

Prof. Mr. Drs. H. Beckman

Wettelijke reserves in de jaarrekening

1. Inleiding

Sedert de inwerkingtreding - op 1 september 1981 - van de wet tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de Tweede EG-richtlijn¹ is het begrip *wettelijke reserve* in ons recht niet onbekend. Artikel 326 van de tot voor kort geldende titel 6 BW2 vermeldt sedertdien dat onder het eigen vermogen afzonderlijk moeten worden opgenomen *andere wettelijke reserves, onderscheiden naar hun aard*. Daar deze bepaling geldt voor NV's, BV's, Coöperatieve verenigingen en Onderlinge waarborgmaatschappijen, zijn zij verplicht, indien wettelijke reserves voorkomen, deze afzonderlijk te rubriceren. De vraag rijst dan wel: wat zijn deze 'andere wettelijke reserves'? Het betreft onder titel 6 BW2 een nagenoeg lege verzameling. Slechts indien sprake is van de oprichting van een NV of aandelenuitbreiding van een bestaande NV, waarbij inbrengende rechtspersonen storten anders dan in geld zonder accountantsverklaring ontstaat voor hen de plicht tot het nominaal bedrag van de genomen aandelen een wettelijke reserve te vormen. (artt. 94a-94b BW2) Onder 'andere wettelijke reserves' zijn geen andere reserves te rubriceren. In de tweede EG-richtlijn wordt nog een tweede wettelijke reserve genoemd. Indien een NV eigen aandelen (of certificaten daarvan) op rechtsgeldige wijze heeft verkregen, is zij verplicht tegenover het geactiveerde bedrag een wettelijke reserve terzelfder hoogte te vormen. Als enig land in de EG heeft de Nederlandse wetgever zowel voor NV's als voor BV's een activeringsverbod voor eigen aandelen (en certificaten daarvan) ingevoerd. Daar de verkrijgingsprijs van eigen aandelen in mindering moet komen op het eigen vermogen - het nominaal bedrag op het geplaatste kapitaal; het verschil tussen verkrijgingsprijs en nominaal bedrag moest in de vrije reserves worden verwerkt - viel de noodzaak tot vorming van een wettelijke reserve weg. Dat hieraan aanvankelijk nogal wat onduidelijkheden verbonden waren, heb ik elders uiteengezet². Een belangrijk deel van de onduidelijkheden is in de wet aanpassing vierde EG-richtlijn opgeheven o.a. door te bepalen dat de volledige verkrijgingsprijs verwerkt moet worden in de vrije reserves.

Het gebruik van de term '*andere wettelijke reserves*' riep nog wel de vraag op waar het 'andere' op terugslaat. Dit kon alleen terugslaan op de in artikel 326 titel 6 BW2 afzonderlijk genoemde *herwaarderingsreserve*. Daar evenwel in de wet nergens werd vermeld dat de herwaarderingsreserve een wettelijke reserve is, ontstond discussie of deze reserve ook 'echt' als een wettelijke

reserve moest worden aangemerkt en zo ja of de herwaarderingsreserve uitsluitend voor het ongerealiseerde deel als wettelijke reserve gold dan wel in volle omvang. De opvatting dat uitsluitend het ongerealiseerde deel als wettelijke reserve moet worden aangemerkt is door diverse schrijvers bepleit³ en is bij Tweede Nota van wijziging in de aan de vierde EG-richtlijn aangepaste wetgeving overgenomen.

De vierde EG-richtlijn verlangt dat onder het eigen vermogen in de balans onder meer afzonderlijk worden genoemd:

- Herwaarderingsreserve;
- Reserves.

De *Herwaarderingsreserve* mag niet worden uitgekeerd, tenzij het gaat om daadwerkelijk gerealiseerde waardevermeerdering. Er geldt dus in feite een winstuitdelingsverbod voor uitkeringen ten laste van de herwaarderingsreserve. Uitkeringen in aandelen ten laste van de herwaarderingsreserve zijn wel toegestaan. De *Reserves* moeten volgens de Richtlijn in de balans of toelichting daarop worden onderscheiden in:

- Wettelijke reserve, voor zover de nationale wetgever daartoe verplicht;
- Reserve voor eigen aandelen;
- Statutaire reserves;
- Overige reserves.

Met *wettelijke reserve* doelt de Brusselse wetgever zonder twijfel op de in diverse EG-landen bestaande verplichting om tot een bepaald niveau een wettelijke reserve te vormen⁴. In Nederland bestaat de plicht tot vorming van een dergelijke algemene wettelijke reserve niet. In de toekomst zal deze algemene wettelijke reserve - althans voor NV's - wel ingevoerd worden, daar in het (gewijzigd) voorstel voor een vijfde EG-richtlijn inzake de structuur van NV's voor hen een dergelijke verplichting is opgenomen⁵. De *reserve voor eigen aandelen* kan in Nederlandse verhoudingen, zoals ik reeds opmerkte, niet voorkomen.

De Nederlandse wetgever heeft bij de wet aanpassing vierde EG-richtlijn verduidelijkt zoals ik reeds vermeldde, dat de herwaarderingsreserve voor het ongerealiseerde deel - d.w.z. de niet gerealiseerde herwaarderingsreserves begrepen in op de balansdatum aanwezige activa - geldt als een wettelijke reserve. Daarnaast introduceert de Nederlandse wetgever een drietal *specifieke wettelijke reserves* namelijk:

- de wettelijke reserve voor bepaalde immateriële vaste activa;
- de wettelijke reserve niet uitgekeerde winsten bij deelnemingen die volgens de vermogensmutatiemethode zijn gewaardeerd;
- de reserve negatieve goodwill deelnemingen die moet worden aangemerkt als een herwaarderingsreserve.

De vierde EG-richtlijn spreekt in dit verband niet over wettelijke reserves. De eerste reserve is geformuleerd in termen van een winstuitdelingsverbod. De tweede reserve heeft dit karakter eveneens en is te zien als een correctie op de waardering van deelnemingen, ten einde de verkrijgingsprijs te kunnen vaststellen. De derde reserve komt in de vierde richtlijn niet voor⁶.

In de nabije toekomst komt er voor BV's nog een specifieke wettelijke reserve bij. In het bij de Tweede Kamer aanhangige wetsontwerp 'Nieuwe regeling voor het kapitaal van de BV' wordt bepaald, dat, als een BV met

het oog op het nemen of verkrijgen van aandelen in haar kapitaal leningen verstrekt - hetgeen kan tot ten hoogste het bedrag van de uitkeerbare reserves, mits de statuten hierin voorzien - , dan is zij verplicht ter hoogte van de verstrekte leningen een wettelijke reserve aan te houden⁷.

2. Waarom wettelijke reserves

De grondslag van de wettelijke reserves ligt in het kapitaalbeschermingsrecht. In dit recht wil men onder meer aan schuldeisers als waarborg geven dat het zgn. 'gebonden kapitaal' niet lichtvaardig aan aandeelhouders wordt uitgekeerd⁸. De term 'gebonden kapitaal' is overigens geen wettelijke term, de wetgever spreekt over *het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of statuten moeten worden aangehouden*. Hieruit blijkt dat de statutaire reserves op één lijn met wettelijke reserves worden gesteld. De statuten behoren tot de voor de rechtspersoon geldende wetgeving. Zij staan onder ministeriële controle en kunnen slechts met gekwalificeerde meerderheid worden gewijzigd. Overigens geldt er geen wettelijke plicht om in de statuten te bepalen dat statutaire reserves moeten worden gevormd.

