

Wettelijke reserve deelneming en beperking om over resultaat te beschikken

Anton Dieleman RA

Deelnemingen waarin de deelnemende rechtspersoon invloed van betekenis uitoefent op het zakelijke en financiële beleid worden (afgezien van uitzonderingen) gewaardeerd tegen netto-vermogenswaarde. Voor de niet-uitgekeerde (c.q. niet-gerealiseerde) resultaten van dergelijke deelnemingen moet de deelnemende rechtspersoon op grond van art 2:389 lid 6 BW een wettelijke reserve vormen. In deze bijdrage aan AVTR gaat het om de aanvullende bepaling dat resultaten waarover de deelnemende rechtspersoon zonder beperking kan beschikken in mindering worden gebracht op de wettelijke reserve deelneming. Dat betekent dat het resultaat in de overige (dus uitkeerbare) reserves opgenomen wordt. Een onderscheid dat voor een BV als deelnemende rechtspersoon relevant is. In veel gevallen is de wettelijke reserve deelneming de enige wettelijke reserve. Het vraagstuk heeft daardoor een extra dimensie gekregen sinds eind 2012 de bepalingen inzake de flexibilisering van het BV-recht van kracht zijn geworden.

Balanstest en uitkeringstest

Ik licht het vraagstuk in dit AVTR-artikel toe door het volgende cijfvoorbeeld. Relevante toevoeging bij de balansen is dat Holding BV de aandelen van Deelneming BV volledig in bezit heeft en aan het begin van het boekjaar voor een bedrag van 180 (gelijk aan het eigen vermogen per die datum) heeft overgenomen.

Voor de vraag of de Holding BV een wettelijke reserve moet vormen voor het resultaat van de deelneming is relevant of de Holding BV het resultaat van de deelneming zonder beperking kan (laten) uitkeren. Is dat niet mogelijk, dan is het vormen van een wettelijke reserve deelneming verplicht. Is uitkering wel mogelijk, dan wordt het resultaat deelneming in de jaarrekening van de Holding BV als overige reserve verwerkt.

Holding BV			
Deelneming	300	Aandelenkapitaal	PM
		Wettelijke reserve deelneming of Overige reserves?	120
		Overige passiva	180
Totaal	300	Totaal	300

Deelneming BV			
Pand	225	Aandelenkapitaal	100
		Wettelijke reserve	80
		Resultaat verslagjaar	120
Overige activa	275	Lening bank	150
		Overige passiva	50
Totaal	500	Totaal	500

Voor de mogelijkheid van Holding BV om vervolgens zelf dividend uit te keren is relevant of een wettelijke reserve deelneming moet worden gevormd:

- indien sprake is van een wettelijke reserve deelneming, vormen de wettelijke (en statutaire) reserves een ondergrens voor het maximaal uit te keren dividend. Indien sprake is van een wettelijke reserve, moet Holding BV namelijk een zogenaamde balanstest uitvoeren. Het eigen vermogen mag door de (voorgenomen) uitkering niet dalen onder het minimumniveau dat wordt bepaald door de omvang van de wettelijke en statutaire reserves;
- is geen sprake van een wettelijke reserve deelneming (en ook geen andere wettelijke en statutaire reserves) is er in principe (afgezien van de uitkeringstoets) geen maximum voor het uit te keren dividend door Holding BV.

Uitkering in strijd met aanwezige wettelijke reserve deelneming leidt tot nietigheid van de dividenduitkering

Uiteraard is deze discussie deels hypothetisch omdat niet veel rechtspersonen een zodanig dividend zullen uitkeren dat negatieve overige reserves ontstaan. Maar uitkering in strijd met een aanwezige wettelijke reserve deelneming leidt tot nietigheid van de dividenduitkering en daar zitten veel bestuurders niet op te wachten.

