

---

vonnis

**RECHTBANK DEN HAAG**

Team handel

zaaknummer / rolnummer: C/09/552877 / HA ZA 18-521

**Vonnis van 9 oktober 2019**

in de zaak van

**GB VASTGOED B.V.,**

gevestigd te Hazerswoude-Dorp,  
eiseres in de hoofdzaak en in het incident,  
advocaat mr. S.C. Krekel te Den Haag,

tegen

**H.E.C. LISMAN**

in hoedanigheid van curator in het faillissement van Leune Installatietechniek BV,  
kantoorhoudende te Den Haag,

gedaagde in de hoofdzaak en verweerder in het incident,  
advocaat mr. M.T.J. Wilmer te Den Haag.

Partijen zullen hierna GB Vastgoed BV en de curator genoemd worden. De curanda wordt Leune BV genoemd.

**1De procedure**

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 26 juni 2019 waarin partijen om nadere informatie, c.q. een reactie daarop bij akte is verzocht;
- de akte houdende overlegging producties van de curator van 10 juli 2019;
- de antwoordakte van GB Vastgoed BV van 24 juli 2019.

De curator heeft bij brief van 6 augustus 2019 bezwaar gemaakt tegen het feit dat GB Vastgoed BV met haar akte buiten de grenzen is getreden van het onderwerp waartoe GB Vastgoed BV zich in die akte zou moeten beperken. Na kennisneming van de reactie van de zijde van GB Vastgoed BV bij fax van 6 augustus 2019 heeft de rechtbank partijen te kennen gegeven uitsluitend acht te zullen slaan op de inhoud van de akte van GB Vastgoed BV voor zover deze blijft binnen de grenzen van het in r.o. 2.3. van het tussenvonnis van 26 juni 2019 vermelde.

1.2.

Ten slotte is vonnis bepaald.

**2De feiten**

2.1.

Leune BV is opgericht op 22 december 1999 en hield zich bezig met het verrichten van installatie- en onderhoudswerkzaamheden voor diverse relaties, waaronder Vestia, Imtech

Building Services, VvE kid Oryode, VOC Vastgoed Onderhoudscentrale en Staedion Services. Leune BV is op 6 augustus 2013 failliet verklaard. Gedaagde is benoemd tot curator.

2.2.

Bestuurders van Leune BV waren:

- van 1 januari 2004 tot 19 maart 2010: Aeto BV en [A] ;
- van 19 maart 2010 tot 17 maart 2011: Swam Bedrijven BV en [A] ;
- van 17 maart 2011 tot 2012: [A] en [B] .

[X] was:

- indirect bestuurder van Aeto BV in de periode 1 januari 2004 tot en met 2012, en
- bestuurder van Swam Bedrijven BV vanaf 22 april 2004.

Aandeelhouders van Leune BV waren van:

- 1 januari 2004 tot en met 22 april 2004: Esweeplus BV (aandelen 1 t/m 9.282) en [B.V. I] (aandelen 9.283 t/m 18.200);
- 22 april 2004 tot 17 maart 2011: Swam Bedrijven BV (aandelen 1 t/m 9.282) en [B.V. I] (aandelen 9.283 t/m 18.200);
- 17 maart 2011 tot 2012: Norsen BV (aandelen 1 t/m 1.092) en [B.V. I] (aandelen 1.093 t/m 18.200).

[X] was vanaf 1 januari 2004 bestuurder en vervolgens (vanaf 1 januari 2006) vereffenaar bij Esweeplus BV.

2.3.

In november 1999 heeft GB Vastgoed BV (waarvan [X] sinds 31 december 2008 bestuurder is) een bedrag van NLG 500.000,-- uitgeleend aan Esweeplus BV. Esweeplus BV heeft het door haar van GB Vastgoed BV geleende bedrag in december 1999 op haar beurt uitgeleend aan Leune BV.

2.4.

