



Achtergestelde lening als onderdeel van het eigen vermogen

Aanleiding

Omdat het verstrekken van Europese middelen aan ondernemingen in moeilijkheden aanzienlijke risico's met zich meebrengt voor Europese begroting is in artikel 3, lid 3 d van verordening 1301/2013 bepaald dat het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling geen ondernemingen in moeilijkheden steunt.

In artikel 2, lid 18 van verordening 651/2014 worden twee omstandigheden geschetst waarin een onderneming kwalificeert als een onderneming in moeilijkheden. De eerste luidt als volgt:

“wanneer meer dan de helft van haar geplaatste aandelenkapitaal door de opgebouwde verliezen is verdwenen. Dit is het geval wanneer het in mindering brengen van de opgebouwde verliezen op de reserves (en alle andere elementen die doorgaans worden beschouwd als een onderdeel van het eigen vermogen van de onderneming), een negatieve uitkomst oplevert die groter is dan de helft van het geplaatste aandelenkapitaal. Voor de toepassing van deze bepaling worden met „vennootschap met beperkte aansprakelijkheid” met name de in bijlage I bij Richtlijn 2013/34/EU (1) bedoelde rechtsvormen van ondernemingen bedoeld en omvat het „aandelenkapitaal” ook het eventuele agio.”

Door de bij de uitvoering van het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (EFRO) betrokken autoriteiten is aan het Ministerie van Economische Zaken gevraagd om aan te geven of een achtergestelde lening kwalificeert als *een element dat doorgaans wordt beschouwd als een onderdeel van het eigen vermogen van de onderneming*.

Interpretatie

Indien achtergestelde leningen voldoen aan de volgende voorwaarden kwalificeren deze als eigen vermogen:

1. Voor de lening mogen geen zekerheden zijn gesteld;
2. De vergoeding voor de lening is afhankelijk van de winst;
3. De schuld is achtergesteld bij alle andere schuldeisers.

Daarnaast kwalificeren ook schijnleningen, bodemlozeputleningen en deelnemerschapsleningen als eigen vermogen bij de bepaling of een onderneming in moeilijkheden verkeert.

Onderbouwing

In artikel 2:373 van het Burgerlijk Wetboek, lid 1 a t/m g is vastgelegd dat de volgende elementen als eigen vermogen op de balans worden opgenomen: het geplaatste kapitaal; agio; herwaarderingsreserves; andere wettelijke reserves; statutaire reserves; overige reserves; niet verdeelde winsten.

Het vreemd vermogen van een bedrijf wordt opgebouwd uit de verplichtingen of schulden die een bedrijf heeft.

Ingevolge artikel 2, lid 18 van verordening 651/2014 is voor de bepaling of een onderneming in moeilijkheden verkeert de kwalificatie van vermogen als eigen vermogen (kapitaal) of vreemd vermogen (schuld) van grote relevantie. In beginsel wordt voor dit onderscheid de civielrechtelijke kwalificatie van het vermogen gevolgd. Enkele uitzondering hierop zijn echter mogelijk.

Achtergestelde leningen behoren in beginsel tot het vreemd vermogen. Uitsluitend in het geval dat een achtergestelde lening voldoet aan bepaalde voorwaarden, kwalificeert deze als eigen vermogen in plaats van vreemd vermogen:

1. Voor de lening mogen geen zekerheden zijn gesteld;
2. De vergoeding voor de lening is afhankelijk van de winst;
3. De schuld is achtergesteld bij alle andere schuldeisers.

NB: In de jaarrekening zal een achtergestelde lening door een accountant zijn beoordeeld. Dit betekent dat een accountant een mening heeft gevormd over het karakter van de lening. De managementautoriteit moet deze mening meewegen in haar beoordeling.

Daarnaast zijn volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad¹ nog drie andere uitzonderingen te onderscheiden, te weten:

1. indien alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen (de zogenaamde schijnlening);
2. indien de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar (de zogenaamde deelnemerschapslening); en,

¹ HR 25 november 2011, V-N 2011, 63.10.

3. ingeval - kort gezegd - de geldlening is verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar de uitlener reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald (de zogenaamde bodemlozeput lening).

In voorkomende gevallen wordt de lening/schuld gekwalificeerd als kapitaal, en daarmee als eigen vermogen.

Gelet op het karakter van genoemde leningen, en het feit dat ondernemingen met dergelijke leningen geen groter risico vormen voor de Europese begroting dan ondernemingen met vermogen dat civielrechtelijk kwalificeert als eigen vermogen, ligt het voor de hand om bij de beoordeling of een bedrijf in financiële moeilijkheden verkeert genoemde leningen te beschouwen als onderdeel van het eigen vermogen van de onderneming.