Met betrekking tot het voorbeeld ga ik verder uit van de volgende fictie. Deelneming BV moet – op grond van de financieringsovereenkomst met de bankier – een eigen vermogen van ten minste 60% van het balanstotaal aanhouden. Uitkering van dividend is daardoor (op dit moment) niet mogelijk (voor de casus ga ik er vanuit dat uitkering leidt tot beëindigen van de financieringsovereenkomst en daarmee tot mogelijke discontinuïteit). Uitkering is wel mogelijk als Holding BV bij de bankier een vorm van zekerheid verstrekt voor Deelneming BV. De vraag die zich dan voordoet is: Vormt deze optie – het verstrekken van een vorm van zekerheid – een beperking in de zin van art. 2:389 lid 6 BW? Anders geformuleerd: Holding BV heeft de mogelijkheid om dividend te laten uitkeren, maar moet zich hiervoor wel zekerheid verstrekken. Taalkundig is dan sprake van een beperking; maar is dit ook een beperking als bedoeld in het genoemde wetsartikel?

Wetsgeschiedenis wettelijke reserve deelneming

De bepaling in art. 2:389 van BW 2 kent de volgende wetsgeschiedenis. De bepaling is in de wet opgenomen bij implementatie van de Vierde EG-richtlijn: 'Aanpassing van de

wetgeving aan de vierde richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake het vennootschapsrecht' (Kamerstukken 16326). De tekst luidde als volgt (art. 2:389 lid 2 BW):

De rechtspersoon neemt op in een reserve of onttrekt daaraan een bedrag, gelijk aan de wijziging in de waarde van de deelneming op grond van het resultaat van en het dividend uit de deelneming. Aangegeven wordt, of en op welke wijze rekening wordt gehouden met de invloed van belastingen op toekomstig dividend.¹



Naar aanleiding van het wetsvoorstel: 'Bijzondere bepalingen voor de geconsolideerde jaarrekening' (Kamerstukken 19813), waarmee de Zevende EG-richtlijn (inzake de geconsolideerde jaarrekening) in Boek 2 BW werd geïmplementeerd is de tekst als volgt gewijzigd (art. 2:389 lid 4 BW):

De rechtspersoon moet een reserve aanhouden ter hoogte van zijn aandeel in de resultaten uit de deelnemingen sedert de eerste waardering overeenkomstig lid 2 of lid 3, verminderd met de uitkeringen waarop hij sedertdien tot het vaststellen van zijn jaarrekening recht heeft verkregen; uitkeringen waarvan hij zonder beperking ontvangst in Nederland kan bewerkstelligen, mogen eveneens in mindering worden gebracht. Deze reserve kan in kapitaal worden omgezet.²

De meest recente wijziging is inmiddels ruim 10 jaar oud en vloeide voort uit de 'Wijzigingswet Boek 2 Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van IAS-verordening, IAS 39-richtlijn en moderniseringsrichtlijn' (Kamerstukken 29737). De tekst in art. 2:389 lid 6 BW luidt sindsdien als volgt:

De rechtspersoon houdt een reserve aan ter hoogte van zijn aandeel in het positieve resultaat uit deelnemingen en in rechtstreekse vermogensvermeerderingen sedert de eerste waardering overeenkomstig lid 2 of lid 3. Deelnemingen waarvan het cumulatief resultaat sedert de eerste waardering niet positief is, worden daarbij niet in aanmerking genomen. De reserve wordt verminderd met de uitkeringen waarop de rechtspersoon sedertdien tot het moment van het vaststellen van de jaarrekening recht heeft verkregen, alsmede met rechtstreekse vermogensverminderingen bij de deelneming; uitkeringen die hij zonder beperkingen kan bewerkstelligen, worden eveneens in mindering gebracht.³

Chronologisch is hierbij de volgende ontwikkeling in de wettekst zichtbaar:

- bij de implementatie van de Vierde EG-Richtlijn moest voor niet-gerealiseerde resultaten van de deelneming in alle gevallen een wettelijke reserve worden gevormd;
- na implementatie van de Zevende EG-Richtlijn mochten (niet 'moesten') uitkeringen die de deelnemende rechtspersoon in Nederland kon bewerken op de wettelijke reserve in mindering worden gebracht;
- bij de wijziging van art. 2:389 BW in 2005 is de beperking 'in Nederland' vervallen. Tevens is tot uiting gebracht dat uitkeringen die de deelnemende rechtspersoon zonder beperkingen kan bewerkstelligen in mindering moeten worden gebracht.