In 2004 is de onderneming van Esweeplus BV ingebracht in Swam Bedrijven BV. Daarbij is de vordering uit hoofde van geldlening op Leune BV verkregen door Swam Bedrijven BV. Swam Bedrijven BV nam de gelijklopende schuld aan GB Vastgoed BV op zich.

2.5.

Swam Bedrijven BV en Leune BV hebben in 2005 nadere afspraken gemaakt over deze in 2.4 genoemde geldlening. In een akte met de titel "Nieuwe voorwaarde geldlening vanaf omzetting in informeel kapitaal" (verder: Akte Nieuwe Voorwaarde) gedateerd 15 maart 2005 is het op dat moment openstaande saldo van de geldleningsovereenkomst vastgelegd (€ 226.890,--) en is bepaald dat het geleende vanaf 31 december 2004 zou gelden als 'kapitaal'. Zij hebben dat (voor zover van belang) als volgt geformuleerd: "Schuldeiser en schuldenaar zijn overeengekomen dat de lening vanaf 31 december 2004 kwalificeert als kapitaal een en ander vastgelegd in de notulen van de aandeelhoudersvergadering van 15 maart 2005 (van Swam Bedrijven BV, rb.) en de omzettingsovereenkomst van 31 december 2004".

Verder is in de akte te lezen dat de rente, van 6 % per jaar, slechts verschuldigd is als Leune BV belastbare winst genereert. De looptijd van de lening is "niet bepaald". En voorts is de hoofdsom en de rente achtergesteld "bij alle ander(e) schulden van de schuldenaar (rb: Leune BV)".

In de notulen van de buitengewone aandeelhoudersvergadering van Swam Bedrijven BV, gehouden op 15 maart 2005, is de omzetting in kapitaal als volgt verwoord:

"(...) De vergadering besluit met algemene stemmen tot omzetting van de vordering in (informeel) kapitaal. De vastgestelde omzettings-overeenkomst terzake van de schuld wordt goedgekeurd. (...)"

2.6.

In de jaarrekening 2004 van Leune BV is de lening van Swam Bedrijven BV (per 31 december 2003 op de balans: € 226.890,--) per 31 december 2004 verdwenen, terwijl de post "Agiofstorting op aandelen" (van nihil op 31 december 2003) op 31 december 2004 is bepaald op € 325.987,--. In de jaarrekening 2004 is ter toelichting opgenomen:

"De lening is aangegaan per 19 december 1999 voor een periode van 10 jaren. (...) Per 31 december 2004 is de lening omgezet in een agiofstorting op aandelen."

2.7.

In de vastgestelde c.q. gedeponeerde jaarrekeningen 2005, 2006, 2007 en 2008 van Leune BV is de agiofstorting telkens vermeld als balanspost met steeds dezelfde omvang: € 325.987,--.

2.8.

In de gedeponeerde jaarrekening 2009 van Leune BV is de post agiofstorting per 31 december 2009, op nihil gesteld. Daar staat tegenover een achtergestelde lening van € 325.987,-- per 31 december 2009, waarover de toelichting vermeldt:

"De achtergestelde lening is verstrekt door een groepsmaatschappij en loopt tot 31 december 2010. De overeengekomen rente van 6% is slechts verschuldigd als schuldenaar belastbare winst genereert uit haar activiteiten."

2.9.

In de jaarrekening 2010, pagina 13, van Leune BV is de navolgende toelichting opgenomen: "Fundamentele fouten:

In boekjaar 2004 is de door de Swam Bedrijven B.V. aan Installatietechniek Leune BV verstrekte lening volgens overeenkomst omgezet in informeel kapitaal. In de jaarrekening 2004 is dit verwerkt als agiofstorting. In 2010 is gebleken dat het de bedoeling van partijen is geweest om de lening om te zetten in een achtergestelde lening en dat er geen sprake was van agiofstorting."

2.10.

