

Achtergesteld vermogen is niet altijd garantievermogen

André Dorsman

SAMENVATTING Onlangs deed de Hoge Raad een uitspraak in een faillissement met betrekking tot het achtergesteld vreemd vermogen. Volgens de Hoge Raad mag in sommige gevallen de verstrekker van achtergesteld vreemd vermogen deze vordering verrekenen met een schuld die de verstrekker bij dezelfde onderneming heeft. In dit artikel wordt betoogd dat deze uitspraak van de Hoge Raad indruist tegen de onder bedrijfseconomen levende opvatting wat onder achtergesteld vermogen wordt verstaan. Bovendien heeft dit standpunt van de Hoge Raad verstreckende gevolgen voor de gegevensverstrekking in de toelichting op de post achtergesteld vermogen in de jaarrekening.

1 Inleiding

In het bedrijfseconomisch verkeer wordt achtergesteld vermogen gerekend tot het garantievermogen. Onlangs werd door de Hoge Raad (hierna HR) evenwel een uitspraak gedaan waaruit blijkt dat dit niet zonder meer geldt.

De HR deed zijn uitspraak naar aanleiding van het faillissement van Habo bouw BV (hierna Habo). In deze bijdrage zal eerst de casus worden uiteengezet (paragraaf 2). Vervolgens zal in paragraaf 3 de zaak vanuit bedrijfseconomisch perspectief worden geanalyseerd. Ten slotte zal in paragraaf 4 de uitspraak van de HR van commentaar worden voorzien.

Prof. Dr. A.B. Dorsman is hoogleraar financiering aan de Universiteit Nyenrode en is tevens verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Met dank aan Prof. Dr. A.C.C. Herst voor zijn opmerkingen bij een eerder concept van dit artikel.

2 De casus

De feiten

Habo en N.V. Besix S.A. (hierna Besix) hebben op 26 januari 1996 een samenwerkingsovereenkomst gesloten. Gezamenlijk zou door hen het bouwproject 'De Vliert' worden uitgevoerd. Beide partijen ontvingen vervolgens een voorschot ter grootte van f 2 miljoen. Op 18 juli 1997 heeft Habo een overeenkomst gesloten met Besix en de v.o.f. SVC De Vliert, hierna tezamen aangeduid als de Combinatie. In deze overeenkomst is een deel van het door de Combinatie aan Habo verstrekte voorschot ad f 2 miljoen vervangen door een achtergestelde lening van f 1,5 miljoen. Habo had voorts een vordering op de Combinatie van f 357.228,17 (erkend tot een bedrag van f 184.484 en niet-erkend f 172.744,17). Vanaf 1 juli 1997 was de rente op de achtergestelde lening per drie maanden vooraf betaalbaar. De rentevoet was 3,5%. De achtergestelde lening was in twaalf driemaandelijke termijnen betaalbaar vanaf 31 maart 1998. De minimale termijn was f 125.000. Habo werd op 28 januari 1998 failliet verklaard. De eerste termijn op de achtergestelde lening moest toen nog vervallen. Met andere woorden, de hele lening was – onder normale omstandigheden – nog niet opeisbaar. In tabel 1 (zie p. 20) zijn de contractuele kasstromen van de achtergestelde lening vastgelegd.

Uit artikel 53 jo. artikel 131 FW blijkt dat op het moment dat een onderneming failliet wordt verklaard, een aantal leningen moet worden behandeld alsof zij opeisbaar zijn. Dit zijn de leningen die binnen een jaar na de dag waarop het faillissement door de rechtbank is uitgesproken, opeisbaar zouden zijn geworden. Opeisbare leningen zijn niet meer achtergesteld. De desbetreffende leningen dienen dan onder de concurrente crediteuren te worden geschaard. Van