Verminderingen van het gestorte en opgevraagde kapitaal⁹ zijn aan nauwkeurige en strenge voorwaarden gebonden (zie voor NV's: artt 99-100 BW¹⁰). Voor wettelijke en statutaire reserves geldt een uitdelingsverbod. Dit verhindert naar mijn mening niet dat zij wel in aandelen omgezet kunnen worden¹¹. Zou men de aldus omgezette reserves aan aandeelhouders willen uitkeren, dan gelden wederom de strenge voorwaarden voor kapitaalvermindering.

2.1 Uitkeerbare reserves

Uitkeringen aan aandeelhouders kunnen plaatsvinden door middel van (interim-) dividenden en door inkoop van eigen aandelen (of certificaten daarvan). Voor de toelaatbaarheid daarvan moet bij een NV - afgezien van allerlei andere voorwaarden - gelet worden op het surplus aan eigen vermogen boven het 'gebonden kapitaal'. Dit surplus kan men aanduiden met *vrije of uitkeerbare reserves*. Tot de hoogte van het surplus zijn winstuitkeringen en inkoop van eigen aandelen - afgezien van andere belemmeringen¹² mogelijk¹³.

Illustratie

Gestort en opgevraagd kapitaal	100
Wettelijke reserves	40
Statutaire reserves	20
'Gebonden kapitaal'	160
Eigen vermogen	200
Uitkeerbare reserves	40

Dit voorbeeld laat zien dat als de niet uitkeerbare reserves (= wettelijke en statutaire reserves) in aandelenkapitaal zouden worden omgezet de omvang van het 'gebonden kapitaal' niet verandert.

Voor de BV is de wettelijke regeling met betrekking tot de uitkeerbaarheid van reserves nog niet op dezelfde wijze geregeld. Dit zal pas geschieden nadat het wetsontwerp 'Nieuwe regeling voor het kapitaal van de BV' wet is geworden¹⁴. Om die reden is thans in de wet aanpassing Vierde EG-richtlijn bepaald: 'Ten laste van de door de wet voorgeschreven reserves mag slechts voor zover dat uit die voorschriften blijkt, aan de aandeelhouders en andere gerechtigden een uitkering worden gedaan . . .' (art. 215 BW)¹⁵.

Volledigheidshalve wijs ik er op dat voor BV's wordt overwogen om de wettelijke herwaarderingsreserve onder bepaalde voorwaarden voor het doel van inkoop van eigen aandelen niet als wettelijke reserve aan te merken¹⁶. Indien dit doorgaat, moet op dit punt nog een wijziging worden aangebracht in het bij de Tweede Kamer aanhangige wetsontwerp 'Nieuwe regeling voor het kapitaal van de BV'.

Voor Coöperatieve verenigingen en Onderlinge waarborgmaatschappijen is in de wet geen verbod tot uitkeringen ten laste van wettelijke reserves opgenomen¹⁷. Daarvoor zou een wettelijke bepaling nodig zijn zoals in artikel 215 BW2 voor de BV is opgenomen (zie hiervoor)¹⁸.

2.2 Tijdstip voor bepaling van de uitkeerbaarheid van reserves

Bij de vaststelling van de uitkeerbaarheid van reserves, zowel ten behoeve van dividenduitkeringen als ten behoeve van inkoop van eigen aandelen (of certificaten daarvan) is het van belang dat duidelijkheid bestaat over het moment waarop het eigen vermogen en het 'gebonden kapitaal' moeten worden bepaald. Men zal hierbij moeten onderscheiden tussen

- a. dividenden;
- b. interimdividenden;
- c. inkoop van eigen aandelen.

*Ad a: Dividenden in contanten*¹⁹

Dividenduitkeringen aan aandeelhouders bij een NV zijn mogelijk ter hoogte van de vrije ruimte tussen het eigen vermogen en het 'gebonden kapitaal' blijkens de laatst vastgestelde jaarrekening. Daar de vaststelling van de jaarrekening gewoonlijk binnen zes maanden na afloop van het boekjaar geschiedt, zijn de relevante cijfers hooguit zes maanden oud²⁰.

Voor BV's zijn uitkeringen ten laste van wettelijke reserves volgens de aan de Vierde EG-richtlijn aangepaste wetgeving niet mogelijk²¹. Hierdoor bestaat - vermoedelijk onbewust - voor hen een strenger regime dan voor NV's, er vanuit gaande dat de vorming van wettelijke reserves moet geschieden op het moment dat een daartoe aanleiding gevende handeling plaats vindt²² en niet op de datum van afsluiting van het boekjaar²³. Zodra de wetgeving voor de BV is aangepast aan die voor de NV is het strenger regime niet langer aan de orde. Ook dan wordt net als bij de NV de mogelijkheid van dividenduitkeringen beoordeeld aan de hand van de laatst vastgestelde jaarrekening, die in de regel hooguit zes maanden oud zal zijn²⁴. Overigens meen ik uit oogpunt van het kapitaalbeschermingsrecht dat de regeling voor de BV, zoals die thans luidt²⁵ - dus een uitdelingsverbod van wettelijke reserves - , verre de voorkeur verdient boven die voor de NV²⁶.

Indien de vaststelling van de jaarrekening achterwege blijft zijn dividend-

uitkeringen aan aandeelhouders niet geoorloofd²⁷. Dit geldt ook zolang uitstel van het opmaken en overleggen van de jaarrekening is verleend. Is ontheffing van het opmaken, overleggen en vaststellen van de jaarrekening verleend, dan zijn dividenduitkeringen niet toegestaan.

Een interessante vraag is of dividenduitkeringen toegestaan zijn, indien, ondanks de geoorloofdheid blijkens de laatst vastgestelde jaarrekening, na balansdatum als gevolg van geleden verliezen de vrije ruimte tussen het eigen vermogen en het 'gebonden kapitaal' niet langer aanwezig is. Deze kwestie wordt nog acuter indien de vaststelling van de jaarrekening geschiedt na verleend uitstel, omdat de relevante cijfers alsdan stellig ouder dan zes maanden zijn. Naar mijn mening is in die situatie uitkering in beginsel toch toegestaan, gezien de uitdrukkelijke regeling omtrent de geoorloofdheid van uitkeringen²⁸. Ondersteuning hiervoor vind ik in de toelichtende stukken op artikel 392 lid 1 i, zoals dit thans luidt²⁹. In dit artikel wordt geregeld dat onder de *Overige gegevens* een opgave van gebeurtenissen met belangrijke financiële gevolgen met oorzaken na balansdatum onder toevoeging van de omvang van de financiële gevolgen, moet worden opgenomen. In de Memorie van Toelichting wordt hierover opgemerkt: 'Het is (...) wel wenselijk dat het bestuur van de rechtspersoon hieromtrent mededelingen verschaft opdat belanghebbenden, o.a. bij de winstbestemming, rekening kunnen houden met de beperkte betekenis die aan de jaarrekening moet worden toegekend'.

Enige aanwijzing dat hierdoor beperkingen aan de uitkeerbaarheid van de blijkens de vastgestelde jaarrekening aanwezige vrije reserves ontstaan, is hieruit niet af te leiden. Niettemin zou gesteld kunnen worden dat als de algemene vergadering onder de hiergeschetste situatie - en met wetenschap hieromtrent - toch tot winstuitkering zou besluiten strijd met de goede trouw aanwezig is (art. 11 BW2).

