

## Notitie inzake het toerekenen van achtergestelde leningen aan het eigen vermogen

***Ten geleide:** De inhoud van deze notitie is door het bestuur en ledenraad van de KBvG aangenomen. De verslagen BLOS1 en BLOS2 zijn verslagen van de werkgroep BLOS (Bewaarplicht, Liquiditeit, Onderhanden werk en Solvabiliteit), die door de ledenraad zijn aangenomen en als toelichting fungeren op de verslagstaten. In BLOS1 wordt aandacht besteed aan de post Schulden op lange termijn waaronder achtergestelde leningen. In de praktijk bestaat de behoefte om achtergestelde leningen bij het garantievermogen te kunnen rekenen. Het biedt bijvoorbeeld een impuls aan de solvabiliteit. Een commissie heeft zich gebogen over de voorwaarden voor het toerekenen van de achtergestelde lening aan het garantievermogen met deze notitie als eindresultaat.*

*Deze notitie is door bestuur en ledenraad van de KBvG aangenomen, net als de verslagen BLOS1 en BLOS2, en kent dezelfde status. De notitie geeft invulling aan een onderdeel van de verslagstaten: Schulden op de lange termijn. Daarmee is het een aanvulling op BLOS1 en is (deels) een breuk met datgeen in BLOS1 is opgenomen over achtergestelde leningen. Door de ledenraad is gesproken over de behoefte aan een overgangsbepaling, de invulling van de overgangsbepaling is opgenomen in de notitie.*

### INLEIDING

In deze notitie zijn door de commissie BLOS op grond van BLOS1 een aantal voorwaarden geformuleerd op basis waarvan een achtergestelde lening toegerekend kan worden aan het eigen vermogen.

In tegenstelling tot datgeen BLOS1 aangeeft, hoeven achtergestelde leningen niet ter goedkeuring worden aangeboden aan de commissie, de in deze notitie benoemde voorwaarden stellen afdoende waarborgen. Het BFT is als toezichthouder verantwoordelijk voor de definitieve toets. Met deze werkwijze wordt gestreefd naar uniformiteit in de voorwaarden en juridische formuleringen van zekerheidsstellingen met als primair uitgangspunt de beperking van risico's bij deconfitures in verband met het ambt van gerechtsdeurwaarder en zijn rol binnen de rechtstaat.

### Feiten

Uit onderzoek van het BFT blijkt dat in 2014 11 gerechtsdeurwaarderskantoren achtergestelde leningen toerekenen aan het eigen vermogen, in totaal voor een waarde van € 45 miljoen. Situaties waar gebruikgemaakt wordt van de mogelijkheid om een achtergestelde lening toe te rekenen aan het eigen vermogen zijn bijvoorbeeld ter aanvulling van het eigen vermogen na verliezen, ter aanvulling van het eigen vermogen na een buy-out en bij startende kantoren in de opbouwfase. Het BFT geeft aan een toename te verwachten in achtergestelde leningen met het doel deze tot het garantievermogen te rekenen, dit in verband met de solvabiliteitseis door de bestuursregel<sup>1</sup>.

### De achterstelling

Het kapitaal dat wordt aangetrokken door middel van een achtergestelde lening kan door gerechtsdeurwaarders onder voorwaarden worden toegerekend aan het eigen vermogen. Het toerekenen van een achtergestelde lening aan het eigen vermogen heeft een positieve invloed op de solvabiliteit<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Bestuursregel houdende minimeisen voor de liquiditeitsratio en solvabiliteitsratio van de gerechtsdeurwaarder, april 2015.

<sup>2</sup> Berekeningswijze conform BLOS.

Strikt genomen kan bedrijfseconomisch gezien achtergesteld vermogen nooit tot het eigen vermogen worden gerekend.<sup>3</sup> Bedoeld wordt het toerekenen van de achtergestelde lening aan het garantievermogen. Het eigen vermogen en het achtergesteld vermogen (wat immers componenten van vreemd vermogen zijn) vormen samen het garantievermogen van de ondernemer. Het begrip garantievermogen komt niet voor in de Nederlandse jaarrekeningenrecht, maar is voortgekomen uit de (bedrijfseconomische) praktijk. Kenmerkend voor het garantievermogen is het langlopend karakter en de achterstelling bij andere verplichtingen.<sup>4</sup> In deze notitie wordt veelal uitgegaan van de term garantievermogen.

