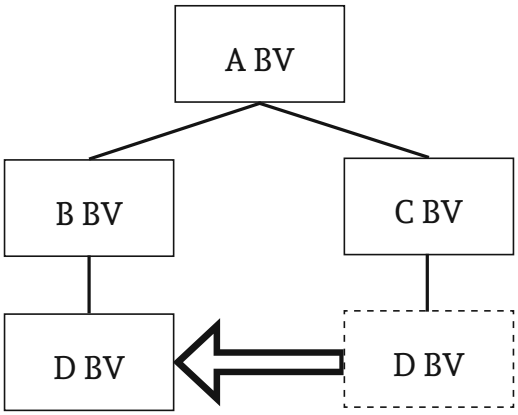
# Wettelijke reserve bij overname deelneming in groepsverband

*A. Dieleman RA*[1]

**Recent deed het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) een interessante uitspraak in een door een accountant aangespannen beroep naar aanleiding van een eerder opgelegde berisping, als maatregel door de Accountantskamer.[2] De inhoudelijke kant van de casus betreft de vraag of een rechtspersoon die een deelneming (met daarin een wettelijke (herwaarderings)reserve) verwerft, verplicht is om naar aanleiding daarvan ook een wettelijke reserve te vormen in haar enkelvoudige jaarrekening.**

## 1. Casus

De casus is – ik beperk me tot het voor dit artikel relevante onderdeel van de uitspraak – als volgt. D BV is een vennootschap met (uitsluitend) het eigendom van een perceel grond. In de jaarrekening 2008 van D BV is dat perceel grond tegen actuele waarde gewaardeerd. Dit leidt tot een herwaarderingsreserve van circa € 1,8 miljoen en een eigen vermogen van bijna dezelfde omvang.
Begin 2008 worden de aandelen van D BV (die tot dat moment in handen waren van C BV) verkocht aan B BV, eveneens voor een bedrag van circa € 1,8 miljoen. B BV is het bedrag schuldig gebleven aan de verkopende partij C BV. Na cessie van deze vordering van C BV aan A BV is de schuld die B BV had omgezet in agio. Dit heeft geleid tot een agioreserve in de jaarrekening van B BV. In het schema is de herstructurering weergegeven.




Betrokken accountant geeft een goedkeurende accountantsverklaring bij de jaarrekening van B BV. Het voor dit artikel relevante onderdeel van de klacht bij de Accountantskamer houdt in dat de accountant ten onrechte de beslissing van het bestuur van B BV goedkeurde om de agioreserve niet als wettelijke reserve deelneming aan te merken (r.o. 3.2).

## 2. Uitspraak Accountantskamer

De Accountantskamer concludeerde dat dit verwijt gegrond was. In combinatie met een ander verwijt leidde dit tot een berisping voor de betrokken accountant. De motivering van de Accountantskamer is als volgt (r.o. 4.6.7):

> *'De Accountantskamer is van oordeel dat het voor het inzicht dat de jaarrekening volgens artikel 2:362, eerste lid, van het BW (BW) moet bieden, noodzakelijk is dat bij elke rechtspersoon, die deel uitmaakt van een groep rechtspersonen als hier aan de orde, gekozen wordt voor dezelfde waarderingsgrondslagen. Gelet daarop had ook in de jaarrekening van B BV over 2010 in verband met die waardevermeerdering een herwaarderingsreserve moeten worden opgenomen. Het […] opnemen van een agioreserve in de jaarrekening van B BV over 2010 is daarmee in strijd. Dat klemt te meer nu een agioreserve wel en een herwaarderingsreserve niet tot de vrij uitkeerbare reserves behoort en de waardevermeerdering van de grond pas feitelijk wordt gerealiseerd bij verkoop van de grond.'*

Interessant detail, maar minder relevant, is dat de klacht spreekt over een wettelijke reserve deelneming (art. 2:389 lid 6 BW), terwijl de Accountantskamer oordeelt over een herwaarderingsreserve (art. 2:390 BW). Afgezien van mijn inhoudelijk commentaar op de uitspraak is dat een mogelijke optie,

1. Anton Dieleman is directeur vaktechniek bij Mazars.
2. College van Beroep voor het bedrijfsleven, uitspraak 1 december 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:377) in het beroep tegen de uitspraak van de Accountantskamer van 7 maart 2014 (ECLI:NL:TACAKN:2014:22).

hoewel bij vermogensvermeerderingen van deelnemingen een wettelijke reserve deelneming meer voor de hand ligt (RJ 290.229a).