Ad b: Interimdividenden

Interimdividenduitkeringen kunnen bij een NV voor de vaststelling van de jaarrekening worden gedeclareerd, mits de statuten dit toestaan en de geoorloofdheid van deze uitkeringen wordt nagegaan. Men moet dan een tussentijds vermogensoverzicht opstellen dat voldoet aan maatschappelijk aanvaardbare normen, en wel naar een tijdstip dat uiterlijk *drie* maanden mag liggen voor de maand waarin het besluit tot een tussentijdse uitkering bekend wordt gemaakt (art. 105 lid 4 BW2). Ook hier geldt dat het interimdividend alleen geoorloofd is, indien en voor zover blijkens de tussentijdse vermogensopstelling daartoe de ruimte aanwezig is. Wettelijke en statutaire reserves zullen tot de datum van de vermogensopstelling hierin moeten worden verwerkt. Het tussentijdse vermogensoverzicht moet binnen acht dagen na het bekend worden van het besluit tot winstuitkering bij het handelsregister worden gedeponereerd. Voorts moeten, indien de effecten van de NV ter beurze zijn genoteerd, voorstellen en besluiten tot tussentijdse uitkering onverwijld openbaar worden gemaakt (art. 103 BW2).

De bij dividenden genoemde vraagstelling of uitkeringen mogelijk zijn indien na het tijdstip van de tussentijdse vermogensopstelling, waaruit de geoorloofdheid van de uitkeringen blijkt, de beschikbare ruimte door ver-

liezen is aangetast, komt ook bij interimdividenden aan de orde. In artikel 195 BW2 is uitsluitend bepaald dat aandeelhouders interimdividenden moeten terugbetalen indien zij wisten of behoorden te weten dat het gaat om ongeoorloofde uitkeringen. Deze casus is hier echter niet aan de orde. Mogelijkerwijze geldt in de hierbedoelde situatie dat vernietiging van het besluit wegens strijd met de goede trouw zou kunnen worden gevorderd (art. 11, juncto 13 BW2). In elk geval zou, indien het bestuur van de rechtspersoon bij wetenschap van het hierbedoelde verlies, aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van artikel 8 BW2 ('elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak . . .').

Bij een BV komt een nagenoeg identieke regeling. Er worden echter geen eisen gesteld met betrekking tot het opstellen en openbaar maken van tussentijdse vermogensoverzichten en met betrekking tot het openbaar maken van het voorstel respectievelijk het besluit tot een tussentijdse winstuitkering. Door het ontbreken van de eis van een tussentijdse vermogensopstelling zijn ook geen eisen met betrekking tot het moment van bepaling van het eigen vermogen en het 'gebonden kapitaal' opgenomen. Kennelijk wordt bedoeld dat de geoorloofdheid van de interimdividenden nagegaan moet worden op het moment van het nemen van het besluit.

Ad c: Verkrijging van eigen aandelen

Onder titel 6 BW2 is voor NV's een nauwkeurige regeling omtrent de toelaatbaarheid van verkrijging van eigen aandelen (of certificaten daarvan) opgenomen. Bij de vaststelling van het eigen vermogen en het 'gebonden kapitaal' is evenwel voor de bepaling daarvan geen tijdsmoment aangewezen. Dit verzuim is bij de wetsaanpassing vierde EEG-richtlijn ten dele opgeheven. Afgezien van andere eisen, moet men bij inkoop van eigen aandelen (of certificaten daarvan) letten op de omvang van het eigen vermogen *volgens de laatst vastgestelde balans* (art. 98 BW2, zoals dit in de aangepaste wetgeving luidt). Voor de vaststelling van het 'gebonden kapitaal' is echter geen tijdsmoment aangewezen. Men kan zich derhalve afvragen of voor de omvang van het 'gebonden kapitaal' gelet moet worden op de laatst vastgestelde balans dan wel of met latere vorming (en vrijval) van wettelijke en statutaire reserves rekening moet worden gehouden. Uit oogpunt van consistentie ligt de eerste oplossing voor de hand.

Voorts geldt nog *een tweede eis*, namelijk op het eigen vermogen volgens de laatst vastgestelde balans moet in mindering komen de verkrijgingsprijzen voor door de NV en haar dochtermaatschappijen na de balansdatum verkregen aandelen (of certificaten daarvan) in kapitaal van de NV.

Illustratie

	Vaststelling jaarrekening op		
	15-6-1984	15-6-1985	15-6-1986
Eigen vermogen op 31 december 1983, 1984, 1985	250	300	325
Gebonden kapitaal 31 december 1983, 1984, 1985	200	290	250
Vrije ruimte 31 december 1983, 1984, 1985	50	10	75
Inkopen tussen 15-6 en 31-12 1984, 1985, 1986	18	niet toegestaan	max 75
Inkopen tussen 1-1 en 15-6 1984, 1985, 1986	12	20	niet toegestaan

Bij dit voorbeeld kunnen de volgende opmerkingen worden gemaakt.

- de toelaatbaarheid van de inkoop van 12 behoort te worden afgemeten aan de vastgestelde jaarrekening 1982 (na aftrek van na de vaststelling plaatsgevonden inkopen);
- toelaatbaarheid van de inkoop van 18 wordt afgemeten aan 50 (eigen vermogen 31 december 1983) minus de inkoop van 12 (1 januari 1984 tot 15 juni 1984);
- de toelaatbaarheid van de inkoop van 20 wordt afgemeten aan 50 minus 12 minus 18. De vrije ruimte is na deze inkoop niet meer aanwezig;
- verdere inkoop vanaf 15 juni 1985 tot 15 juni 1986 is niet toegestaan, omdat de vrije ruimte per 31 december 1984, blijkens de vaststelling op 5 juni 1985 lager is dan het bedrag van de inkopen tussen 1 januari 1985 en 15 juni 1985.

Ik wijs er nog op dat in de wettelijke regeling geen rekening wordt gehouden met na de balansdatum verkochte eigen aandelen. Stel dat de inkopen 1984 voor hetzelfde bedrag begin 1985 worden verkocht, dan veranderen de hiervoor getrokken conclusies niet.

De wetgever heeft de verkrijging van eigen aandelen uitdrukkelijk gekoppeld aan de vastgestelde balans. Indien echter binnen zes maanden na afloop van het boekjaar geen vaststelling van de jaarrekening heeft plaatsgevonden, is de verkrijging van eigen aandelen nadien niet toegestaan. *Deze derde eis* is begrijpelijk omdat anders langdurig op basis van een voorafgaande jaarrekening inkopen zouden kunnen plaatsvinden, terwijl in werkelijkheid de vrije ruimte niet aanwezig is. Dit betekent wel dat als uitstel voor het opmaken van de jaarrekening is verleend dan wel ontheffing van het opmaken van de jaarrekening is verkregen geen inkoop van eigen aandelen na het verstrijken van de zes maanden na afloop van het boekjaar mogelijk is. Niet begrijpelijk is evenwel dat de verkrijging van volgestorte aandelen om niet ongeoorloofd is, indien binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening niet is vastgesteld, daar deze verkrijging niet aan voorwaarden is verbonden.

De gestelde problematiek bij (interim-)dividenden ter zake van verliezen

die de vrije ruimte blijkens de vastgestelde balans later hebben aangetast, speelt ook bij inkoop van aandelen of certificaten daarvan. In de Nota naar aanleiding van het Eindverslag wordt hierover opgemerkt: 'Zij neemt de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 8 (BW2) niet weg, indien zij moesten weten dat het eigen vermogen na de laatste balansdatum zozeer is geslonken, dat besteding van middelen voor inkoop van eigen aandelen onverantwoord is geworden'.