Een 'achterstelling' heeft geen vaststaande betekenis. Men mag er dan ook niet op vertrouwen dat de gewenste rechtsgevolgen automatisch gelden, maar dient deze expliciet overeen te komen.<sup>5</sup> Kenmerkend voor de achterstelling is dat de lening is achtergesteld op de concurrent-schuldeisers en daarmee vanzelfsprekend op de preferent-schuldeisers. Bij een overeenkomst van achterstelling wordt de paritas-creditorum (bewust) doorbroken.

## VOORWAARDEN

Hieronder worden de voorwaarden opgesomd met daaropvolgend de bijbehorende toelichting.

- Er dient sprake te zijn van een overeenkomst van achterstelling ex art. 3:277 lid 2 BW.
- De achtergestelde lening is achtergesteld op alle concurrent-schuldeisers. Van de achtergestelde lening dient te worden aangegeven ten opzichte van welke andere schulden de lening is achtergesteld, alsmede tot welk bedrag de lening is achtergesteld.
- De overeenkomst van achterstelling dient een 'geen-verrekenbeding' met vorderingen te bevatten.
- De achtergestelde lening is langlopend. Het tot het garantievermogen te rekenen deel van de achtergestelde lening heeft een looptijd van ten minste twaalf maanden.
- Uit de overeenkomst moet blijken wat ten aanzien van aflossingen en/of rente is overeengekomen. Aflossingen zijn slechts mogelijk als vooraf een aflossingsschema is overeengekomen.
- Het geld moet als lening verstrekt zijn.
- Een geregistreerde akte ex art. 156 Rv.
- In aansluiting met de regels van het commerciële jaarrekeningenrecht wordt de achtergestelde lening opgenomen in de balans en de aard van de achterstelling wordt opgenomen in de toelichting, beiden conform art. 2:375 lid 4 BW. De achterstelling wordt benoemd in de commerciële jaarrekening en de toelichting. De jaarrekening wordt door een accountant onderzocht en geeft op basis van zijn onderzoek een verklaring bij de jaarrekening af.

## TOELICHTING

Door het ambt en de bijzondere taak in het rechtsbestel dat de gerechtsdeurwaarder vervult worden enkele nadere voorwaarden gesteld aan het toerekenen van achtergestelde leningen aan het garantievermogen. De voorwaarden zien voornamelijk op elementen van de overeenkomst van achterstelling. Daarnaast dient de overeenkomst van achterstelling geregistreerd te zijn en dient de

---

<sup>3</sup> A. Dorsman, Achtergesteld vermogen is niet altijd garantievermogen, *MAB* 2003-3, p. 119-121.

<sup>4</sup> B. Kamp, Garantievermogen in de jaarrekening, *MAB* 2005, nr. 34/35, p. 51.

<sup>5</sup> C.P. Hooft, Een achtergesteld rechtskindje, *Vennootschap & Onderneming* 2004, nr. 10, p. 180.

achterstelling op een bepaalde manier verwerkt te worden in de jaarrekening/-verslaggeving. De voorwaarden worden hieronder verder toegelicht onder de kopjes 'De overeenkomst' en 'Het commerciële jaarrekeningenrecht'.

### De overeenkomst

Om de achterstelling tot het garantievermogen te mogen rekenen is van belang dat de achterstelling is vastgelegd in een overeenkomst van achterstelling ex. art. 3:277 lid 2 BW. Een tussen een schuldeiser en een schuldenaar gesloten overeenkomst als bedoeld in art. 3:277 lid 2 BW, die bepaalt dat de vordering van die schuldeiser jegens alle of bepaalde andere schuldeisers een lagere rang neemt dan de wet hem toekent, 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. Of deze gevolgen aan een overeenkomst van achterstelling zijn verbonden, is afhankelijk van hetgeen partijen in het concrete geval zijn overeengekomen (Haviltex-norm<sup>6</sup>).<sup>7</sup>