Relevant is verder het volgende citaat uit de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de bedoeling van de wettelijke reserve deelneming. Het citaat is ontleend aan Memorie van Antwoord bij de implementatie van de Zevende EEG-Richtlijn in BW.⁴

Op advies van zowel de Raad voor de Jaarverslaggeving als de Commissie Vennootschapsrecht wordt de reserveringsplicht niet opgelegd ten aanzien van het [bedoeld zal zijn 'de', AD] resultaten voor zover de rechtspersoon onbeperkte ontvangst daarvan in Nederland kan bewerkstelligen. De rechtvaardiging van de reserveringsplicht is namelijk gelegen in het feit dat de resultaten van de maatschappij waarin de rechtspersoon deelneemt wel zijn behaald, maar dat de rechtspersoon die nog niet in zijn macht heeft. Voor zover de resultaten zijn behaald door een dochtermaatschappij waarin de rechtspersoon het uitkeringsbeleid kan bepalen en waaruit de rechtspersoon zijn aandeel vrijelijk kan ontvangen, ongehinderd door deviezenvoorschriften en dergelijke, heeft de rechtspersoon zijn aandeel in het resultaat wel binnen bereik.

Hierdoor vervalt de 'beperking' om dividend te kunnen uitkeren.

Wettelijke reserve op overnamemoment

Tussendoor besteed ik kort aandacht aan een in de praktijk regelmatig voorkomende vraag of bij het verwerven van een deelneming (bij waardering tegen netto-vermogenswaarde) rekening moet worden gehouden met op dat moment aanwezige niet-uitkeerbare wettelijke reserves bij de deelneming. In het cijfervoorbeeld gaat het dan om de 80 wettelijke reserve die bij Deelneming BV op de balans is opgenomen op het moment dat Holding BV de aandelen overneemt. Die 80 is als wettelijke reserve (uiteeraard) niet uitkeerbaar door Deelneming BV. Holding BV kan derhalve evenmin uitkering zonder beperkingen bewerkstelligen.

Hiervoor geldt dat het vormen van een wettelijke reserve bij Holding BV niet aan de orde is; ondanks het feit dat de rechtspersoon uitkering niet in haar macht heeft. De vorming van de wettelijke reserve deelneming is namelijk alleen verplicht voor het aandeel in het positieve resultaat uit deelnemingen (en in rechtstreekse vermogensvermeerderingen) vanaf het moment van eerste

waardering tegen netto-vermogenswaarde (art. 2:389 lid 6 BW). En dat is – in de geschetste casus – het overnamemoment.

Rechten ontstaan na balansdatum

Voorts is van belang dat de jaarrekening betrekking heeft op de situatie op balansdatum. Voor de deelnemende rechtspersoon zou de wettelijke reserve dus moeten worden verminderd met uitkeringen tot en met balansdatum. Art. 2:389 lid 6 BW staat echter toe dat deze termijn wordt verlengd tot het moment waarop de jaarrekening van de deelnemende rechtspersoon wordt vastgesteld. Dividendrechten die ontstaan na balansdatum mogen dus in mindering worden gebracht. Na analogie daarvan lijkt me dit ook toegestaan als de beperking die aanleiding gaf tot de wettelijke reserve na balansdatum, maar voor het vaststellen van de jaarrekening van de deelnemende rechtspersoon, wordt opgeheven.



'Beperking'

In de geschetste casus gaat het concreet om de vraag of Holding BV een wettelijke reserve moet vormen voor het resultaat deelneming van 120. Daarbij geldt de verhindering dat het eigen vermogen, op grond van de overeenkomst met de financier, ten minste 60% van het balanstotaal moet bedragen. Tenzij de moeder een vorm van zekerheid verstrekt. Cruciaal in dat geval is de volgende tekst in de parlementaire geschiedenis: 'De rechtvaardiging van de reserveringsplicht is namelijk gelegen in het feit dat de resultaten van de maatschappij waarin de rechtspersoon deelneemt wel zijn behaald, maar dat de rechtspersoon die nog niet in zijn macht heeft. Voor zover de resultaten zijn behaald door een dochtermaatschappij waarin de rechtspersoon het uitkeringsbeleid kan bepalen en waaruit de rechtspersoon zijn aandeel vrijelijk kan ontvangen [...] heeft de rechtspersoon zijn aandeel in het resultaat wel binnen bereik'. In de geschetste casus is het resultaat door Deelneming BV behaald, maar Holding BV heeft daarover niet de (uitkerings) macht. Ze kan die uitkeringsmacht wel verkrijgen en uitoefenen, maar daarvoor is vereist dat ze (als compensatie) een garantie verstrekt voor Deelneming BV. Cruciaal is de vraag of dit een beperking oplevert als bedoeld in art. 2:389 lid 6 BW. Ik ben geneigd om die vraag bevestigend te beantwoorden. Holding BV kan immers het dividend niet 'afdwingen'; het bestuur van Deelneming BV is namelijk op grond van art. 2:216 BW verplicht om goedkeuring aan het dividendbesluit te onthouden (omdat in de geschetste casus een dividenduitkering zou leiden tot mogelijke discontinuïteit). Dat Holding BV uiteindelijk wel de macht heeft door het afgeven van zekerheid is evident. Maar dat vormt wel een beperking. Uiteraard kan de casus ook van de andere kant worden gezien.

Stel dat Holding BV deze situatie inzielt voordat haar jaarrekening definitief wordt opgemaakt. In dat geval kan ze de bedoelde garantie op voorhand verstrekken. Hierdoor vervalt de 'beperking' om dividend te kunnen uitkeren. Dan is een wettelijke reserve deelneming niet langer aan de orde. Maar de keerzijde hiervan is dat Holding BV een garantie verstrekt (ten laste van haar eigen draagkracht) en deze in de enkelvoudige jaarrekening onder de niet in de balans opgenomen verplichtingen wordt toegelicht. In feite de 'tegenhanger' van de wettelijke reserve deelneming.

Ik ben dan ook van mening dat in de situatie waarbij de garantie niet wordt verstrekt het resultaat van de deelneming niet op de wettelijke reserve in mindering kan worden gebracht, zodat deze in stand moet blijven.

Voorzichtig beleid

Uiteraard is het voorbeeld gestileerd en is de praktijk in de meeste gevallen weerbarstiger. Dat roept in het kader van een wettelijke reserve deelneming de vraag op of het bestuur van de deelnemende rechtspersoon – die veelal zal worden geconfronteerd met een bepaalde mate van onzekerheid voor wat betreft de mogelijkheid van de deelneming om dividend uit te keren – een voorzichtig beleid mag voeren bij het al dan niet laten vrijvallen van de wettelijke reserve deelneming. Ik ben van mening dat daarvoor enige ruimte is, hoewel die niet groot is. De wettekst geeft namelijk aan dat het bestuur goedkeuring 'slechts' mag weigeren als de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen doorgaan met het betalen van de opeisbare schulden (art. 2:216 lid 2 BW). Essentieel is dan ook dat dit goed onderbouwd wordt gedocumenteerd in het vennootschapsdossier.

Tot slot

Ten slotte wijs ik nog op het volgende: Het al dan niet vormen van een wettelijke reserve deelneming blijkt soms een niet eenvoudige vraagstuk uit oogpunt van externe verslaggeving. Vanuit het perspectief van kapitaalbescherming is de relevantie minder groot. Een wettelijke reserve deelneming mag namelijk in kapitaal worden omgezet. Uitkering van kapitaal is bij een BV als deelnemende rechtspersoon mogelijk; daarvoor geldt alleen de uitkeringstest. Als daarom de balanstest een uitkering verhindert, terwijl die op grond van de uitkeringstest wel mogelijk is; biedt dit een alternatief, hoewel deze situatie zich niet vaak zal voordoen is mijn verwachting.

Noten

- 1 Staatsblad 1983, nr. 663
- 2 Staatsblad 1988, nr. 517
- 3 Staatsblad 2005, nr. 377
- 4 Tweede Kamer, 19813, nr. 5, blz. 9



Anton Dieleman RA is directeur vaktechniek bij Mazars Accountants in Rotterdam