De wetgever had overigens de gehele regeling aanzienlijk eenvoudiger kunnen maken door - naar analogie met de interimdividenden - te eisen dat een tussentijdse vermogensopstelling wordt gemaakt die niet ouder dan drie maanden mag zijn.

De zojuist weergegeven regeling heeft betrekking op de NV. Voor BV's is de regeling opgenomen in het aanhangige wetsontwerp voor de BV. Naar ik aanneem zullen hierin nog wijzigingen komen, ten einde een meer met de NV vergelijkbare regeling tot stand te brengen.

2.3 Benutting van uitkeerbare reserves

Overeenkomstig het wettelijk systeem heb ik de beoordeling van de vrije ruimte per onderwerp gescheiden besproken. Dit is niet logisch omdat zodoende de vrije ruimte ogenschijnlijk tweemaal respectievelijk driemaal benut zou kunnen worden.

Illustratie

- Vaststelling jaarrekening 1983 op 15-6-1984	
- Eigen vermogen 31-12-1983	200
- 'Gebonden kapitaal'	<u>150</u>
- Uitkeerbare reserves	50

Op grond van de wettelijke regeling kunnen na 15 juni 1984 dividenduitkeringen ter hoogte van 50 plaatsvinden. Aannemende dat in de periode 1 januari tot 15 juni 1984 geen eigen aandelen zijn ingekocht dan kan deze 50 nogmaals worden benut voor inkoop van eigen aandelen. Stel dat in de zojuist genoemde periode wel eigen aandelen zouden zijn ingekocht tot een bedrag van 50 - de geoorlooftheid daarvan wordt beoordeeld aan de daaraan voorafgaande vastgestelde jaarrekening - dan is er na 15 juni 1984 geen ruimte voor verdere inkoop, maar niettemin kan tot 50 dividend worden uitgekeerd, zelfs al zou er bijvoorbeeld in mei 1984 een interimdividend van 50 zijn uitgekeerd.

Hieruit blijkt dus dat dezelfde vrije ruimte driemaal benut zou kunnen worden. De vrije ruimte uit het voorbeeld kan als volgt benut worden:

- de inkoop van eigen aandelen	50
- interimdividend	50
(aannemende dat bij een NV de tussentijdse vermogensopstelling deze ruimte geeft)	
- dividend (na 15-6-1984)	<u>50</u>
	<u>150</u>

Het spreekt overigens vanzelf dat dit niet de bedoeling van de wetgever is. Het aldus willens en wetens handelen is stellig in strijd met de goede trouw (artt. 11, 13 BW2) en zal ook aansprakelijkheid van bestuurders kunnen opleveren (art. 8 BW2).

Het zou echter de voorkeur verdienen indien de wetgever een sluitende regeling zou ontwerpen. Zo zou in elk geval kunnen worden bepaald dat interimdividenden die na balansdatum betaalbaar zijn gesteld, in mindering komen op de uitkeerbare reserves volgens de vastgestelde balans. Ditzelfde zou kunnen worden bepaald met betrekking tot na balansdatum ingekochte aandelen. Voor een NV zou daarom in het voorschrift over de geoorloofdheid van winstuitkering (art. 105 lid 3) de volgende aanvulling moeten worden opgenomen:

‘Hierbij wordt de voor uitkering vatbare winst verminderd met de verkrijgingsprijs voor aandelen of certificaten daarvan in het kapitaal van de vennootschap die zij en haar dochtermaatschappijen na balansdatum verschuldigd werden en met de op grond van lid 4 door de vennootschap na balansdatum betaalbaar gestelde tussentijdse uitkeringen.’

In de bepaling over tussentijdse uitkeringen zou moeten worden toegevoegd (art. 105 lid 4):

‘De verkrijgingsprijs voor aandelen of certificaten daarvan in het kapitaal van de vennootschap die zij en haar dochtermaatschappijen na de datum van opstelling van de tussentijdse vermogensopstelling verschuldigd werden, komt in mindering op de blijkens deze opstelling voor uitkering vatbare winst. Hetzelfde geldt voor door de vennootschap na deze datum betaalbaar gestelde uitkeringen’.

Ook het voorschrift over de geoorloofdheid van inkoop van eigen aandelen moet wijziging ondergaan. In de eerste zin van artikel 98 lid 3 - zoals dit luidt in de aan de vierde EG-richtlijn aangepaste wetgeving - zou moeten worden toegevoegd:

‘en met de na de balansdatum op grond van artikel 105 door de vennootschap betaalbaar gestelde uitkeringen.’

Voor BV's zouden op soortgelijke wijze wijzigingen moeten worden aangebracht.

3. Vorming en vrijval van wettelijke reserves

Tot dusverre is onder ogen gezien de rol die wettelijke reserves (en statutaire reserves), in het kapitaalbeschermingsrecht spelen. Thans moet worden nagegaan op welke wijze deze reserves moeten worden gevormd en moeten vrijvallen, wat er moet gebeuren indien er geen ruimte is om deze reserves te vormen dan wel indien deze reserves door verliezen worden aangetast.

3.1 Karakter van wettelijke reserves

De vorming van wettelijke reserves hangt samen met de aard van de wettelijke reserves. Zij zijn als volgt in te delen:

- reserves die het karakter van waarborg hebben;
- reserves die het karakter van winstuitdelingsverbod hebben;
- reserves die het karakter van herwaardering hebben.

Waarborgreserves

De eerste groep reserves omvat:

- de door een BV te vormen reserve - na invoering van de wet 'Nieuwe regeling voor het kapitaal van de BV' - indien zij een lening heeft verstrekt met het oog op het nemen of verkrijgen van aandelen in haar kapitaal (art. 207c Wetsontwerp);
- de door rechtspersonen te vormen reserve indien zij op aandelen in het kapitaal van een NV anders dan in geld storten zonder accountantsverklaring (artt. 94a-94b BW2).

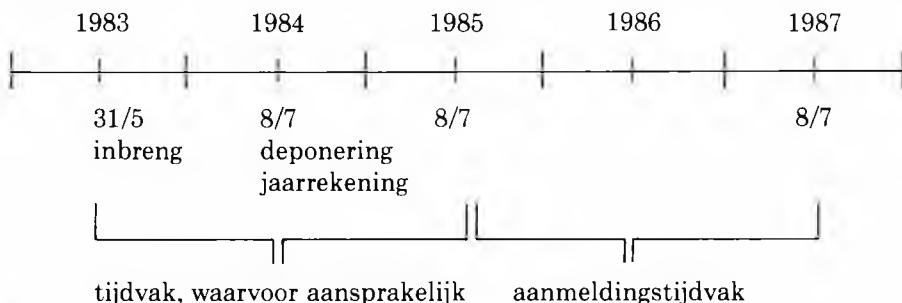
De eerst genoemde reserve kan alleen bij BV's voorkomen, omdat voor NV's een wettelijk verbod tot het verstrekken van leningen met het hierbedoelde oogmerk geldt. BV's mogen ter hoogte van hun uitkeerbare reserves dergelijke leningen wel verstrekken. Ter grootte van de lening moet dan een wettelijke reserve ten laste van de vrije reserve worden gevormd. Deze reserve valt vrij naarmate er aflossingen plaatsvinden.