Daartoe wordt een aantal aanvullende voorwaarden verbonden aan de (overeenkomst van) achterstelling. Een basiselement van het toerekenen van de achterstelling aan het garantievermogen is dat de schuld moet zijn achtergesteld ten opzichte van alle andere schulden. Zoals gezegd, een overeenkomst van achterstelling doorbreekt de *paritas-creditorum*. Dat betekent dat de lening is achtergesteld op de concurrent-schuldeisers en daarmee vanzelfsprekend op de preferent-schuldeisers. Er kan sprake zijn van meerdere achtergestelde schulden. Daarom dient de aard van de achterstelling te worden bepaald in de overeenkomst, expliciet aangegeven moet worden ten opzichte van welke andere achtergestelde schuldeisers de leningen zijn achtergesteld, alsmede tot welk bedrag de leningen zijn achtergesteld.<sup>8</sup>

Een ander element is verrekening. Verrekening ondergraaft de achterstelling.<sup>9</sup> Een overeenkomst als bedoeld in art. 3:277 lid 2 BW impliceert niet zonder meer dat de schuldeiser zijn bevoegdheid tot verrekening heeft prijsgegeven. De mogelijkheid tot verrekening sluit de toerekening van de achtergestelde lening aan het garantievermogen uit.<sup>10</sup> Omdat een achterstelling niet impliceert dat niet verrekend zou mogen worden<sup>11</sup>, dient de overeenkomst van achterstelling een niet-verrekenbeding met vorderingen te bevatten. De overeenkomst dient de mogelijkheid tot verrekening uitdrukkelijk uit te sluiten.

Naast de achterstelling bij andere verplichtingen en het niet-verrekenbeding is het langlopende karakter een criterium voor het toerekenen van de achterstelling aan het garantievermogen door gerechtsdeurwaarders. Het garantievermogen heeft immers een langlopend karakter. Langlopend behelst een meer dan twaalf maanden uitgestelde opeisbaarheid. Dat geldt ook voor eventueel overeengekomen aflossingen.

Uit de overeenkomst moet blijken wat ten aanzien van aflossingen en/of rente is overeengekomen, bij gebreke waarvan geen aflossing of rente verschuldigd is. De overeenkomst van achterstelling is

<sup>6</sup> Hoge Raad 13 maart 1981 (*Haviltex*), ECLI:NL:HR:1981:AG4158.

<sup>7</sup> HR 18 oktober 2002 (*Habo*), ECLI:NL:HR:2002:AE5160, r.o. 3.4.2.

<sup>8</sup> Zie in dit verband ook Hoge Raad 20 maart 2013, ECLI:NL:HR:2015:661, r.o. 4.34.4.

<sup>9</sup> B. Kamp, Garantievermogen in de jaarrekening, *MAB* 2005, nr. 34/35, p. 44.

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld ook A. Dorsman, Achtergesteld vermogen is niet altijd garantievermogen, *MAB* 2003-3, p. 119-121, evenals F. Haak, Achterstelling vanuit bancaire perspectief, *WPNR* 2012/6938, p. 526-532.

<sup>11</sup> Zie HR 18 oktober 2002 (*Habo*), ECLI:NL:HR:2002:AE5160.



KONINKLIJKE BEROEPSORGANISATIE VAN GERECHTSDEURWAARDERS

leidend, dat betekent dat de achterstelling opeisbaar wordt als dat bij het aangaan van de overeenkomst is bepaald. Dit wordt bepaald door middel van een aflossingsschema dat bij het aangaan van de achterstelling is opgenomen en bijgevoegd bij de overeenkomst van achterstelling. Dit komt neer op: niet opeisbaar, tenzij op grond van een vooraf overeengekomen aflossingsschema.<sup>12</sup>

Aflossingsverplichtingen (termijnen) worden volgens een aflossingsschema opeisbaar. Door het langlopend karakter van het garantievermogen, valt de termijn die op een periode van 12 maanden opeisbaar wordt, niet meer onder de achterstelling en kan daarmee niet meegerekend worden aan het garantievermogen. Niet overeengekomen aflossingen kunnen slechts gedaan worden wanneer de liquiditeit en solvabiliteit niet in gevaar komen.<sup>13</sup>

Uit de overeenkomst moet blijken wat is overeengekomen met betrekking tot de rente.