## 3. Opmerkingen bij uitspraak Accountantskamer

Op de uitspraak van de Accountantskamer heb ik eerder kritiek geuit. Kort samengevat komt mijn commentaar op het volgende neer.[3]
Een herwaarderingsreserve wordt – volgens art. 2:390 BW – gevormd voor waardevermeerderingen van activa die tegen actuele waarde worden gewaardeerd. Het moet dus gaan om 'herwaardering' (anders geformuleerd: 'opwaardering'). In de genoemde casus is hiervan geen sprake, omdat B BV de aandelen in D BV waardeert tegen verkrijgingsprijs.
Verder luidt de tekst van art. 2:390 lid 3 BW: '*De herwaarderingsreserve is niet hoger dan het verschil tussen de boekwaarde op basis van de verkrijgings- of vervaardigingsprijs en de boekwaarde op basis van de bij de waardering gehanteerde actuele waarde van de activa waarop de herwaarderingsreserve betrekking heeft'*. Voor B BV (de verkrijgende vennootschap) was – op het moment van verkrijging – de verkrijgingsprijs gelijk aan de actuele waarde; derhalve een herwaardering van nihil.
Het voorgaande volgt ook de verslaggevingstechnische regel dat een deelnemende rechtspersoon geen wettelijke reserve hoeft te vormen voor de wettelijke reserves die een deelneming zelf al in haar jaarrekening heeft opgenomen voorafgaand aan het moment dat de deelnemende rechtspersoon de aandelen verwerft (RJ 240.229a). Uiteraard geldt dat wel voor toevoegingen aan de wettelijke reserves in die deelneming vanaf dat moment. Deze toevoegingen vormen namelijk niet-uitkeerbare vermogensmutaties in de deelneming. Dergelijke mutaties leiden dan ook tot een wettelijke reserve bij de deelnemende rechtspersoon. Op grond van RJ 240.229a betreft dit een wettelijke reserve deelneming.

## 4. Verwerking herwaardering in de A-groep

Om de casus duidelijk te maken ga ik als tussenuitstapje in op de verwerking van de herwaardering in de jaarrekening van A BV.

### 4.1. Waardering tegen actuele waarde

De herwaardering bij D BV als gevolg van de waardering van het perceel grond tegen actuele waarde leidt bij D BV tot een herwaarderingsreserve (op grond van art. 2:390 BW). Bij C BV is dientengevolge sprake van een rechtstreekse vermogensvermeerdering van haar deelneming, die tot een wettelijke reserve deelneming leidt (op grond van art. 2:389 BW). Datzelfde doet zich bij A BV voor; daar is sprake van een rechtstreekse vermogensvermeerdering van haar deelneming C BV die bij A BV tot een wettelijke reserve deelneming leidt.
Door de koop-verkooptransactie tussen C BV en B BV realiseert C BV de wettelijke reserve deelneming. Bij A BV daarentegen is – in groepsverband – nog niets gerealiseerd; in haar enkelvoudige jaarrekening blijft de wettelijke reserve deelneming gehandhaafd. De ratio hierachter is dat het geherwaardeerde perceel grond nog steeds (ongerealiseerd) op de balans van een deelneming staat.