De jaarrekeningen van Leune BV zijn in de periode 2004-2010 als volgt (voor zover bekend) ondertekend, vastgesteld en gedeponeerd:

- **2004**

Vastgesteld op 6 juni 2005 in een algemene vergadering van aandeelhouders (AVA), blijkens de notulen van de AVA die zijn ondertekend door [X] (voorzitter) en [A] (secretaris).

Gedeponoerd bij de kamer van koophandel op 9 juni 2005. De jaarrekening is ondertekend door [X] en [A] .

- **2005**  
Vastgesteld op 21 juni 2006 in een AVA blijkens de notulen van de AVA, die zijn ondertekend door [X] (voorzitter) en [A] (secretaris).  
De publicatiebalans is gedeponoerd bij de kamer van koophandel op 22 juni 2006. De jaarrekening is ondertekend door [X] en [A] .
- **2006**  
Vastgesteld op 5 november 2007 in een AVA blijkens de notulen van de AVA die zijn ondertekend door [X] (voorzitter) en [A] (secretaris). De publicatiebalans is gedeponoerd bij de kamer van koophandel op 14 november 2007. De jaarrekening is ondertekend door [A] en [X] .
- **2007**  
Vastgesteld op 8 april 2009 blijkens het handelsregister en gedeponoerd bij de kamer van koophandel 2 juni 2009. De (gepubliceerde) jaarrekening is niet ondertekend.
- **2008**  
Vastgesteld 5 maart 2010 blijkens het handelsregister en gedeponoerd bij de kamer van koophandel 11 maart 2010. De publicatiebalans is ondertekend door [X] .
- **2009**  
Vastgesteld op 10 september 2010 in een AVA, waarin aanwezig waren [X] (namens Swam Bedrijven BV) en [A] (namens [B.V. I] ), blijkens de notulen van de AVA van die datum, (kennelijk) ondertekend door [X] en [A] . De publicatiebalans is gedeponoerd bij de kamer van koophandel op 10 september 2010 en is niet ondertekend. De aanbiedingsbrief gericht aan de kamer van koophandel is ondertekend [X] . De jaarrekening zelf is ondertekend door [X] en [A] .
- **2010**  
Vastgesteld op 29 januari 2012 blijkens het handelsregister en gedeponoerd bij de kamer van koophandel 9 februari 2012. De publicatiebalans is niet ondertekend.

2.11.

Bij onderhandse akte van 28 april 2010 heeft Swam Bedrijven BV haar "vordering" van € 226.890,-- (met rente) op Leune BV gecedeerd aan GB Vastgoed BV, waarbij de schuld die Swam Bedrijven BV – door overname daarvan van Esweeplus BV – had aan GB Vastgoed BV, werd verrekend.

2.12.

Op 17 maart 2011 is in een notariële akte verklaard namens Leune BV dat zij wegens geldlening aan GB Vastgoed BV € 326.000,--, inclusief rente berekend over de looptijd van de geldlening, verschuldigd is. Bepaald is dat de geldlening vanaf dat moment een looptijd zou hebben van zeven jaar en dat het bedrag van de geldlening vervroegd opgeëist zou kunnen worden door GB Vastgoed BV in geval van faillietverklaring van Leune BV. Van een achtergesteld karakter van de geldlening was, zo blijkt uit deze akte, geen sprake (meer). Maandelijks, met ingang van 1 mei 2011, diende Leune BV een bedrag van € 3.881,-- af te lossen.

2.13.

Leune heeft vanaf 1 mei 2011 ook daadwerkelijk maandelijks, op factuur, het overeengekomen aflossingsbedrag per bank voldaan en wel tot 10 september 2012. Na 10 september 2012 hebben verrekeringen plaatsgevonden. Pro resto heeft GB Vastgoed BV € 184.258,35 van Leune BV te vorderen.

2.14.