De (inhoud van de) overeenkomst van achterstelling is leidend. Zo spreekt voor zich dat de overeenkomst niet opzij gezet kan worden door een nadere overeenkomst. Deze zgn. sideletters maken geen deel uit van de overeenkomst van achterstelling. Wanneer blijkt van het bestaan van een of meer sideletters is niet alleen het toerekenen van de achterstelling tot het garantievermogen onrechtmatig, maar ook de inhoud van de sideletter is nietig ten opzichte van de schuldeisers.

De overeenkomst van achterstelling is een geregistreerde akte ex art. 156 Rv.

Het bedrag dat met de lening gepaard gaat moet als lening verstrekt zijn. Zo is bijvoorbeeld niet toegestaan om een rekening-courantschuld om te zetten naar een achterstelling.

Tot slot, zekerheden doen af aan het karakter van de achterstelling. In de overeenkomst op te nemen gronden van opzegbaarheid mogen niet afdoen aan het karakter van de achterstelling.

### **Het commerciële jaarrekeningenrecht**

Om een achtergestelde lening tot het garantievermogen te kunnen rekenen wordt zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de gangbare regels van het commerciële jaarrekeningenrecht in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek omtrent de achterstelling. De achtergestelde lening wordt opgenomen in de balans en de aard van de achterstelling wordt opgenomen in de toelichting, beiden conform art. 2:375 lid 4 BW. De achterstelling wordt benoemd in de commerciële jaarrekening en de toelichting. De jaarrekening wordt door een accountant onderzocht en geeft op basis van zijn onderzoek een verklaring bij de jaarrekening af.

In aansluiting met het commerciële jaarrekeningenrecht is de presentatie als achtergestelde schuld in de enkelvoudige respectievelijk geconsolideerde balans slechts toegestaan indien de desbetreffende schuld is achtergesteld ten opzichte van alle andere schulden in de respectievelijke balansen. Voor de geconsolideerde balans is dit eveneens van toepassing wanneer de achterstelling feitelijk niet geldt ten opzichte van alle schulden van de geconsolideerde maatschappijen, maar er als gevolg van de onderlinge aansprakelijkheden in groepsverband in wezen wel sprake is van een achterstelling ten opzichte van alle andere in de geconsolideerde balans opgenomen schulden.<sup>14</sup>

Onder diverse benamingen komt in de praktijk de combinatie voor van eigen vermogen en componenten van het vreemd vermogen, welke componenten een zekere achterstelling in rangorde kunnen impliceren ten opzichte van andere componenten van het vreemd vermogen. De wet noch

---

<sup>12</sup> Dit doet overigens niets af aan de inhoud van de Bestuursregel houdende minimeisen voor de liquiditeitsratio en solvabiliteitsratio van de gerechtsdeurwaarder, april 2015.

<sup>13</sup> Bestuursregel houdende minimeisen voor de liquiditeitsratio en solvabiliteitsratio van de gerechtsdeurwaarder, april 2015.

<sup>14</sup> RJ 254.309.



KONINKLIJKE BEROEPSORGANISATIE VAN GERECHTSDEURWAARDERS

het Besluit modellen jaarrekening geven een aanduiding voor bijvoorbeeld garantievermogen of aansprakelijk vermogen. De volgorde van de posten volgens modellen voor de balans laten veelal een aaneensluitende opsomming van posten die behoren tot het garantievermogen niet toe. Indien deze aaneensluitende opsomming van posten niet kan worden bewerkstelligd, is het mogelijk het bedrag van het garantievermogen of aansprakelijk vermogen te vermelden in de toelichting. De samenstelling van het garantievermogen of aansprakelijk vermogen dient duidelijk uit de enkelvoudige of de geconsolideerde jaarrekening te blijken. Posten met een kortlopend karakter dienen niet in het garantievermogen of aansprakelijk vermogen te worden opgenomen.<sup>15</sup>

## GRONDSLAG

In 2013 zijn de gewijzigde verslagstaten opgenomen als bijlage bij de Administratieverordening gerechtsdeurwaarders. Aan de verslagstaten liggen de verslagen BLOS1 en BLOS2 ten grondslag. De *commissie* BLOS ontleent zijn bestaansrecht aan het verslag BLOS1<sup>16</sup>, het eerste verslag van de *werkgroep* BLOS<sup>17</sup>. Het verslag BLOS1 biedt de mogelijkheid om een achtergestelde lening onder voorwaarden aan het eigen vermogen toe te rekenen. In dat kader heeft het bestuur op 7 oktober 2013 de commissie BLOS ingesteld.