### 4.2. Waardering tegen historische verkrijgingsprijs

De vraag rijst wat de consequenties zouden zijn als binnen de groep geen stelsel van waardering op basis van actuele waarde, maar op basis van historische verkrijgingsprijs zou zijn toegepast. Dan zou de verkoop van D BV door C BV aan B BV (ervan uitgaande dat dit tegen dezelfde prijs van ongeveer EUR 1,8 miljoen zou plaatsvinden) leiden tot een gerealiseerde winst van hetzelfde bedrag in de jaarrekening van C BV. Voor B BV zou de verwerking identiek zijn aan de hiervoor toegelichte variant. De winst die C BV op de transactie maakt leidt bij A BV niet tot gerealiseerde winst, omdat sprake is van een intragroepstransactie. Deze winst wordt volledig geëlimineerd in de enkelvoudige en geconsolideerde jaarrekening van A BV (RJ 260.211). De winst wordt pas als gerealiseerd beschouwd op het moment dat sprake is van een transactie met een buiten de groep staande derde.
Conclusie is derhalve dat er op het niveau van A BV geen verschil bestaat tussen beide waarderingsstelsels binnen de groep. Bij waardering op basis van historische verkrijgingsprijs wordt de intragroepswinst (door de koop-verkooptransactie tussen C BV en B BV) geëlimineerd. Bij waardering op basis van actuele waarde blijft de wettelijke reserve deelneming in stand. Beide worden als gerealiseerd beschouwd op het moment dat sprake is van realisatie buiten de groep.

## 5. Uitspraak CBb

Het voorgaande vormt voor de accountant dan ook reden om beroep tegen de uitspraak aan te tekenen bij het CBb.
De accountant krijgt op dit punt – terecht (!) – gelijk in de beroepsprocedure. De motivering van het CBb (r.o. 5.3.3) is als volgt:

> *'Hierbij overweegt het College verder dat de ratio achter artikel 2:389, zesde lid, (en ook artikel 2:390) van het BW tot het vormen van wettelijke reserve is dat een rechtspersoon gehouden is bij (rechtstreekse) waardevermeerderingen van zijn deelneming(en) vermogen aan te houden*

3. 'Accountantskamer uit de bocht met oordeel over herwaarderingsreserve deelneming', *AccountancyNieuws*, 21 maart 2014, p. 8-10.

*ter bescherming van de belangen van schuldeisers. Tegen die achtergrond bezien kan het […] worden toegegeven dat het de vraag is of het wenselijk is dat door verhanging van een deelneming binnen een groep de verplichting tot het vormen van een wettelijke reserve deelneming, ontstaan door een voorafgaand aan het verhangen geherwaardeerd actief van de deelneming, niet geldt voor de rechtspersoon die de deelneming verwerft. De herwaarderingswinst van het actief in de deelneming is immers nog niet gerealiseerd door vervreemding van het actief aan een derde. Het risico dat de nieuwe en hogere waarde van het actief in de deelneming (uiteindelijk) niet wordt gerealiseerd is daarmee nog niet verdwenen. In het onderhavige geval zou dat betekend hebben dat indien B BV haar eigen vermogen, […] ontstaan door de omzetting van de schuld aan A BV in agio, had moeten 'beklemmen' in een wettelijke reserve, op haar balans per 31 december 2010 zichtbaar zou zijn geweest dat een eigen vermogen van € 0,- beschikbaar was voor de crediteuren van B BV , indien de herwaarderingswinst van het actief (de grond) van D BV niet gerealiseerd zou worden. Deze informatie geeft een ander beeld van de financiële situatie van B BV dan zonder deze beklemming van het eigen vermogen. Maar deze mogelijk onwenselijke uitkomst van de toepassing van de wettelijke bepalingen kan appellant niet tuchtrechtelijk worden aangerekend'.*

## 6. Opmerkingen bij uitspraak CBb

Hoewel het beroep van de accountant doel treft (en de uitspraak van de Accountantskamer op dit onderdeel ongegrond wordt verklaard) vindt het CBb de wijze van verwerking blijkbaar onwenselijk. Dat lijkt mij een opmerkelijk standpunt, omdat de wijze van verwerking – zoals ik heb aangegeven – helemaal niet onwenselijk is. De visie van de accountant is dan ook in overeenstemming met wet- en regelgeving. Dat het CBb blijkbaar een verdergaande vorm van kapitaalbescherming wenselijk acht is interessant, maar niet relevant op basis van huidige wet- en regelgeving.

## 7. Juridische splitsing

Toch is hierover iets meer te zeggen. In de onderhavige casus zijn de aandelen van D BV verkocht door C BV aan B BV. Stel nu voor dat de transactie was geëffectueerd door middel van een juridische splitsing. Dat betekent dat de vermogensbestanddelen (i.c. de aandelen in D BV) onder algemene titel zouden zijn overgaan van C BV naar B BV. Het effect van de transactie is uiteindelijk hetzelfde; B BV houdt alle aandelen in D BV.
Bij een juridische splitsing wordt echter art. 2:334q lid 4 BW van belang. Dat artikel bepaalt:

*'De verkrijgende rechtspersonen moeten wettelijke reserves vormen op dezelfde wijze als waarop de gesplitste rechtspersoon wettelijke reserves moest aanhouden, tenzij de wettelijke grond voor het aanhouden daarvan is vervallen'.*

Dat roept de vraag op: Zou bij een juridische splitsing de wettelijke (herwaarderings)reserve bij B BV gehandhaafd moeten blijven, of zou – door de verkrijging – sprake zijn van een wettelijke grond waardoor deze kon vervallen? Daarvoor is de parlementaire geschiedenis van de genoemde bepaling van belang. Omdat de wettelijke bepalingen inzake juridische splitsing veelal een parallelbepaling kennen in de wetteksten over juridische fusie, is die parlementaire geschiedenis relevant. Dat was op het moment dat art. 2:325 lid 4 BW in het Burgerlijk Wetboek is geïmplementeerd (later gewijzigd in het huidige art. 2:321 lid 4 BW). De parlementaire geschiedenis motiveert de verplichting om een wettelijke reserve te handhaven als volgt (waarbij voor de onderhavige casus voor 'fusie' 'splitsing' kan worden gelezen)[4]:

*'Het vierde lid bepaalt dat wettelijke reserves van de verdwijnende vennootschap door de verkrijgende vennootschap moeten worden voortgezet. De verkrijgende vennootschap kan een fusie op twee wijzen boekhoudkundig verwerken. Zij kan de verschillende balansposten telkens bundelen, in welk geval een wettelijke reserve vanzelf blijft voortbestaan. Zij kan evenwel ook haar vermogensgroei na aftrek van het nominale bedrag van haar wegens de fusie uitgegeven aandelen boeken als agio. In dat stelsel kan twijfel ontstaan of wettelijke reserves van een verdwijnende vennootschap daarbij als agio van de verkrijgende vennootschap herboren mogen worden. Lid 4 neemt deze twijfel weg door het niet toe te staan. Agio is uitkeerbaar en fusie mag er niet toe leiden dat een wettelijke reserve uitkeerbaar wordt gemaakt. Er zijn gevallen waarin de grond voor het aanhouden van een wettelijke reserve door de fusie komt te vervallen, bij voorbeeld de wettelijke reserve wegens geactiveerde kosten van vroegere uitgiften van aandelen in een verdwijnende vennootschap. De laatste zinsnede van lid 4 doelt op dergelijke gevallen'.*

Of het CBb deze bepaling mede op het oog heeft gehad is mij uiteraard niet duidelijk. De bepaling maakt duidelijk dat bij een juridische splitsing (met uiteindelijk hetzelfde resultaat) wel een wettelijke (herwaarderings)reserve zou moeten worden gevormd. Bij een koop-verkoop-transactie (zoals in de casus) niet. Dat lijkt mogelijk onevenwichtig, maar vloeit waarschijnlijk voort uit het feit dat bij een juridische splitsing sprake is van vermogensovergang

4. *Kamerstukken II* 1980/81, 16453, nr. 3-4, p. 14-15.

'onder algemene titel'. Dat betekent dat alle rechten en verplichtingen overgaan naar de verkrijgende rechtspersoon; ook de verplichting een wettelijke reserve te vormen. Bij een koop-verkooptransactie is daarvan geen sprake. Conclusie is dan ook dat er geen noodzaak aanwezig is voor het vormen van een wettelijke reserve door B BV (als verkrijgende vennootschap in een koop-verkoop-transactie); hoe wenselijk het CBb dat ook vindt. Bovendien gaat het voor de achterliggende aandeelhouder om de samenstelling van het eigen vermogen van A BV. En daar blijft de wettelijke (herwaarderings)reserve in tact. Alleen was dat geen onderdeel van de procedure.