Op 17 maart 2011 is een (tweede) notariële akte, een pandakte, verleden. In die akte is namens Leune BV verklaard dat zij, tot zekerheid van de nakoming van betalingsverplichtingen tegenover GB Vastgoed BV, ten behoeve van GB Vastgoed BV stil pandrecht verstrekt op de inventaris van haar bedrijfspand, op aan Leune BV toebehorende voorraden en aanwezige grondstoffen, en op alle bestaande en in de toekomst te verkrijgen vorderingen van Leune BV op derden.

2.15.

Pandlijsten zijn na 17 maart 2011 nooit opgemaakt c.q. geregistreerd.

2.16.

De jaarrekening 2012 van Leune BV bevat een balanspost "Achtergestelde lening" die € 201.582 bedraagt. Daarbij is vermeld:

"De achtergestelde lening is per 31 december 2012 ontstaan doordat GB Vastgoed BV het restant van de langlopende lening heeft omgezet in een achtergestelde lening."

2.17.

Omdat er een discussie is ontstaan tussen GB Vastgoed BV en de curator over het bestaan en de omvang van de door GB Vastgoed BV gepretendeerde vordering op Leune BV en het bestaan van door GB Vastgoed BV gepretendeerde pandrechten op vorderingen van Leune BV op derden, heeft de rechter-commissaris partijen ter verificatievergadering verwezen naar de rol van 23 mei 2018 voor renvooi.

### **3Het geschil**

3.1.

GB Vastgoed BV vordert – samengevat – een verklaring voor recht dat

- GB Vastgoed een vordering op Leune BV heeft uit hoofde van een geldlening ter grootte van € 184.258,35 ten tijde van de uitspraak van het faillissement;
- ten behoeve van GB Vastgoed BV een rechtsgeldig pandrecht is gevestigd op de vorderingen van Leune BV op haar debiteuren;
- de zakelijke relaties van Leune BV met Vestia, Imtech Building Services, VvE kid Oryode, VOC Vastgoed Onderhoud Centrale en Staedion Services dienen te worden aangemerkt als duurovereenkomsten die ten tijde van het vestigen van het pandrecht al bestonden;

en voorts de curator te bevelen de vordering van GB Vastgoed BV groot € 184.258,35 te plaatsen op de lijst van voorlopig erkende crediteuren met erkenning van het ten behoeve van GB Vastgoed BV gevestigde pandrecht, zodanig dat de vorderingen die Leune ten tijde van haar failleren op voornoemde relaties had, onder het pandrecht vallen, althans dat GB Vastgoed BV daar aanspraak op kan maken.

GB Vastgoed BV vordert de veroordeling van de curator in de kosten van het geding. Voor al hetgeen zij vordert geldt: voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

### 3.2.

GB Vastgoed BV heeft haar vordering als volgt onderbouwd.

De notariële akte van 17 maart 2011 waarin de geldleningsovereenkomst tussen GB Vastgoed BV en Leune BV is vervat heeft dwingende bewijskracht. De curator, die de bestaan van de in die notariële akte vastgelegde vordering op Leune BV bestrijdt, kan daarom niet volstaan met een enkele betwisting ter bestrijding van het bestaan van de vordering.

De door partijen (Swam Bedrijven BV en Leune BV) in 2005 gekozen combinatie van condities die met ingang van 31 december 2004 golden voor de geldlening heeft er slechts toe geleid dat de verstrekte geldlening voor de fiscale aangifte gold als eigen vermogen. Civielrechtelijk veranderde dit niets aan het karakter van geldlening: de civielrechtelijke vorm is beslissend. Het was ook de bedoeling van genoemde partijen bij de geldlening zodanige voorwaarden aan de lening te verbinden dat de lening alleen fiscaalrechtelijk als eigen vermogen zou hebben te gelden; abusievelijk is de geldlening in de ('gewone') jaarrekening van Leune BV als agio geboekt. Voor de fiscale aangifte is de geldlening als informeel kapitaal behandeld in de periode 2005-2011. Ten tijde van het herstel van de fout van de accountant was er nog niets afgelost en geen rente betaald op de lening, door Leune BV.

