarbij geen zekerheden kunnen worden bedongen. Het hof ziet dit anders: in deze beleggingsproducten komen niet alle risico's bij elkaar die X bij het verstrekken van de betreffende leningen wel heeft aanvaard (de achtergestelde lening is geen perpetual en de perpetual is niet achtergesteld). De producten waar X op doelt, worden aangeboden door instellingen die onder toezicht staan van AFM en DNB. Dergelijke instellingen zijn qua risicoprofiel niet vergelijkbaar met vennootschappen als E en G. Dat ook banken failliet kunnen gaan, doet aan dit verschil niet af.

Bron: Hof Arnhem-Leeuwarden, 6 oktober 2015, nr. 14/01259, ECLI:NL:GHARL:2015:7518

 **De leningen in deze zaak hadden weinig om het lijf: twee flinterdunne contracten (één met opschrift 'hypothecaire lening', terwijl daarvan geen sprake was). Hoewel het hof nog wil aannemen dat partijen de bedoeling hadden om leningen aan te gaan, trekt het daarna moeiteloos de conclusie dat de leningen onzakelijk zijn. Gezien de kredietcrisis is de risicotaxatie van het hof ten aanzien van bancaire producten heel wat minder overtuigend. ◀**

Noot

- 1 HR 9 mei 2008, nr. 43.849, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, HR 25 november 2011, nr. 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, HR 13 januari 2012, nr. 10/03654, ECLI:NL:HR:2012:BP8608, HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, ECLI:NL:HR:2013:BZ2735, HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, ECLI:NL:HR:2013:BW6552

'Dat ook banken failliet kunnen gaan, doet aan dit verschil niet af'