Tabel 1. Kasstroomschema van de achtergestelde lening

Datum	Aflossing	Rente	Resterende schuld na aflossing
31 maart 1998	125.000	12.031,25	1.375.000
30 juni 1998	125.000	10.937,50	1.250.000
30 september 1998	125.000	9.843,75	1.125.000
31 december 1998	125.000	8.750	1.000.000
31 maart 1999	125.000	7656,25	875.000
30 juni 1999	125.000	6562,5	750.000
30 september 1999	125.000	5468,75	625.000
31 december 1999	125.000	4375	500.000
31 maart 2000	125.000	3281,25	375.000
30 juni 2000	125.000	2187,5	250.000
30 september 2000	125.000	1093,75	125.000
31 december 2000	125.000	0	0

de achtergestelde lening waren vier termijnen, te weten de termijnen van 31 maart 1998, 30 juni 1998, 30 september 1998 en 31 december 1998, binnen een jaar opeisbaar. De rente die binnen deze periode zou zijn vergoed, was eveneens opeisbaar. De gezamenlijke waarde van de opeisbare bedragen van de achtergestelde lening (en rente) was f 541.562,25 ($= 4 * f$ 125.000 + f 41.562,25).

De Combinatie had derhalve een achtergestelde vordering op en een schuld aan Habo. Nadat het faillissement werd uitgesproken, werden de achtergestelde vordering en de schuld verrekend. Hiertegen gingen de curatoren in beroep, hetgeen uiteindelijk door de HR werd afgewezen.

De juridische visie

De advocaat van de Combinatie¹ bracht naar voren dat achterstelling geen wettelijk begrip is. Volgens hem kunnen er twee verschillende doelen met achterstelling worden bereikt. Ten eerste dat een vorm van eigen vermogen wordt gecreëerd en ten tweede dat door middel van achterstelling uitstel van betaling wordt verleend als gunst aan de debiteur. In het laatste geval zou het volgens de advocaat van de Combinatie niet de bedoeling zijn dat de crediteur in – onder andere – faillissement haar verhaalsrechten niet kan uitoefenen. Volgens de advocaat van de Combinatie werd in de onderhavige kwestie het tweede doel beoogd. Verrekening van de achtergestelde vordering en de schuld was – in de ogen van de advocaat van de Combinatie – terecht.

3 De bedrijfseconomische visie

Onder vreemd vermogen wordt vermogen verstaan waarop een terugbetalingsverplichting rust. Is een dergelijke verplichting afwezig, dan is sprake van eigen vermogen. Een achtergestelde lening dient te worden terugbetaald en kan derhalve nimmer – vanuit bedrijfseconomisch perspectief – tot het eigen vermogen worden gerekend. Een achtergestelde lening is een lening die in het geval van faillissement wordt terugbetaald als aan alle concurrente crediteuren is voldaan. De achterstelling dient in de leningovereenkomst te zijn opgenomen. Ook is het mogelijk dat indien een onderneming verschillende achtergestelde leningen heeft uitstaan, deze achtergestelde leningen onderling een verschillende volgorde van terugbetaling kennen. Bezien vanuit de positie van de concurrente crediteur is er in het geval van faillissement geen onderscheid tussen eigen vermogen en achtergesteld vreemd vermogen. Immers, zowel het eigen vermogen als het achtergesteld vreemd vermogen staan garant voor de concurrente crediteur. In de bedrijfseconomische literatuur wordt dan ook sinds lang het achtergesteld vreemd vermogen onder het garantievermogen opgenomen. Zo omvat volgens Bouma (1980, p. 248) het garantievermogen het (aanwezige en toegezegde) eigen vermogen, bepaalde voorzieningen (met name belastinglatenties), alsmede de achtergestelde vormen van vreemd vermogen². Ook nu nog wordt deze definitie gehanteerd (zie Dorsman, 2002, p. 101), waarbij ten behoeve van de bepaling van de waarde van de vermogensvormen marktwaarden in plaats van boekwaarden worden gebruikt.