Omdat er onverminderd sprake is geweest van een schuld van Leune BV uit hoofde van geldlening kon Swam Bedrijven BV de vordering op Leune cederen aan GB Vastgoed BV. Het terugdraaien van de agioboeking naar geldlening komt daarom niet in strijd met het goedkeuringsvereiste ter zake van uitkeringen door de BV, artikel 2:216 BW.

De achterstelling die was verbonden aan de geldlening is "door alle betrokkenen" weggenomen op 17 maart 2011, toen de notariële geldleningsakte tot stand kwam. Het stond GB Vastgoed BV en Leune BV vrij dit te doen. Ook de redelijkheid en billijkheid staan daaraan niet in de weg; crediteuren hebben geen enkel nadeel ondervonden van de ongedaanmaking van de achterstelling. Ook de uitleg van de achterstelling uit 2005 rechtvaardigt niet de conclusie dat de rechten als gelduitlener zijn prijsgegeven; uit niets blijkt dat Swam Bedrijven BV wilde dat zij pas aanspraak op voldoening van het geleende bedrag zou kunnen verlangen nadat alle andere crediteuren voldaan zouden zijn.

Dat alsnog achterstelling zou zijn overeengekomen, zoals zou blijken uit de jaarrekening 2012 van Leune BV, betwist GB Vastgoed BV.

De verpanding omvat geen in 2011 nog toekomstige vorderingen, maar wel de vorderingen die onmiddellijk zijn voortgekomen uit ten tijde van de vestiging van het pandrecht reeds bestaande rechtsverhoudingen. Het gaat daarbij om vorderingen van Leune BV op Vestia, Imtech Building Services, VvE kid Oryode, VOC Vastgoed Onderhoudscentrale en Staedion Services. Met deze partijen deed Leune BV al geruime tijd zaken, ook in de jaren voor 2010. Het is niet zo dat een 'raamovereenkomst' moet bestaan wil gesproken kunnen worden van een 'bestaande rechtsverhouding'.

In het incident vordert GB Vastgoed BV dat de curator, voor zover mogelijk bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, wordt veroordeeld alle facturen uit de administratie van Leune BV die zien op relatie Imtech Building Services en relatie VvE Kid Oryode over het jaar 2011, in het geding te brengen.

### 3.3.

De curator voert verweer. Dat verweer komt, voor zover nodig, hierna aan de orde.

#### **4De beoordeling**

## In de hoofdzaak en in het incident

### 4.1.

Swam Bedrijven BV had ultimo 2004 een geldvordering uit hoofde van geldlening op Leune BV. In 2005 (met terugwerkende kracht tot 31 december 2004) hebben deze partijen de schuld van Leune BV willen omzetten in, zoals dat in de Akte Nieuwe Voorwaarde van 15 maart 2005 is genoemd: *informeel kapitaal c.q. kapitaal*.

Naar het oordeel van de rechtbank wekt deze Akte Nieuwe Voorwaarde wat verwarring: partijen verklaren daarin enerzijds dat de geldlening zal hebben te gelden als 'kapitaal', maar anderzijds is in die akte te lezen dat het om een geldlening gaat die "bij alle ander(e) schulden van de schuldenaar (rb: Leune BV)" zal zijn achtergesteld. Aan de ene kant kan, zo meent de rechtbank, dit (door het bezigen van de aanduiding 'kapitaal') opgevat worden als een bedoeling het bedrag van de geldlening te laten behoren tot het eigen vermogen van Leune BV, en wel – omdat niet op nog uit te geven aandelen wordt gestort – als agio (artikel 2:373 lid 1 aanhef en onder a BW). Aan de andere kant zou dat wat in de Akte Nieuwe Voorwaarde is afgesproken kunnen worden beschouwd als de omzetting van een gewone, concurrente vordering uit geldlening in een schuld bedoeld in artikel 2:375 lid 4 BW, een achtergestelde lening.