De tweede genoemde reserve ontstaat bij storting anders dan in geld op aandelen in het kapitaal van een NV. De inbrengende rechtspersoon moet op het moment van inbreng beschikken over niet uitkeerbare reserves ter grootte van de nominale waarde van de genomen aandelen en is verplicht ter grootte daarvan een afzonderlijke wettelijke reserve te vormen uit reserves waarvan de aard dit niet belet. Hieruit volgt dat deze wettelijke reserve steeds ten laste van de vrije reserves moet worden gevormd.

De inbrengende rechtspersoon is verplicht zich ter hoogte van de nominale waarde van de genomen aandelen aansprakelijk te stellen voor schulden aan derden van de vennootschap, waarvan de aandelen zijn genomen, voor zover deze schulden:

- a. zijn ontstaan in het tijdvak tussen het moment waarop de aandelen zijn genomen en een jaar nadat de vastgestelde jaarrekening van de vennootschap over het boekjaar van inbreng bij het handelsregister is gedeponeerd
- b. door de vennootschap, waarvan de aandelen zijn genomen, niet kunnen worden voldaan en
- c. door schuldeisers binnen twee jaren na de deponering van de jaarrekening van de vennootschap bij één van de inbrengende rechtspersonen schriftelijk zijn aangemeld.

Illustratie



Tijdens het tijdvak waarvoor de aansprakelijkheid geldt - in het voorbeeld

31/5/83 tot 8/7/85 - mag de inbrengende rechtspersoon zijn genomen aandelen niet vervreemden en moet hij de wettelijke reserve in volle omvang gedurende het tijdvak waarvoor de aansprakelijkheid geldt en gedurende het aanmeldingstijdvak aanhouden, dus in het voorbeeld tot 8/7/87. Nadien moet de wettelijke reserve worden verminderd tot het bedrag van de nog openstaande aangemelde schulden. Naar rato van voldoening van de schulden wordt de wettelijke reserve verminderd ten gunste van de vrije reserves. Voor BV's ontbreekt in de geldende wet een vergelijkbare regeling. Het reeds meermalen genoemde bij de Tweede Kamer aanhangige wetsontwerp 'Nieuwe regeling voor het kapitaal van de BV' kent eveneens een dergelijke regeling niet. In dit wetsontwerp zijn wel vervangende eisen voor de hierbedoelde situatie opgenomen, zoals de eis dat oprichters c.q. aandeelhouders een verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid bij het handelsregister hebben gedeponneerd en dat het eigen vermogen blijkens de minder dan een jaar tevoren openbaar gemaakte balans het nominaal gestorte bedrag van de aandelen waarop ingebracht wordt, overtreft³⁰.

Winstuitdelingsverbodreserves

De tweede groep reserves, dus de reserves met het karakter van winstuitdelingsverbod omvat:

- de wettelijke reserve wegens geactiveerde kosten van emissie van aandelen en kosten van onderzoek en ontwikkeling (art. 365 lid 3);
- de wettelijke reserve niet uitgekeerde winsten bij deelnemingen die volgens de vermogensmutatiemethode zijn gewaardeerd (art. 389 lid 2 BW2).

In beide gevallen wordt de wettelijke reserve gevormd ten laste van de vrije reserves dan wel ten laste van de winstbestemming³¹. Uitkeringen - naar mijn mening behoudens uitkeringen in aandelen - ten laste van deze reserves zijn niet toegestaan. De vrijval uit deze reserves geschiedt in het eerste geval naarmate op de geactiveerde kosten wordt afgeschreven, in het tweede geval naarmate de deelnemingen dividend declareren. De vrijval geschiedt ten gunste van de vrije reserves.

Wat de wettelijke reserve niet uitgekeerde winst deelnemingen betreft, wijs ik erop dat de vierde EG-richtlijn de vorming van de wettelijke reserve via de winst- en verliesrekening niet verhindert, hetgeen logisch is omdat daardoor vergelijkbaarheid met waardering op grondslag van historische kosten wordt verkregen. De Nederlandse wetgever acht deze gedragslijn kennelijk niet toelaatbaar³². Niettemin zou ik willen aannemen dat deze gedragslijn voor coöperatieve verenigingen die een exploitatierekening opstellen wel aanvaardbaar is. Volledigheidshalve wijs ik erop dat in de zevende EG-richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening de Lid-Staten de bevoegdheid hebben om vorming via de winst- en verliesrekening toe te staan³³.

De vanaf het moment van invoering van de wet verantwoorde resultaten uit deelnemingen overeenkomstig artikel 389 BW2 vallen binnen de werkingssfeer van de wettelijke reserve. Dit betekent dat alle niet-uitgekeerde winsten uit deelnemingen, die volgens de vermogensmutatiemethode zijn gewaardeerd, tot en met het boekjaar 1983 uitkeerbare reserves blijven.

Herwaarderingsreserves

De derde groep reserves, dus de reserves met het karakter van herwaardering omvat:

- de reserve negatieve goodwill bij deelnemingen die volgens de nettovermogenswaardemethode zijn gewaardeerd (art. 390 lid 2 BW2);
- de herwaarderingsreserves uit hoofde van toepassing van actuele waarden (art. 390 BW2).

De reserve negatieve goodwill kan alleen ontstaan indien de actuele waarde ('fair value') van de activa en passiva van een deelneming op het verkrijgingsmoment overeenkomstig het aandeel van de verkrijgende rechtspersoon hoger is dan de verkrijgingsprijs. Bij de vaststelling van deze reële waarde moet rekening worden gehouden met mogelijke nadelen zowel voor de deelnemende rechtspersoon als voor de rechtspersoon, waarin wordt deelgenomen, met andere woorden noodzakelijk geachte reorganisatievoorzieningen e.d. moeten worden getroffen. Het alsdan resterende surplus geldt als herwaarderingsreserve. Dit kan in de regel alleen vrijvallen na verkoop van de deelneming. Deze vrijval kan ten gunste van het resultaat worden gebracht, mits afzonderlijk aangeduid. Een vrijval ten gunste van de vrije reserves lijkt mij ook verdedigbaar³⁴.

Bij de herwaarderingsreserves uit hoofde van toepassing van actuele waarden kan men denken aan de toepassing van actuele waarden in de balans (incidentele herwaardering), in de balans en winst- en verliesrekening dan wel uitsluitend in de winst- en verliesrekening. In het laatste geval is de aldus gevormde herwaarderingsreserve geen wettelijke reserve, omdat deze geen ongerealiseerde componenten bevat. In beide andere gevallen is wel sprake van een wettelijke reserve, zij het uitsluitend ter hoogte van de ongerealiseerde herwaardering begrepen in de op balansdatum aanwezige activa. Het verschil tussen de werkelijke hoogte van de herwaarderingsreserve en het wettelijke minimum is in juridisch opzicht een uitkeerbare reserve, die dan ook - behoudens statutair afwijkende bepalingen - benut kan worden voor de vorming van andere wettelijke reserves, voor winstuitkeringen en voor inkoop van eigen aandelen.

De herwaarderingsreserve moet vrijvallen voor zover deze niet meer noodzakelijk is voor de toepassing en het doel van het gehanteerde waarderingsstelsel³⁵. Deze vrijval kan ten gunste van het resultaat komen, mits het gaat om herwaarderingsreserves die via het resultaat zijn gevormd dan wel om daadwerkelijk gerealiseerde waardevermeerdering. *In het eerste geval* kan men denken aan het surplus aan actuele waarde-afschrijvingen boven de historische afschrijvingen. Dit surplus kan op het moment van buitengebruikstelling ten gunste van het resultaat vrijvallen of overgeboekt worden naar de vrije reserves. In juridisch opzicht is overigens een dergelijk surplus ook vóór de buitengebruikstelling een uitkeerbare reserve.

