

Wettelijke reserve financiële steunverlening na flex-bv

Met het invoeren van de flex-bv-regelgeving verviel de verplichting voor bv's om, wanneer zij een lening verstrekken om een eigen overname te financieren, een wettelijke reserve te vormen. Maar wat als die bepaling nog in de statuten van de bv staat.

» [Download dit artikel in pdf](#)

De verplichting om een wettelijke reserve financiële steunverlening te vormen is sinds 1 oktober 2012 vervallen omdat met de invoering van de flex-bv-regelgeving het volledige artikel 2:207c BW uit de wet is verwijderd.

In veel statuten van bv's is (nog steeds) de tekst van het genoemde wetsartikel overgenomen. De vraag rijst dan welke consequentie die statutaire bepaling heeft, nu er geen vergelijkbare wettekst meer is. Het zou kunnen betekenen dat de wettelijke reserve sinds 1 oktober 2012 kwalificeert als statutaire reserve. Dan geldt voor zo'n bv dat voor het doen van een uitkering aan haar aandeelhouders, naast een uitkeringstest, ook een balanstest is vereist. Een balanstest is namelijk vereist als er sprake is van wettelijke en/of statutaire reserves en beperkt de uitkeringsmogelijkheden, omdat het eigen vermogen door de uitkering niet lager mag worden dan de omvang van de wettelijke en statutaire reserves.

Uitspraak Accountantskamer

De Accountantskamer deed onlangs een interessante uitspraak (26 augustus 2013, LJN YH0405, r.o. 4.8 en 4.9) tegen een accountant die bij een samenstellingsopdracht van de jaarrekening had verzuimd een wettelijke reserve financiële steunverlening te vormen.

De casus is - kort samengevat - als volgt: Bv X verstrekt in 2004 een lening die dient ter financiering van de eigen overname. Hiervoor diende destijds op grond van artikel 2:207c BW een wettelijke reserve te worden gevormd. Dit is ten onrechte niet gebeurd en de accountant die bij de jaarrekening 2004 een beoordelingsverklaring verstrekke, heeft dit niet onderkend.

De opvolger van deze accountant (betrokken bij het samenstellen van de jaarrekening met ingang van 2005) wordt onder meer aangeklaagd voor het niet opnemen van de wettelijke reserve in de door hem samengestelde jaarrekening. Omdat hij dit voor het eerst in de jaarrekening 2005 achterwege heeft gelaten, wordt een door de advocaat aangevoerd beroep op verjaring door de Accountantskamer gehonoreerd. Dat in de jaren 2006 en daarna (die binnen de verjaringstermijn vielen) opnieuw sprake was van een onjuiste jaarrekening, omdat de wettelijke reserve financiële steunverlening nog steeds ontbrak, is geen reden voor tuchtrechtelijke verwijtbaarheid.

De Accountantskamer motiveert dit als volgt:

'Gelet op de omstandigheid dat de opdracht van betrokkene er een was tot het samenstellen van financiële overzichten als bedoeld in NVCOS 4410, treft dit verweer [bedoeld is het beroep op de verjaringstermijn, AD] naar het oordeel van de Accountantskamer doel en levert het door betrokkene achterwege laten van die afweging aangaande de lening aan B in de jaarrekeningen 2006 tot en met 2010 van X geen tuchtrechtelijk vergrijp op.'

en

'Hierbij overweegt de Accountantskamer nog dat overigens van de zijde van betrokkene terecht is aangevoerd dat (de leiding van) X zich feitelijk wel heeft gedragen als ware sprake van een gebonden reserve, door de winst ieder jaar aan de winstreserve toe te voegen en geen uitkeringen te doen, zodat de winstreserve ultimo 2010 bijna gelijk was aan het bedrag van de vanaf 2014 af te lossen lening.'

Bij de uitspraak kunnen de volgende opmerkingen worden gemaakt:

1. Uit de motivering van de uitspraak blijkt niet in hoeverre meegewogen is dat het vormen van de wettelijke reserve voor de eerste keer achterwege is gelaten in de jaarrekening 2004 (die bovendien

voorzien was van een beoordelingsverklaring), waarbij de aangeklaagde accountant nog niet betrokken was.