### 4.2.

Het maakt verschil of van het een of van het ander sprake is. Voor agio geldt immers dat deze door storting gecreëerde reserve uitkeerbaar is mits de wettelijke regeling omtrent uitkeringen bij de BV in acht wordt genomen. Bij een achtergestelde lening zal aan de hand van de inhoud en door uitleg van de overeenkomst tot achterstelling moeten worden bepaald of, en onder welke voorwaarden, terugbetaald kan worden en of beëindiging van de achterstelling – voor vereffening van het vermogen van de schuldenaar plaatsvindt – mogelijk is.

De rechtbank zal eerst beoordelen van welke figuur hier sprake is (geweest).

### 4.3.

In de jaarrekening 2004 heeft de mutatie die Swam Bedrijven BV en Leune BV met de Akte Nieuwe Voorwaarde in 2005 beoogden, gestalte gekregen in de vorm van een agioreserve op de balans van Leune BV van € 325.987,--. De rechtbank begrijpt dat het saldo van de geldlening in 2004 (€ 226.890,--) is verhoogd met rente en daardoor op € 325.987,-- is uitgekomen. De in r.o. 2.6 al geciteerde toelichting in de jaarrekening 2004 is niet voor misverstand vatbaar:

"(...) Per 31 december 2004 is de lening omgezet in een agiostorting op aandelen."

In de daarop volgende jaarrekeningen, namelijk die van 2005 tot en met 2008, is deze agioreserve consequent op de balans vermeld onder het eigen vermogen.

### 4.4.

Bij de totstandkoming van de jaarrekeningen 2004, 2005, 2006 en 2008 is Swam Bedrijven BV (indirect) feitelijk betrokken geweest door tussenkomst van haar bestuurder [X]. Uit de door de curator overgelegde producties blijkt dat [X] in deze jaren ofwel namens Swam Beheer BV de jaarrekening als aandeelhouder (mede) heeft vastgesteld ofwel namens Aeto BV (bestuurder van Leune BV) de jaarrekening dan wel de publicatiebalans heeft vorm gegeven c.q. heeft ondertekend c.q. zijn naam heeft geplaatst onder de aanbiedingsbrief gericht tot de Kamer van koophandel. Dat [X] ook betrokken zal zijn geweest bij de totstandkoming van de jaarrekening 2007 ligt voor de hand nu Aeto BV ook in dat jaar

bestuurder was van Leune BV. Voor zover [X] formeel (slechts) betrokken was bij de totstandkoming van jaarrekeningen in zijn hoedanigheid van (indirect bestuurder van) Aeto BV – het zou dan gaan om jaren waarin mogelijk geen vaststellingsbesluit door de AVA van Leune BV is genomen – geldt dat zijn kennis over de inhoud van die jaarrekeningen toegerekend moet worden aan Swam Bedrijven BV.

4.5.