In het tweede geval kan men denken aan verkoop van de desbetreffende activa. Niet bepalend is alsdan het moment van buitengebruikstelling, maar het moment van verkoop. Verminderingen van de herwaarderingsreserve die ten gunste van het resultaat komen moeten als afzonderlijke post worden opgenomen³⁶.

In de overgangsmaatregelen is omtrent de herwaarderingsreserve nog be-

paald dat artikel 390 BW² ook van toepassing is op de op het moment van invoering van de wet bestaande herwaarderingsreserves voor zover deze reserves bij toepassing van artikel 390 gevormd hadden moeten worden. Dus de herwaarderingsreserves gelden voor hun wettelijk minimum in elk geval als wettelijke reserve vanaf het invoeringsmoment. Artikel 390 BW² geldt echter niet op het invoeringsmoment van de wet voor de herwaarderingsreserves die zijn gevormd bij de herwaardering van financiële vaste activa. Dit wordt in de Nota naar aanleiding van het Eindverslag als volgt gemotiveerd: 'Deze herwaarderingsreserves gaan immers deels terug op niet uitgekkeerde winsten in ondernemingen waarin wordt deelgenomen. In hoeverre zij vermogensbestanddelen van die ondernemingen betreffen of het verschil van artikel 389, lid 5³⁷ is nu veelal niet meer na te gaan . . . '.

Mij is in elk geval ten dele deze motivering niet duidelijk omdat ook onder titel 6 BW² herwaarderingsreserves van deelnemingen in de herwaarderingsreserve moeten worden opgenomen en niet vermengd mogen zijn met niet-uitgekkeerde winsten van deelnemingen. De merkwaardige consequentie van de uitzondering voor financiële vaste activa is nu wel dat bij een houdstermaatschappij de op het invoeringsmoment van de wet aanwezige herwaarderingsreserve financiële vaste activa een vrije reserve in volle omvang is, terwijl bij betrokken deelnemingen, voor zover deze herwaarderingsreserves op hun materiële activa betrekking hebben, de herwaarderingsreserve voor het ongerealiseerde deel een wettelijke reserve is.

3.2 Onvoldoende ruimte voor vorming van wettelijke reserves

Het is niet ondenkbaar dat de ruimte tot vorming van een wettelijke reserve niet aanwezig is.

In de situatie dat men wil storten op aandelen van een NV door inbreng anders dan in geld zonder accountantsverklaring, betekent dit dat de inbreng niet kan doorgaan, tenzij men alsnog over de inbreng een accountantsverklaring laat afleggen. Na de invoering van de nieuwe regeling voor het kapitaal van de BV kan een BV die geen uitkeerbare reserves heeft, geen leningen verstrekken met het oog op het nemen of verkrijgen van aandelen in haar kapitaal en dus komt de vorming van een wettelijke reserve niet aan de orde.

In de gevallen dat wettelijke reserves het karakter van winstuitdelingsverbod hebben, kunnen de vrije reserves evenzeer ontoereikend zijn om de wettelijke reserves te vormen, bijvoorbeeld als gevolg van geleden verliezen of samenloop van vorming van wettelijke reserves. Hier geldt dat de onmogelijkheid om wettelijke reserves te vormen geen beletsel is om tot activering over te gaan (emissiekosten, kosten onderzoek en ontwikkeling, winstaandeel vermogensmutatiemethode). Wel betekent dit dat in de toekomst pas winstuitkeringen mogelijk zijn, nadat de wettelijke reserves tot het vereiste niveau zijn aangevuld. Dit staat niet met zoveel woorden in de wet, maar vloeit voort uit het systeem van de wet. Al zou men de zojuist bedoelde vermelding achterwege laten dan nog verandert dit niets ten opzichte van de mogelijkheden tot uitkeringen van dividenden en interimdividenden alsmede tot inkoop van eigen aandelen. In de bepalingen over het kapitaalbeschermingsrecht gaat het niet om de gevormde wettelijke

reserves, maar om de reserves die op grond van de wet *moeten worden aangehouden*. Wettelijke reserves die het karakter van herwaardering hebben, kunnen steeds worden gevormd, zodat de gesignaleerde problematiek daarbij niet aan de orde kan komen.

3.3 Delging van tekorten op wettelijke reserves

In nauwe samenhang met het zojuist besproken vraagstuk, staat de vraag of geleden verliezen nadat de vrije reserves volledig zijn benut op wettelijke reserves kunnen worden afgeboekt, dan wel dat zij (voor het restant) als afzonderlijk negatief bestanddeel van het eigen vermogen moeten worden verantwoord.

Bij de beantwoording van deze vraag is van belang dat op grond van de wet tekorten slechts ten laste van wettelijke reserves mogen worden gedelgd voor zover de wet dit toestaat (artt. 58, 104, 215 BW²). Deze formulering maakt duidelijk dat afboeking op wettelijke reserves alleen toegestaan is, indien de wet dit expliciet toestaat. Zo zal een verlies uit een deelneming, die volgens de vermogensmutatiemethode is gewaardeerd, meebrengen dat de eerder gevormde wettelijke reserve niet uitgekeerde winst met het bedrag van het geleden verlies uit deelnemingen kan worden verminderd. Voorts is in artikel 390 lid 3 geregeld onder welke omstandigheid de herwaarderingsreserve moet worden verminderd, terwijl ook in artikel 387 lid 5 een mogelijkheid wordt genoemd om waardedalingen ten laste van de herwaarderingsreserves te brengen.

De vraag blijft of andere tekorten, waarvan verrekening met vrije reserves niet mogelijk blijkt, met wettelijke reserves kunnen worden verrekend. Ik ben geneigd aan te nemen dat een dergelijke afboeking wel te verdedigen is, mits de toelichting duidelijk maakt dat in de toekomst de wettelijke reserves moeten worden aangevuld. Deze opvatting baseer ik op de omstandigheid dat voor de beoordeling van de geoorloofdheid van winstuitkeringen en inkoop van eigen aandelen moet worden gelet op de wettelijke reserves die krachtens de wet moeten worden aangehouden en niet op de feitelijk gevormde wettelijke reserves. Los hiervan moet men zich realiseren dat als verliezen niet verrekend kunnen worden met vrije reserves, het gebonden kapitaal ook daadwerkelijk is aangetast.

4. Presentatie van wettelijke reserves

Het moet van groot belang worden geacht dat wettelijke (en statutaire) reserves duidelijk uit de balans blijken, respectievelijk indien zij van onvoldoende omvang zijn uit de toelichting blijkt tot welke omvang aanvulling noodzakelijk is. Op deze wijze weten aandeelhouders in elk geval welke uitkeringsmogelijkheden bestaan en krijgen schuldeisers een indruk over het 'gebonden kapitaal'.

De vraag rijst dan hoe deze niet-uitkeerbare reserves in de enkelvoudige respectievelijk geconsolideerde balans moeten worden verwerkt c.q. vermeld.

4.1 Enkelvoudige balans

De wet aanpassing vierde EG-richtlijn verlangt in artikel 373 lid 1 dat onder meer afzonderlijk blijken:

— ...

- herwaarderingsreserves
- andere wettelijke reserves, onderscheiden naar hun aard
- statutaire reserves

— ...