2. Het feit dat betrokken accountant niet jaarlijks opnieuw een afweging maakte over het al dan niet vormen van een wettelijke reserve lijkt uitsluitend door de Accountantskamer te worden geaccepteerd omdat sprake was van een samenstellingsopdracht. Vermoedelijk was het oordeel voor betrokkene bij een controleopdracht minder positief uitgevallen.
3. De overweging 'ten overvloede' dat er voldoende vrije reserves waren, lijkt weinig relevant, omdat dit waarschijnlijk meer een toevalligheid is dan een bewuste keus van de directie om - in het kader van kapitaalbescherming zoals bedoeld in artikel 2:207c BW (zoals dat destijds gold) - een vrije reserve voor dezelfde omvang aan te houden.

Nu statutaire reserve?

Het voorgaande leidt tot de vraag: Moet een bv waar de statuten de verplichting bevatten om een niet-uitkeerbare reserve financiële steunverlening te vormen in de jaarrekening een dergelijke reserve nog steeds vormen? Of is deze verplichting vervallen door de wetwijziging? Het daarvoor geldende overgangsrecht bepaalt dat een statutaire bepaling die verwijst naar een inmiddels verdwenen wettelijke bepaling wordt geacht de (letterlijke) wettekst te bedoelen, tenzij dat niet in overeenstemming is met de strekking van de statutaire bepaling (artikel 71 Overgangswet NBW).

Veelal wordt dit als volgt uitgelegd: als de statutaire bepalingen de destijds geldende wettekst exact herhaalt, dan wel precies de bedoeling van de wettekst weergeeft, is de statutaire bepaling overruled door de nieuwe wettekst. In die situatie zou de niet-uitkeerbare reserve financiële steunverlening ook zijn vervallen. In veel gevallen wijken de statutaire bepalingen echter af van de letterlijke wettekst, waarbij achteraf vaak moeilijk te achterhalen is of dit een bewuste keus was, dan wel valt onder de redactionele vrijheid die de notaris destijds hanteerde. In die situatie kan het riskant zijn om de 'wettelijke' reserve financiële steunverlening te laten vrijvallen, omdat achteraf kan blijken dat inmiddels sprake is van een statutaire reserve.

Uitkeringen uit de bv in strijd met statutaire reserves leveren immers een nietige rechtshandeling op (voor zover het eigen vermogen daalt beneden het niveau van de wettelijke en/of statutaire reserves). En daarop zit een bestuurder van een bv zeker niet te wachten.

De enige mogelijkheid om dat te voorkomen is het aanpassen van de statuten van de bv en de bepaling om een niet-uitkeerbare reserve financiële steunverlening te vormen te verwijderen. Dat advies geldt niet alleen dit onderdeel van de statuten, maar evenzeer andere onderdelen die sinds 1 oktober 2012 om herziening vragen.

Anton Dieleman is voorzitter van het Adviescollege Beroepsreglementering van de NBA en directeur vaktechniek bij Mazars.

GERELATEERD



OPINIE | 02 augustus 2019

Uitkeringstoets BV: de ex is de klos

Sinds 2012 is voor uitkering uit een BV niet meer bepalend of er voldoende vrije reserves zijn, maar moet het bestuur een uitkeringstoets uitvoeren om te oordelen... →



VERSLAGGEVING | 10 februari 2017

Let op gewijzigde termen jaarverslaggeving

Bepaalde wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek en de Flex-regelgeving hebben belangrijke gevolgen voor de planning van de werkzaamheden van de accountant. Het is... →



OPINIE | 11 januari 2017

Uitspraak CBb slaat gat in kapitaalbescherming

Een opvallende uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven biedt ruimte om binnen een groep van een reserve herwaarding deelneming af te komen.... →

ONDERNEMINGSRECHT | 04 november 2015

Maak van uitstel dividend geen afstel

Zeker in de opbouwfase van een onderneming zijn aandeelhouders meer dan eens bereid toegekend dividend niet direct op te nemen. Dat voorkomt dat dividendbetalingen... →

MAGAZINE | 01 november 2014

Certificering blijft springlevend

Toen flexibele aandelen hun intrede maakten - met de flex-bv-wetgeving in oktober 2012 - werd gevreesd dat daarmee het instrument certificering ten onder zou gaan.... →