Uit het voorgaande trekt de rechtbank de conclusie dat Swam Bedrijven BV en Leune BV er klaarblijkelijk voor gekozen hebben het bedrag van de geldlening als agiostorting op de door Swam Bedrijven BV gehouden aandelen te behandelen. Weinig overtuigend komt de in r.o. 2.9 geciteerde toelichting in de jaarrekening 2010 voor die rept van een "eerst in 2010 gebleken bedoeling van partijen" om de lening om te zetten in een achtergestelde lening zodat in de voorgaande jaren in werkelijkheid "er geen sprake was van agiostorting." Als verschillende jaren het bedrag in kwestie expliciet de kwalificatie agioreserve in de jaarrekening is toegekend, is er, naar het oordeel van de rechtbank, meer nodig dan de stelling dat Swam Bedrijven BV en Leune BV dit niet bedoeld hebben, om te kunnen aanvaarden dat slechts sprake is geweest van correctie van een onjuiste vermelding in de jaarrekening. GB Vastgoed BV heeft haar standpunt dat sprake was van een vergissing kracht willen bijzetten door middel van een verklaring van accountant [de accountant] , die in een e-mail van 18 september 2013 stelt dat "per abuis" een agiostorting in de jaarrekeningen is verwerkt. Maar aan die verklaring kan geen gewicht worden toegekend omdat [de accountant] niet de accountant was die bemoeienis had met de samenstelling van de jaarrekeningen 2004 tot en met 2009 van Leune BV. Dat een (andere) accountant, een deskundige dus, zich in de relevante jaren heeft bezig gehouden met de samenstelling van de jaarrekening van Leune BV, staat overigens tussen partijen vast.

4.6.

De volgende vraag is of, nu uitgegaan moet worden van een agioreserve, die reserve tot uitkering heeft kunnen komen en omgezet kon worden in een (niet achtergestelde) geldlening van GB Vastgoed BV aan Leune BV, nadat GB Vastgoed BV op grond van cessie door Swam Bedrijven BV crediteur zou zijn geworden.

De rechtbank laat daarbij gemakshalve rusten de vraag of cessie van een aanspraak uit hoofde van een agiostorting onderwerp van een cessie kan zijn.

4.7.

Of uitkering van de agioreserve in 2009/2010 mogelijk was moet worden beoordeeld aan de hand van het in die periode (dus voor de intrede van de 'flex-BV') geldende artikel 2:216 BW, waarvan lid 2 toen luidde:

"De vennootschap kan aan de aandeelhouders en andere gerechtigden tot de voor uitkering vatbare winst slechts uitkeringen doen voor zover het eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden."

4.8.

De curator heeft onweersproken aangevoerd dat het eigen vermogen van Leune BV ultimo 2009 € 172.787 (negatief) bedroeg. Aldus, zo verbindt de curator daaraan, was er geen ruimte om tot uitkering van (enig deel van) de agioreserve over te gaan. Omzetting van die reserve in een geldlening was dan ook niet mogelijk, meent de curator. En is dit wel de bedoeling geweest, dan is er sprake van nietigheid, aldus de curator.



4.9.

De rechtbank volgt de curator in haar standpunt. Dat er een aandeelhoudersbesluit is genomen tot uitkering van de agioreserve is niet gebleken. Dat zou op zichzelf al betekenen dat voor de uitkering van de agioreserve geen basis bestond. Maar zou moeten worden aangenomen dat een besluit besloten ligt in wilsverklaringen van (de aandeelhouders van) Leune BV (dat is denkbaar als de weg van artikel 2:238 BW is gevolgd), dan geldt dat het besluit nietig is, omdat de wettelijke vereiste ruimte (vrij vermogen) er niet was om uit te keren. De consequentie hiervan is dat de agioreserve behouden is gebleven.

4.10.

GB Vastgoed BV meent dat dit alles niet relevant is. Haar standpunt is, kort en goed, dat tussen GB Vastgoed BV en Leune BV een geldleningsovereenkomst is ontstaan, geheel onafhankelijk van het voorgaande. De notariële akte, waarin de afspraken over de geldlening in 2011 zijn opgetekend, heeft dwingende bewijskracht tussen partijen, artikel 157 lid 2 Rv, en de curator is daaraan ook gebonden, zo stelt GB Vastgoed BV. Dat is een zelfstandige ontstaansbron van de schuld van Leune BV, en het agio-issue is daarvoor niet relevant, aldus GB Vastgoed BV.

De curator brengt daartegen in dat die dwingende bewijskracht niet opgaat omdat het hier gaat om het ontstaan van een rechtsgevolg (schuld uit geldlening) dat "niet ter vrije bepaling van partijen staat", zie artikel 157 lid 2, eerste zin Rv.

4.11.

De rechtbank neemt tot uitgangspunt – en tussen partijen staat dat ook niet ter discussie – dat deze 'schuld' uit geldlening die Leune BV in de notariële akte van 17 maart 2011 op zich heeft genomen, geheel terug te voeren is op de som die als agioreserve geboekt was. Per 31 december 2008 stond die agioreserve in de balans voor een bedrag van € 325.987,--. In de daarop volgende jaarrekening, die de accountant op 7 september 2010 in concept aan de directie van Leune BV toezond, is deze reserve geheel verdwenen. De notariële akte maakt melding van een schuld uit geldlening ter grootte van € 326.000,- ("inclusief rente"). Deze vaststelling sluit ook aan op de stelling van GB Vastgoed BV dat de schuld uit geldlening 'ten onrechte' jarenlang als agio in de balans was vermeld.

4.12.

Naar het oordeel van de rechtbank treft de "vastlegging" van het bestaan van een geldleningsovereenkomst hetzelfde lot als de (veronderstelde) uitkering van de agioreserve: die is evenzeer nietig. De vermogensbescherming zoals die in het BV-recht gold in 2009/2010 strekte tot bescherming van crediteuren. Een (besluit tot) uitkering in strijd met de regeling in het toenmalige artikel 2:216 BW werd getroffen door nietigheid, artikel 2:25 BW. Een geldleningsovereenkomst die de strekking heeft een – naar in het voorgaande is geoordeeld – bestaande agioreserve die (nog) niet uitgekeerd kan worden om te zetten in een geldlening en aldus te onttrekken aan het eigen vermogen, is evenzeer nietig, artikel 2:25 BW juncto artikel 3:40 BW.

4.13.

Het voorgaande heeft vanzelfsprekend consequenties voor het pandrecht waarop GB Vastgoed BV aanspraak maakt. Nu geen vordering is ontstaan uit hoofde van geldlening is er dus ook geen basis voor enige zekerheidsverstrekking aan GB Vastgoed BV.

4.14.

Het voorgaande voert tot de volgende conclusies.

De rechtbank kan de gevorderde verklaringen voor recht ten aanzien van het bestaan van een vordering uit geldlening en het bestaan van een rechtsgeldig pandrecht, niet geven. Dat betekent dat GB Vastgoed BV geen belang heeft bij een oordeel over het al of niet bestaan van duurovereenkomsten met diverse derden, die immers uitsluitend van belang zijn voor het gestelde, maar GB Vastgoed BV niet toekomende, pandrecht.

Het gevorderde bevel aan de curator om de vordering van GB Vastgoed BV € 184.258,35 te plaatsen op de lijst van (voorlopig) erkende crediteuren met erkenning van het pandrecht komt evenmin voor toewijzing in aanmerking.

Bij het in het incident gevorderde bevel tot het in het geding brengen van delen van de administratie van Leune BV heeft GB Vastgoed BV, gezien voorgaande oordelen, ook geen belang meer. De slotsom is dus dat alle vorderingen afgewezen zullen worden. Dat betekent dat GB Vastgoed BV zal worden veroordeeld in de kosten van het geding. Die kosten bedragen, aan de zijde van de curator, € 291,-- wegens griffierecht en op € 4.267,50 wegens advocaatkosten. De kostenveroordeling wordt, als verzocht door de curator, uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

De vordering in het incident treft hetzelfde lot als de vordering in de hoofdzaak: deze dient te worden afgewezen.

#### **5De beslissing**

De rechtbank

In de hoofdzaak en in het incident

- wijst de vorderingen van GB Vastgoed BV af;
- veroordeelt GB Vastgoed BV in de kosten van het geding, tot aan de uitspraak aan de zijde van de curator begroot op € 4.558,50;
- verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.J. Vetter en in het openbaar uitgesproken op 9 oktober 2019.