Voor de definitieve rubricering is - althans bij NV's en BV's - bepalend de inhoud van het *Besluit modellen jaarrekening*. Dit Besluit verlangt dat de *herwaarderingsreserves* alsmede de *wettelijke en statutaire reserves* afzonderlijk uit de balans blijken. De wettelijke en statutaire reserves moeten hetzij in de balans hetzij in de toelichting uitgesplitst worden in wettelijke reserves en in statutaire reserves. De wettelijke reserves zullen hierbij overeenkomstig hun aard moeten worden gesplitst.

De wettelijke uitdrukking *andere wettelijke reserves* suggereert dat de herwaarderingsreserves volledig niet-uitkeerbare reserves vormen. Zoals eerder opgemerkt, is dit niet juist omdat uitsluitend het wettelijk minimum van de herwaarderingsreserve als een wettelijke reserve geldt. Om die reden acht ik het gewenst dat ten minste uit de toelichting op het eigen vermogen blijkt welk deel van de herwaarderingsreserves als wettelijk minimum moet worden aangemerkt.

Net als voor de andere posten van het eigen vermogen, moeten van de niet uitkeerbare reserves per reserve mutatie-overzichten worden opgenomen. De wijzigingen zullen indien zij van voldoende betekenis zijn, moeten worden toegelicht (art. 378).

4.2 Geconsolideerde balans

Op de geconsolideerde balans zijn zoveel mogelijk van toepassing de voorschriften met betrekking tot de enkelvoudige balans (artikel 361). De verleiding is dan groot om te verlangen dat het eigen vermogen volgens de geconsolideerde balans op soortgelijke wijze wordt uitgesplitst als in de enkelvoudige balans.

Men moet zich echter realiseren dat de betekenis van niet uitkeerbare reserves ligt op het terrein van het kapitaalbeschermingsrecht van individuele rechtspersonen en dat zij geen enkele functie hebben in een op de economische eenheid geënte geconsolideerde jaarrekening. De weergave van niet uitkeerbare reserves in een geconsolideerde jaarrekening is daarom zonder betekenis. Noch de uitkeerbaarheid van dividenden noch de inkoop van eigen aandelen wordt beoordeeld aan de hand van een geconsolideerde jaarrekening. De waarborgen voor schuldeisers zijn niet te vinden in de economische eenheid, maar in de afzonderlijke juridische entiteiten.

Vermelding van wettelijke (en statutaire) reserves op geconsolideerde basis kan zelfs misleidend zijn. Het kan een grotere waarborg suggereren dan de feiten toelaten.

Vermelding van de wettelijke en statutaire reserves alsmede van de herwaarderingsreserve in de geconsolideerde balans is in geen geval vereist. De kamerbehandeling heeft dit reeds duidelijk gemaakt, terwijl ook het Besluit

modellen jaarrekening deze opvatting bevestigt. Ook overigens is een uitsplitsing van het geconsolideerd eigen vermogen niet vereist. Het spreekt overigens vanzelf dat als het enkelvoudig eigen vermogen en het geconsolideerd eigen vermogen verschillen, het verschil naar oorzaak moet worden toegelicht.

5. Bedrijfseconomische betekenis van wettelijke reserves

De noodzaak tot de vorming van wettelijke reserves is geheel geënt op juridische motieven. De bedrijfseconomie heeft hiermee weinig van doen. De omvang van de wettelijke reserves wordt evenwel beïnvloed door bedrijfseconomische opvattingen, uiteraard voor zover de wet daartoe de ruimte laat. Dit zal ik illustreren aan de hand van de herwaarderingsreserve, de reserve niet uitgekeerde winsten deelnemingen bij de vermogensmutatiemethode en de reserve voor sommige immateriële vaste activa.

5.1 Herwaarderingsreserve(s)

Het wettelijk minimum van de herwaarderingsreserve(s) is zoals ik eerder opmerkte gelijk aan de som van de herwaarderingsreserves begrepen in de op balansdatum aanwezige activa, met andere woorden het gaat om het bedrag van de ongerealiseerde herwaarderingsreserves. Wat dit bedrag is, wordt beïnvloed door bedrijfseconomische opvattingen, in het bijzonder ter zake van de vraag of waardeverminderingen van het ene goed gecompenseerd mogen worden met waardedalingen op het andere goed.

Illustratie

	<i>Actuele waarde</i>	<i>Historische kostprijs</i>
Gebouw I	110	100
Gebouw II	95	100
Gebouwen	205	200

Op grond van artikel 368 moet bij toepassing van actuele waarde per post van de vaste activa het bedrag van de ongerealiseerde herwaarderingsreserves worden vermeld. Is dit nu in het voorbeeld 10 of 5? Naar de letter in elk geval 5. Echter, als tegen historische kostprijs zou zijn gewaardeerd, zou de waardering van gebouw II eveneens 95 zijn geweest, aannemende dat van een duurzame waardedaling sprake is geweest. Met andere woorden: vergelijkt men met een gecorrigeerde historische prijs dan zou de ongerealiseerde herwaarderingsreserve 10 zijn. In deze situatie dient derhalve of gebouw II ten laste van de winst- en verliesrekening te worden afgewaardeerd of ten laste van de herwaarderingsreserve. Indien de afwaarderingsreserve ten laste van de herwaarderingsreserve geschiedde, terwijl de herwaarderingsreserve geen vrije ruimte kent, dan dient de herwaarderingsreserve ten laste van het resultaat of de vrije reserves te worden aangevuld. De hier opgeroepen vragen moeten door de bedrijfseconomie worden beantwoord. Een nadere specificatie van deze vragen is:

1. Mag ik voor de vaststelling van de ongerealiseerde herwaardering binnen één post van vaste activa waardestijgingen boven de historische kostprijs compenseren met waardedalingen beneden de historische kostprijs?
2. Mag ik waardedalingen op een vast actief, waarvoor in het verleden geen waardestijgingen zijn geboekt afboeken op de herwaarderingsreserve van een ander actief?
3. Speelt bij afboeking op een andere herwaarderingsreserve nog een rol of er een vrije ruimte is? Zo ja, mag ik dan naar willekeur van de vrije ruimte gebruik maken of moet er een vaste gedragslijn zijn?
4. Mag ik de herwaarderingsreserve ten laste van de vrije reserves aanvullen of moet dit ten laste van de winst- en verliesrekening, indien deze beneden het wettelijk minimum is gekomen?

Bij de vaststelling van de minimumomvang van de herwaarderingsreserve wordt nog al eens de vraag opgeroepen of dit minimum bruto of netto moet worden gezien, dat wil zeggen voor of na latente belastingvoorziening. Ik doel hierbij niet op de discussie of over herwaarderingsreserves latente belastingen in aanmerking moeten worden genomen, maar uitsluitend op de vraag of als met latente belastingen rekening is gehouden, het wettelijk minimum van de herwaarderingsreserve ook netto mag worden gezien. Ik acht deze vraagstelling niet relevant, omdat zij niet van invloed is op de toelaatbaarheid van winstuitkeringen of inkoop van eigen aandelen. Het bedrag waarmee een herwaarderingsreserve als gevolg van latente belastingen wordt verminderd, verlaagt ook de omvang van het eigen vermogen, zodat de vrije ruimte gelijk blijft ten opzichte van de situatie dat de herwaarderingsreserve niet met latente belastingen wordt verlaagd. De berekeningswijze van de latente belastingen kan wel tot een verschillende ruimte voor de vrije uitkeerbaarheid leiden indien twee ondernemingen die overigens in een vergelijkbare positie verkeren, met elkaar worden vergeleken. Dit is dan niet het gevolg van de creatie van wettelijke reserves, maar van het feit dat uiteenlopende opvattingen met betrekking tot de vorming van latente belastingvoorzieningen bestaan (dus: een bedrijfseconomisch vraagstuk).