In de (Nederlandstalige) bedrijfseconomische literatuur is een grote mate van overeenstemming met betrekking tot de definities van garantievermogen en achtergesteld vermogen. Het tweede door de advocaat van de Combinatie genoemde punt is in de bedrijfseconomische literatuur niet terug te vinden.

4 Conclusie

Uitspraak HR

Op 18 oktober 2002 (RvdW 2002, 166 en JOR 2002, 234) kwam de HR tot de volgende uitspraak:

‘Een tussen een schuldeiser en een schuldenaar gesloten overeenkomst als bedoeld in artikel 3.277 lid 2 BW, die bepaalt dat de vordering van de 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.’

Deze uitspraak is onzes inziens niet bevorderlijk voor de positie van de concurrente crediteur. De concurrente crediteur zal met deze uitspraak in de hand bij iedere achtergestelde vordering moeten nagaan of de desbetreffende vermogensverschaffer niet tevens een schuld aan de onderneming heeft (en/of op het moment van een onverhoopte déconfiture zal hebben) en zo ja, hoe in de desbetreffende overeenkomst de achterstelling is geregeld. Ook al zou de concurrente crediteur de noodzakelijke gegevens verkrijgen, dan is het uit kostenoopt niet doenlijk om dat allemaal na te gaan. De uitspraak van de HR druist in tegen de onder bedrijfseconomen levende opvatting wat onder achtergesteld vermogen moet worden verstaan.

Voorts geldt dat bestuurders (en commissarissen) van ondernemingen die een achtergestelde lening hebben opgenomen, bij het opmaken van de jaarrekeningen dienen na te gaan of de verstrekker van die lening niet tevens debiteur zal zijn, die bij faillissement zijn schuld aan de onderneming zal kunnen verrekenen met zijn achtergestelde vordering. In dat geval dient in de jaarrekening duidelijk te worden gemaakt dat de desbetreffende lening niet tot het garantievermogen mag worden gerekend. Wordt in een dergelijk geval de achtergestelde lening zonder nadere informatie

omtrent een mogelijke verrekening in de jaarrekening opgenomen, dan zou wellicht sprake kunnen zijn van het verstrekken van onjuiste informatie door het bestuur van de onderneming in kwestie, met alle nare gevolgen van dien, zie artikel 2:150 BW.

Commentaar

Tot nu toe werd bij de bepaling van de grootte van het garantievermogen, ongeacht of daarbij boekwaarden of marktwaarden werden gehanteerd, ervan uitgegaan dat het achtergestelde vermogen onverkort tot het garantievermogen moet worden gerekend. Uit de uitspraak van de HR blijkt dat op juridische gronden men hier niet zonder meer van uit mag gaan. Onzes inziens heeft de HR – bedrijfseconomisch gezien – de plank hier behoorlijk misgeslagen. De duidelijkheid die voor bedrijfseconomen bestond ten aanzien van de achterstellingsclausule in de achtergestelde lening is met de uitspraak van de HR verloren gegaan, hetgeen het bedrijfseconomisch handelen niet ten goede is gekomen. ■

Literatuur

-
- Bouma, J.L., (1980), *Leerboek der Bedrijfseconomie*, Delwel, Wassenaar.
- Dorsman, A.B., (2002), *Vermogensstructuur en Vermogensmarkt*, Elsevier, Den Haag.
- Duffhues, P., (1991), *Ondernemingsfinanciering en vermogensmarkten deel 2*, Wolters-Noordhoff, Groningen.
- Grevenstein, P.V.U. van, (1984), Contractuele achterstelling, in: *TWVS*, nr. 84/11, pp. 261-267.
- Hees, A. van, (1989), *De achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde lening*, Kluwer, Deventer.

Noten

-
- 1 Pleitnota 22 augustus 2000, rolnummer 1999/365.
 - 2 Ook de definitie van Duffhues (1991, p. 241) komt hiermee overeen.