

Onzakelijke transacties binnen groep vereisen altijd uitkeringstoets

Per 1 oktober 2012 treedt het nieuwe bv-recht met de flex-bv in werking. De kapitaalbescherming verdwijnt grotendeels en wordt vervangen door een uitkeringstoets of de uitkering geoorloofd is. Dat geldt voor alle uitkeringen, ook die binnen een groep. Het bestuur van de groepsmaatschappij moet de toets uitvoeren en de holding kan zonder positieve uitkomst geen uitkering afdwingen.

Op het oog zou de uitkeringstoets kunnen worden omzeild door met de betrokken groepsmaatschappij een transactie tegen onzakelijke voorwaarden uit te voeren. Aldus worden middelen onttrokken zonder dat is getoetst of dit verantwoord is. Maar we kennen in Nederland het entiteitsbeginsel (de 'institutionele opvatting'): artikel 2:9 BW verlangt van het bestuur dat dit de belangen van de vennootschap nastreeft. Het nieuwe artikel 2:239(4) BW bepaalt dat aanwijzingen van een ander orgaan (zoals de aandeelhoudersvergadering) niet hoeven te worden opgevolgd als die in strijd zijn met het belang van de vennootschap.

Voor de toets of het bestuur zijn taak behoorlijk vervult, hanteert de rechter (Ondernemingskamer, gedekt door de Hoge Raad, zie arrest Taxi Centrale Amsterdam) de Code corporate governance, ook al is die geschreven voor beursgenoteerde en niet voor private ondernemingen. Deze code verlangt dat transacties met bestuurders, commissarissen en aandeelhouders op zakelijke basis geschieden, dus marktconform. Er zou dus helemaal geen ruimte zijn voor onzakelijke transacties.

De jurisprudentie is minder streng; enkele jaren geleden oordeelde de rechter over een transactie met (de bv van) de directeur-groootaandeelhouder, dat het onzakelijke karakter van de transactie kon worden gerechtvaardigd, en wel in de jaarrekening. Bij dat laatste speelde wellicht een rol dat sprake was van minderheidsaandeelhouders voor wie de jaarrekening het belangrijkste instrument is. Die rechtvaardiging is de kern van het navolgende. We zien in de praktijk twee vormen van onzakelijke transacties binnen een groep: a. een beoogde vermogensoverdracht, b. vermijden van administratieve besognes.

Ad a. Als die beoogde vermogensoverdracht ook met andere legale middelen is te verwezenlijken (zoals dividend of vrijwillige storting van agio), zal daar weinig tegen in te brengen zijn. Tot 1 oktober 2012 is er slechts in uitzonderingsgevallen (Nimox) met succes iets tegen in gebracht. Daarna geldt voor uitkeringen de uitkeringstoets die, zoals gezegd, door onzakelijke transacties zou kunnen worden omzeild. Maar uit de jurisprudentie kennen we de eis van de rechtvaardiging en hoe zou die in zo'n geval anders tot stand kunnen komen dan door ook hier een toets uit te voeren of het onzakelijke deel van de transactie als uitkering geoorloofd zou zijn geweest?

Ad b. Winsten en verliezen op transacties met activa binnen een groep zijn een bron van ergernis en administratieve besognes. De gedetailleerde voorschriften in RJ 330 die zijn geïnspireerd door de vooral Angelsaksische IFRS, gebaseerd op het principaalbeginsel: de rechtspersoon als verlengstuk van de aandeelhouder, voor wie niets wijzigt bij een transactie binnen de groep. Maar Nederland kent het entiteitsbeginsel, waarbij elke rechtspersoon op zichzelf wordt beschouwd (al zien we soms uitzonderingen, zoals bij Van Gils, waarbij de rechter oordeelde dat de holding voor een corporate governance-structuur binnen de groep had moeten zorgen).

Ondernemingen vermijden administratieve besognes door transacties met activa binnen een groep uit te voeren tegen boekwaarde, aldus winsten of verliezen vermijdend.

Maar een transactie binnen een groep tegen boekwaarde is meestal niet tegen marktwaarde, omdat goodwill (of badwill) en een stille reserve worden verwaarloosd. Dus is rechtvaardiging van die afwijking noodzakelijk. Het vermijden van administratieve besognes zal onvoldoende kwalificeren als rechtvaardiging, want er is hoe dan ook sprake van vermogensoverdracht (in feite in de vorm van een uitkering). En die zou noodzaken tot een uitkeringstoets, net als in het voorgaande geval.

Om dit te vermijden is het zinvol om de rechtvaardiging van transacties binnen een groep tegen boekwaarde, op te nemen in een paragraaf in de waarderingsgrondslagen. Die zou kunnen luiden:

"Zolang de continuïteit van afzonderlijke groepsmaatschappijen niet in gevaar wordt gebracht door de vermogensoverdracht die ook op andere, legale wijze tot stand kan komen, geschieden transacties met activa tussen groepsmaatschappijen tegen boekwaarde, dus zonder verrekening van goodwill/badwill of stille reserves."

Deel dit artikel



Jan Achten is BDO- en NBA-pensionaris.

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 termijnen 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 herwaardering 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-by-wetgeving in oktober 2012 - werd gevreesd dat daarmee het instrument certificering ten onder zou gaan.... →