Onderdeel van de verslagstaten is de kantoorbalans. Een van de posten op de kantoorbalans in de rapportage BLOS1 weergegeven, is het onderdeel Schulden op de lange termijn. Achtergestelde leningen maken onderdeel uit van de post Schulden op de lange termijn.

Met deze notitie komt de hierna weergegeven en doorgehaalde tekst uit het verslag BLOS1, pagina 11, te vervallen:

### **“Schulden op lange termijn**

De in het komende twaalf maanden vervallende aflossingen dienen afzonderlijk onder de kortlopende schulden te worden opgenomen.

Van achtergestelde leningen dient te worden aangegeven ten opzichte van welke andere schulden de leningen zijn achtergesteld, alsmede tot welk bedrag de leningen zijn achtergesteld. ~~Door aandeelhouders/maatschapsleden verstrekte achtergestelde leningen kunnen, na goedkeuring door de commissie BLOS, tot het eigen vermogen worden gerekend~~

~~Deze goedkeuring wordt gegeven indien aan enkele nader te stellen voorwaarden is voldaan, zoals bijv. schriftelijke vastlegging. Goedkeuring door de commissie BLOS, zijnde een bestuurscommissie van de KBvG, bewerkstelligd o.a. dat een externe partij [nl. de commissie] de achterstelling kent en kan invoeren en dat uniformiteit m.b.t. de voorwaarden en juridische formuleringen van de zekerheidsstellingen wordt bereikt. De commissie BLOS is een commissie die bestaat uit drie door de KBvG te benoemen leden, waarvan tenminste één jurist en één financieel deskundige.”~~

<sup>15</sup> RJ 240.244 en 240.305.

<sup>16</sup> KBvG, BLOS1, oktober 2011, p. 11.

<sup>17</sup> Destijds is de werkgroep BLOS ingesteld om te voorzien in een uniformering van de berekeningswijzen van bewaarplicht, liquiditeit, onderhanden werk en solvabiliteit in verband met de financiële verslaggeving aan het Bureau Financieel Toezicht (BFT). De werkzaamheden van de werkgroep BLOS hebben geleid tot de aanpassing van de verslagstaten.



KONINKLIJKE BEROEPSORGANISATIE VAN GERECHTSDEURWAARDERS

### **OVERGANGSBEPALING**

De voorwaarden die genoemd worden in deze notitie dienen vanaf 1 januari 2017 in acht genomen te worden. Met ingang van die datum maakt de notitie onderdeel uit van de documentatie die een toelichting geven op de verslagstaten. Gerechtsdeurwaarderskantoren die op dat moment (mogelijk) niet voldoen aan de gestelde voorwaarden kunnen derhalve de achtergestelde lening niet bij het garantievermogen rekenen.

### **Samenstelling en verantwoording**

Deze notitie is opgesteld door de Commissie BLOS. De Commissie BLOS bestond uit mevrouw C.W. Bakhuis-van Kesteren<sup>18</sup> (voorzitter), de heer J.H. Nootenboom<sup>19</sup> en de heer mr. M.A. De Kleer<sup>20</sup>.

De taakopdracht van de commissie betrof het stellen van kaders om een achtergestelde lening aan het eigen vermogen te mogen toerekenen. Hiertoe is zij in overleg getreden met het BFT en heeft zij aansluiting gezocht bij bestaande regels. De voorwaarden worden benoemd in deze notitie die ter beschikking wordt gesteld aan alle leden. Het BFT is als toezichthouder verantwoordelijk voor de definitieve toets.

---

<sup>18</sup> Gerechtsdeurwaarder te Den Haag en lid van het bestuur van de KBvG.

<sup>19</sup> Gerechtsdeurwaarder te Rotterdam en voormalig lid van de werkgroep BLOS.

<sup>20</sup> Werkzaam bij BDO in de fiscale adviespraktijk en partner bij BDO, alsmede voorzitter van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB).