

# Het nieuwe BV-recht: gevolgen voor de wettelijke reserve deelnemingen

Per 1 oktober 2012 hebben er ingrijpende veranderingen plaatsgevonden voor de besloten vennootschap (BV). Op die datum traden de 'Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' en de bijbehorende 'Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht' in werking. In dit artikel wordt nader ingegaan op de gevolgen van de nieuwe wetgeving voor de wettelijke reserve deelnemingen.

Sinds de flexibilisering van het BV-recht op 1 oktober 2012 vereisen dividenduitkeringen door BV's goedkeuring van het bestuur. Bestuurders moeten goedkeuring weigeren indien zij ten tijde van de uitkering weten of redelijkerwijs moeten begrijpen dat de BV na de voorgenomen uitkering haar opeisbare schulden niet kan blijven betalen. De beoordeling of dit het geval is wordt de uitkeringstest<sup>1</sup> genoemd.

Niet uitgekeerde resultaten van deelnemingen kunnen leiden tot een wettelijke reserve. Er moet namelijk een wettelijke reserve worden aangehouden voor het nog niet (als dividend of anderszins) ontvangen aandeel in het resultaat (en andere vermogensvermeerderingen) van deelnemingen die zijn gewaardeerd volgens de vermogensmutatiemethode, voor zover de deelnemende vennootschap niet in staat is om

## **Voorbeeld: Wettelijke reserve deelnemingen (1)**

*Holding M heeft een deelneming in D BV en waardeert die sinds de aankoop op nettovermogenswaarde (op basis van artikel 2:389 lid 1 BW). Sinds dat tijdstip heeft M cumulatief een bedrag van 1 miljoen als aandeel in het resultaat van D verantwoord en heeft zij een bedrag van 400.000 als dividend ontvangen. M heeft geen andere mutaties in de nettovermogenswaarde van D verwerkt. Als M geen uitkeringen zonder beperkingen kan bewerkstelligen, moet zij een wettelijke reserve aanhouden van 600.000 (= 1.000.000 – 400.000). Als M uitkering van 600.000 zonder beperkingen kan bewerkstelligen, behoeft zij geen wettelijke reserve voor haar deelneming in D aan te houden. Als M slechts uitkering van bijvoorbeeld een bedrag van 100.000 zonder beperkingen kan bewerkstelligen, dan moet zij een wettelijke reserve aanhouden van 500.000 (= 1.000.000 – 400.000 – 100.000).*

uitkeringen zonder beperkingen te bewerkstelligen (artikel 2:389 lid 6 BW).

## **Wettelijke reserve deelnemingen voor minderheidsaandeelhouder**

Een aandeelhouder die niet voldoende stemrechten heeft in de aandeelhoudersvergadering, heeft de medewerking van andere aandeelhouders nodig om uitkeringen te bewerkstelligen. Een rechtspersoon die minderheidsaandeelhouder is, kan dus normaliter niet uitkeringen zonder beperkingen bewerkstelligen. Hij moet een wettelijke reserve aanhouden voor het volledige bedrag van zijn aandeel in het positieve resultaat en in rechtstreekse vermogensvermeerderingen sedert de eerste waardering, verminderd met sindsdien ontvangen uitkeringen en rechtstreekse vermogensverminderingen (artikel 2:389 lid 6 BW). Dit was al zo tot 1 oktober 2012 en is niet gewijzigd. Deze wettelijke reserve wordt ook wel aangeduid als de 'reserve deelnemingen'.

## **Wijzigingen in Richtlijnen voor de jaarverslaggeving vanaf 1 oktober 2012**

De Richtlijnen voor de jaarverslaggeving zijn als gevolg van de wijzigingen in de wettelijke bepalingen aangepast. Omdat bestuurders goedkeuring van een uitkering zullen (moeten) weigeren indien een BV door uitkering insolvent wordt, staat in beginsel vast dat er een zekere grens is aan het bedrag dat kan worden uitgekeerd. In voorgaande artikelen in Update is uiteengezet dat die grens ligt bij het grensbedrag waarboven ernstige onzekerheid over de continuïteit ontstaat (zie Update nummer 3, september 2012 en Update nummer 2, juni 2011).

In RJ 240.229a en in RJK B.113a is thans aangegeven dat een beperking om uitkeringen te bewerkstelligen kan bestaan 'indien en voor zover de deelneming geen uitkeringen mag doen die tot gevolg hebben dat zij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden'. Daarbij is nader toegelicht dat er in ieder geval geen sprake is van een beperking voor

<sup>1</sup> Behalve een uitkeringstest moet tevens een balanstest worden uitgevoerd. De balanstest houdt in dat een uitkering er niet toe mag leiden dat het eigen vermogen kleiner wordt dan de wettelijke en statutaire reserves. Wettelijk is namelijk bepaald dat de algemene vergadering slechts bevoegd is tot bestemming van de winst, voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden (artikel 2:216 lid 1 BW). Als er geen wettelijke of statutaire reserves zijn, dan hoeft geen balanstest uitgevoerd te worden. Dan kan een uitkering er zelfs toe leiden dat het eigen vermogen negatief wordt, mits de continuïteit door de uitkering niet in gevaar komt.

zover na het doen van een uitkering de continuïteit van de deelneming gewaarborgd is. Een beperking bestaat in ieder geval wel indien en voor zover door uitkering discontinuïteit onontkoombaar is of ernstige onzekerheid over de continuïteit ontstaat’.

#### **Voorbeeld: Wettelijke reserve deelnemingen (2)**

*Holding M heeft een deelneming in D BV en waardeert die sinds de aankoop op nettovermogenswaarde (op basis van artikel 2:389 lid 1 BW). Sinds dat tijdstip heeft M cumulatief een bedrag van 1 miljoen als aandeel in het resultaat van D verantwoord en heeft zij een bedrag van 400.000 als dividend ontvangen. M heeft geen andere mutaties in de nettovermogenswaarde van D verwerkt. Gegeven is dat D aan M slechts een uitkering kan doen, zonder dat ernstige onzekerheid over de continuïteit ontstaat, van 250.000. M moet een wettelijke reserve aanhouden van 350.000 (= 1.000.000 – 400.000 – 250.000), op voorwaarde dat M uitkering van die 250.000 wel zonder beperkingen kan bewerkstelligen.*

#### **Voortaan ook wettelijke reserve deelnemingen voor meerderheidsaandeelhouder?**

##### **Situatie tot 1 oktober 2012**

Tot 1 oktober 2012 werd bij het bepalen van de omvang van de wettelijke reserve deelnemingen vaak aangenomen dat een meerderheidsaandeelhouder over het algemeen uitkering van het gehele vrije vermogen kan bewerkstelligen. Op deze aanname bestonden uitzonderingen in specifieke situaties. Die uitzonderingen bestaan nog steeds. Zij hebben bijvoorbeeld betrekking op contractuele afspraken, wettelijke reserves die door de deelneming moeten worden aangehouden of valutarestricties.

#### **Voorbeeld: Wettelijke reserve deelnemingen (3)**

*Holding M heeft een 100%-deelneming in D BV en waardeert die sinds de aankoop op nettovermogenswaarde (op basis van artikel 2:389 lid 1 BW). Sinds dat tijdstip heeft M cumulatief een bedrag van 1 miljoen als aandeel in het resultaat van D verantwoord en heeft zij een bedrag van 400.000 als dividend ontvangen. M heeft geen andere mutaties in de nettovermogenswaarde van D verwerkt. M en D hebben een non-dividendverklaring verstrekt aan de bankier die inhoudt dat geen dividenduitkeringen zullen worden gedaan indien en voor zover het eigen vermogen van D minder dan 30% van het balanstotaal zal bedragen. Vanwege die contractuele afspraken kan D niet meer dan 200.000 dividend uitkeren. M kan uitkering van die 200.000 zonder beperkingen bewerkstelligen. Zij moet een wettelijke reserve aanhouden van 400.000 (= 1.000.000 – 400.000 – 200.000).*

##### **Situatie vanaf 1 oktober 2012**

Vanaf 1 oktober 2012 moet de meerderheidsaandeelhouder in een BV in bepaalde andere situaties ook een wettelijke reserve deelnemingen aanhouden. Namelijk indien het bestuur niet de vereiste goedkeuring aan een uitkering mag geven. Als het bestuur daarentegen verplicht is om wel goedkeuring te geven aan een voorstel of besluit tot uitkering van de meerderheidsaandeelhouder, is geen sprake van een beperking. De meerderheidsaandeelhouder kan dan uitkeringen zonder beperkingen bewerkstelligen.

#### **Voorbeeld: Wettelijke reserve deelnemingen (4)**

*Holding M heeft een 100%-deelneming in D BV en waardeert die sinds de aankoop op nettovermogenswaarde (op basis van artikel 2:389 lid 1 BW). Sinds dat tijdstip heeft M cumulatief een bedrag van 1 miljoen als aandeel in het resultaat van D verantwoord en heeft zij een bedrag van*

*400.000 als dividend ontvangen. M heeft geen andere mutaties in de nettovermogenswaarde van D verwerkt. D kan zonder probleem een uitkering doen van 600.000 zonder de continuïteit in gevaar te brengen. Dit houdt in dat M uitkering van 600.000 zonder beperkingen kan bewerkstelligen. M hoeft dus geen wettelijke reserve deelnemingen aan te houden.*

Indien de meerderheidsaandeelhouder eventuele insolventie van de deelneming kan voorkomen en ook bereid is dat te doen, kan de goedkeuring door het bestuur feitelijk worden afgedwongen en kunnen uitkeringen zonder beperkingen worden bewerkstelligd. Daarnaast kan naar onze mening gesteld worden dat uitkeringen die niet leiden tot uitstroom van liquiditeiten, niet leiden tot discontinuïteit of ernstige onzekerheid over de continuïteit. Feitelijk betekent dit dat geen wettelijke reserve aangehouden hoeft te worden als de meerderheidsaandeelhouder bereid en in staat is om de deelneming te (blijven) financieren.

#### **Voorbeeld: Wettelijke reserve deelnemingen (5)**

*Holding M heeft een 100%-deelneming in D BV en waardeert die sinds de aankoop op nettovermogenswaarde (op basis van artikel 2:389 lid 1 BW). Sinds dat tijdstip heeft M cumulatief een bedrag van 1 miljoen als aandeel in het resultaat van D verantwoord en heeft zij een bedrag van 400.000 als dividend ontvangen. M heeft geen andere mutaties in de nettovermogenswaarde van D verwerkt. De resultaten staan sinds kort onder druk en de vooruitzichten zijn voor de komende jaren niet positief. Uitkeringen door D kunnen de continuïteit van D in gevaar brengen. M is echter bereid en in staat om te (blijven) voorzien in de financiering van D en (daardoor) de continuïteit van D te waarborgen. Dit houdt in dat M uitkering van 600.000 zonder beperkingen kan bewerkstelligen. M houdt dus geen wettelijke reserve aan.*

#### **Voorbeeld: Wettelijke reserve deelnemingen (6)**

*Holding M heeft een 100%-deelneming in D BV en waardeert die sinds de aankoop op nettovermogenswaarde (op basis van artikel 2:389 lid 1 BW). Sinds dat tijdstip heeft M cumulatief een bedrag van 1 miljoen als aandeel in het resultaat van D verantwoord en heeft zij een bedrag van 400.000 als dividend ontvangen. M heeft geen andere mutaties in de nettovermogenswaarde van D verwerkt. D heeft in het verleden activa (een bedrijfspand) verkocht aan M waarbij de koopsom is schuldig gebleven. Hierdoor heeft D een vordering op M van 700.000. Als M besluit tot een dividenduitkering van 600.000 die verrekend zal worden met de vordering en een dergelijke verrekening de continuïteit van D niet in gevaar zal brengen, kan M uitkering van 600.000 zonder beperkingen bewerkstelligen. M houdt dus geen wettelijke reserve aan.*

Als voornoemde omstandigheden niet aanwezig zijn, kan er wel sprake zijn van een beperking om uitkering te bewerkstelligen. Bijvoorbeeld doordat de meerderheidsaandeelhouder er slecht voor staat en feitelijk geen mogelijkheden heeft om steun te verlenen aan de deelneming. In dat geval moet worden bezien

of uitkering van een bedrag ter hoogte van het nog niet (als dividend of anderszins) ontvangen aandeel in het resultaat (en andere vermogensvermeerderingen) van de deelnemingen zal leiden tot ernstige onzekerheid over de continuïteit. Als uitkering van dit bedrag mogelijk is zonder de continuïteit in gevaar te brengen, wordt geen wettelijke reserve deelnemingen aangehouden (zie voorbeeld 4). Als niet een bedrag van 600.000 kan worden uitgekeerd, moet een wettelijke reserve worden aangehouden ter hoogte van het verschil tussen 600.000 en het grensbedrag waarboven ernstige onzekerheid over de continuïteit ontstaat.

#### **Voorbeeld: Wettelijke reserve deelnemingen (7)**

*Holding M heeft een 100%-deelneming in D BV en waardeert die sinds de aankoop op nettovermogenswaarde (op basis van artikel 2:389 lid 1 BW). Sinds dat tijdstip heeft M cumulatief een bedrag van 1 miljoen als aandeel in het resultaat van D verantwoord en heeft zij een bedrag van 400.000 als dividend ontvangen. M heeft geen andere mutaties in de nettovermogenswaarde van D verwerkt. M is niet bereid of in staat om te voorzien in de financiering van D. D moet dus zelfstandig voorzien in haar financiering. Het bestuur van D is van mening dat maximaal een bedrag van 250.000 kan worden uitgekeerd zonder de continuïteit in gevaar te brengen. Dit houdt in dat M uitkering van 250.000 zonder beperkingen kan bewerkstelligen. M houdt een wettelijke reserve aan van 350.000 (= 1.000.000 – 400.000 – 250.000).*

Dit voorbeeld roept de vraag op of een aandeelhouder wel beschikt over de informatie om het grensbedrag dat maximaal kan worden uitgekeerd te bepalen. Normaliter zal dat in groepsverhoudingen het geval zijn: net zoals de moedermaatschappij informatie kan verkrijgen om de nettovermogenswaarde van een dochtermaatschappij te bepalen, zal zij normaliter ook de informatie kunnen verkrijgen die nodig is om te kunnen bepalen tot welk bedrag de dochtermaatschappij beperkt is in uitkeringen. De moedermaatschappij zal die informatie zonder meer kunnen opvragen bij het bestuur van de dochtermaatschappij. De bepaling van dat grensbedrag zal niet altijd eenvoudig zijn. Dat is echter inherent aan het issue. Veelal zal namelijk niet een exact grensbedrag kunnen worden bepaald, maar ten beste een bepaalde bandbreedte. Dan is de vraag welk bedrag binnen die bandbreedte in aanmerking moet worden genomen bij de bepaling van de hoogte van de wettelijke reserve. Naar onze mening moet een zo goed mogelijke schatting worden gemaakt op basis van de specifieke omstandigheden. Vanuit de verantwoordelijkheid van het bestuur van de moedermaatschappij is enige voorzichtigheid daarbij op zijn plaats.

#### **Voorbeeld: Wettelijke reserve deelnemingen (8)**

*Holding M heeft een 100%-deelneming in D BV en waardeert die sinds de aankoop op nettovermogenswaarde (op basis van artikel 2:389 lid 1 BW). Sinds dat tijdstip heeft M cumulatief een bedrag van 1 miljoen als aandeel in het resultaat van D verantwoord en heeft zij een bedrag van 400.000 als dividend ontvangen. M heeft geen andere mutaties in de nettovermogenswaarde van D verwerkt. M is niet bereid of in staat om te voorzien in de financiering van D. D moet dus zelfstandig voorzien in haar financiering. Het bestuur van D is op basis van een liquiditeitsprognose van*

*mening dat zonder meer een bedrag van 100.000 kan worden uitgekeerd zonder de continuïteit in gevaar te brengen. Uitkering van 150.000 zou vrijwel zeker wel leiden tot ernstige onzekerheid over de continuïteit. Dit houdt in dat M uitkering van ten minste 100.000, maar maximaal 150.000 zonder beperkingen kan bewerkstelligen. Op basis van een prudente inschatting van de onzekerheden in de liquiditeitsprognose schat M dat uitkeringen tot 120.000 naar verwachting niet zullen leiden tot ernstige onzekerheid over de continuïteit van D. M houdt een wettelijke reserve aan van 480.000 (= 1.000.000 – 400.000 – 120.000).*

Om te bepalen of een uitkering door de meerderheidsaandeelhouder zonder beperkingen is te bewerkstelligen, moet de moedermaatschappij dus een test uitvoeren die feitelijk gelijk is aan de uitkeringstest die het bestuur van de deelneming moet uitvoeren om een uitkering al dan niet goed te keuren. Hiertoe zal veelal een liquiditeitsprognose opgesteld moeten worden. Voor de uitkeringstest is immers niet de hoogte van het eigen vermogen relevant, maar is alleen relevant of door uitkering de continuïteit van de deelneming in gevaar wordt gebracht. Daarbij hoeft naar onze mening geen rekening gehouden te worden met een bijzondere gebeurtenis waarvan weliswaar een kans bestaat dat die zal optreden, maar waarvan die kans zodanig klein is dat dit in redelijkheid niet waarschijnlijk is. Het enkel aanvaarden van een zeer geringe kans dat een vennootschap na een uitkering niet langer kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden is namelijk vermoedelijk geen grond om niet uit te keren.

#### **Voorbeeld: Wettelijke reserve deelnemingen (9)**

*Holding M heeft een 100%-deelneming in D BV en waardeert die sinds de aankoop op nettovermogenswaarde (op basis van artikel 2:389 lid 1 BW). Sinds dat tijdstip heeft M cumulatief een bedrag van 1 miljoen als aandeel in het resultaat van D verantwoord en heeft zij een bedrag van 400.000 als dividend ontvangen. M heeft geen andere mutaties in de nettovermogenswaarde van D verwerkt. D moet zelfstandig voorzien in haar financiering. D betreft de pensioen-BV van de DGA. Er hoeft naar onze mening in beginsel geen rekening gehouden te worden met een eventuele kans op vooroverlijden, dat wil zeggen het risico dat bij overlijden van de DGA voor de pensioenleeftijd het nabestaandenpensioen onmiddellijk ingaat en tevens een belangrijke dotatie aan de voorziening gedaan moet worden. Door een vooroverlijden kan weliswaar ernstige onzekerheid over de continuïteit ontstaan, maar als de kans op vooroverlijden gering is hoeft daar geen rekening mee gehouden te worden. Er is dan geen reden om niet uit te keren en dus ook niet om een wettelijke reserve aan te houden. Uiteraard kan dit anders zijn als wel een reële kans op vooroverlijden bestaat, bijvoorbeeld bij een terminale ziekte. M houdt geen wettelijke reserve aan.*

Bij een pensioen-BV die de pensioenvoorziening waardeert volgens fiscale grondslagen speelt overigens nog een ander probleem. In de huidige tijd van lage rentestand zal de pensioenvoorziening volgens commerciële grondslagen (veel) hoger liggen

dan volgens fiscale grondslagen. Als daarmee geen rekening wordt gehouden bij het dividendbeleid, is er geen buffer om in de verdere toekomst onderrendementen op te vangen. Zolang de marktrente niet stijgt zal de vennootschap ook niet in staat zijn om het toegezegde pensioen op ingangsdatum extern te verzekeren. Daarvoor is eerst een herstel van de marktrente boven het niveau van de fiscale rekenrente van 4% nodig. Bij te hoge dividenduitkeringen zodanig dat de pensioenvoorziening ook niet meer geheel of gedeeltelijk in geld aanwezig is, wordt daarnaast een belangrijk risico gelopen dat de fiscus stelt dat sprake is van afkoop van pensioen. Dit raakt dan echter de privésituatie van de DGA en niet de vennootschap zelf. Wel zal de directeur-aandeelhouder hiermee uiteraard rekening houden bij zijn dividendbeleid. Het is daarom aan te bevelen dat bij elke vaststelling van dividend de DGA intern zijn/haar overwegingen goed vastlegt. Een eventuele dividenduitkering in de opbouwfase hoeft dus zeker niet direct of op korte of middellange termijn tot een continuïteitsprobleem te leiden voor de vennootschap. Dit zal van geval tot geval op basis van de specifieke feiten en omstandigheden moeten worden bezien.

Volledigheidshalve verwijzen wij nog naar Update nummer 2, juni 2011, waarin meerdere voorbeelden zijn opgenomen die illustreren hoe een uitkeringstest wordt uitgevoerd.

#### **Relevantie (omvang) wettelijke reserve**

Het al dan niet aanhouden van een wettelijke reserve deelnemingen en de omvang daarvan is relevant voor de balansrest die de moedermaatschappij moet uitvoeren bij haar eigen (voorgenomen) uitkeringen. Daarmee kan (de omvang van) de wettelijke reserve bepalend zijn voor het bedrag dat maximaal kan worden uitgekeerd. Dat zal echter niet in alle situaties het geval zijn. Het kan bijvoorbeeld zijn dat het bedrag dat maximaal kan worden uitgekeerd, wordt bepaald door de eveneens uit te voeren uitkeringstest. In specifieke gevallen kan het voor het bedrag dat maximaal kan worden uitgekeerd dus minder relevant zijn of (dan wel voor welk bedrag) een wettelijke reserve deelnemingen wordt aangehouden.

#### **Voorbeeld: Relevantie wettelijke reserve deelnemingen**

*Holding M BV heeft een 100%-deelneming in D BV en waardeert die sinds de aankoop op nettovermogenswaarde (op basis van artikel 2:389 lid 1 BW). Gegeven is dat M in verband met haar belang in D een wettelijke reserve deelnemingen moet aanhouden van 200.000. Voor het overige bestaat het eigen vermogen van M uit aandelenkapitaal (18.000) en een algemene reserve (782.000). Het totale eigen vermogen van M bedraagt dus 1 miljoen. Uit de balansrest volgt dat M maximaal een bedrag kan uitkeren van 800.000 (= 1.000.000 – 200.000). Stel dat M maximaal een bedrag van 250.000 kan uitkeren zonder de continuïteit in gevaar te brengen. Voor het maximaal uitkeerbare bedrag is het in deze situatie niet relevant of M een wettelijke reserve aanhoudt van nihil of een wettelijke reserve van 750.000. Pas als een wettelijke reserve aangehouden moet worden die groter is dan 750.000, is de wettelijke reserve bepalend voor het maximaal uitkeerbare bedrag.*

**Corné Kimenai RA**