Een soortgelijk probleem ontstaat bij de toepassing van de zgn. 'gearing adjustment'. Blijkens de wetsgeschiedenis verhindert de wet deze mogelijkheid niet. Ook dan is er in beginsel geen probleem, zolang men zorgvuldig op het realisatiebeginsel let.

Ook andere vraagstellingen leven op het terrein van de herwaarderingsreserve. Om enige voorbeelden te noemen:

- indien een rechtspersoon voor zijn gehele groep een collectieve instandhoudingsdoelstelling heeft, mag dan bij toepassing van actuele waarden een negatief saldo van de herwaarderingsreserve bij een individuele groepsmaatschappij via de vrije reserves worden aangevuld, zolang voor een vergelijkbaar actief bij een andere groepsmaatschappij een positief saldo aan herwaardering aanwezig is?
- indien activa - waarvoor een herwaarderingsreserve is gevormd - van de ene groepsmaatschappij aan de andere groepsmaatschappij worden verkocht, mag dan deze herwaarderingsreserve vrijvallen? Wat betekent dit voor de herwaarderingsreserve financiële vaste activa bij de moedermaatschappij?

Deze en vele andere te bedenken - voor de praktijk van groot belang zijnde - vragen worden door de wet niet beantwoord. Het antwoord moet van de bedrijfseconomie komen.

5.2 Wettelijke reserve niet uitgekeerde winsten deelnemingen

De omvang van de wettelijke reserve niet uitgekeerde winsten deelnemingen hangt samen met de vraag of elke deelneming individueel moet worden beoordeeld dan wel een collectiviteit van deelnemingen in aanmerking mag worden genomen. Een collectiviteit kan in aanmerking komen, indien de deelnemingen uit oogpunt van het te geven inzicht in het vermogen en het resultaat niet verschillen.

Illustratie

	<i>Netto- vermogenswaarde 1 januari</i>	<i>Aandeel resultaat</i>	<i>Dividend</i>	<i>Netto- vermogenswaarde 31 december</i>
A	100	30	5	125
B	80	./. 10	5	65
C	60	—	5	55
	240	20	15	245

Aannemende dat er op 1 januari geen wettelijke reserve is, is de ultimo wettelijke reserve nu 25 of 5? Dit is een bedrijfseconomische vraag. Ik ben geneigd aan te nemen dat kan worden gesteld dat - als de deelnemingen voor het te geven inzicht in het vermogen en het resultaat niet verschillen - de wettelijke reserve 5 is en niet 25. Wel zou ik steeds als voorwaarde in aanmerking willen nemen dat het gaat om deelnemingen waarin meerderheidszeggenschap kan worden uitgeoefend.

Een andere complicatie kan ontstaan indien bij een deelneming baten rechtstreeks onder het eigen vermogen worden verantwoord. Behoort nu bij de deelnemende vennootschap de mutatie in de waardering van de deelneming uit dien hoofde als wettelijke reserve dan wel als vrije reserve te worden behandeld? Een redelijke - mijns inziens juiste - wetsuitleg komt tot de eerste oplossing, een letterlijke wetsuitleg wellicht tot de tweede. Deze vraag kan ook worden gesteld met betrekking tot de door de deelneming rechtstreeks in haar eigen vermogen verwerkte lasten³⁸.

Ook bij de wettelijke reserve niet uitgekeerde winst deelnemingen kan het vraagstuk ontstaan of deze bruto of netto moet worden gezien (zie art. 389 lid 2). Ook hier geldt m.i. hetzelfde als opgemerkt bij de herwaarderingsreserve.

Een interessante kwestie ontstaat ook indien gelet word op de valutaproblematiek. Tast - bij koersdaling - omrekening van buitenlandse deelnemingen in Nederlands geld de omvang van de wettelijke reserve aan of dient afboeking op de vrije reserves te geschieden? Ook is deze kwestie van belang indien wordt gelet op de overgangsregeling. De verplichte vorming van de wettelijke reserve geldt ten opzichte van resultaten uit deelnemingen die na de invoering van de nieuwe wet worden verantwoord. Kan nu een

nadelig omrekeningsverschil met betrekking tot daaraan voorgaande jaren op deze wettelijke reserve gecorrigeerd worden, of moet dit in elk geval op de tot het moment van invoering ingehouden winsten geschieden?

5.3 Wettelijke reserve sommige immateriële vaste activa

Naast een wettelijke reserve voor geactiveerde kosten emissie van aandelen moet ook voor geactiveerde kosten van onderzoek en ontwikkeling een wettelijke reserve worden gevormd. Wat onder kosten van onderzoek en ontwikkeling wordt verstaan, omschrijft de wetgever niet; dit moet de rechtspersoon in zijn jaarrekening doen. De vraag kan rijzen of voor dergelijke op het moment van de invoering van de nieuwe wet reeds geactiveerde kosten de plicht ontstaat een wettelijke reserve te vormen. Uit het ontbreken van overgangsmaatregelen zou kunnen worden afgeleid dat dit het geval is.

Hier staat tegenover dat uit het feit dat voor sommige wettelijke reserves op het invoeringsmoment van de wet specifieke maatregelen zijn getroffen afgeleid zou kunnen worden dat tegenover vóór het invoeringsmoment reeds geactiveerde emissiekosten en kosten van onderzoek en ontwikkeling geen wettelijke reserve behoeft te worden gevormd.

Een voor de praktijk van groot belang zijnde vraag is of de indeling van posten onder de rubriek immateriële vaste activa limitatief is bedoeld. Tegen de opvatting dat de indeling limitatief bedoeld zou zijn wil ik krachtig stelling nemen. Indelingsvoorschriften kunnen nimmer bepalen of posten al dan niet geactiveerd kunnen worden. Dit is een bedrijfseconomisch vraagstuk. Is activering op bedrijfseconomische gronden mogelijk dan kan de wet zonder uitdrukkelijke wetsbepaling activering niet verbieden. Voorts geeft artikel 4 van de Vierde EG-richtlijn aan dat als posten niet ondergebracht kunnen worden onder benoemde posten toevoeging mogelijk is (zo ook het Besluit modellen jaarrekening).

Toch ligt hier wel een probleem. De Nederlandse wetgever heeft de post 'kosten van oprichting en uitbreiding' uit de Vierde EG-richtlijn doelbewust beperkt tot kosten, verbonden aan de uitgifte van aandelen. Kennelijk is het oogmerk geweest om aanloopkosten van activering uit te sluiten. Zou men hen willen activeren dan is dit slechts mogelijk met een beroep op de bepaling dat men van de bijzondere voorschriften moet afwijken indien dit voor het door de jaarrekening te geven inzicht noodzakelijk is (art. 362 lid 4, tweede volzin). In die situatie zou ik wel willen aannemen dat ter hoogte van het geactiveerde bedrag geen winstuitkeringen mogelijk zijn. Aanloopkosten die samenhangen met produktontwikkeling kunnen m.i. als onderdeel van de kosten van onderzoek en ontwikkeling worden geactiveerd, aannemende dat hiervoor een bedrijfseconomische grondslag aanwezig is. Een ander voorbeeld betreft de in de energiebranche voorkomende geactiveerde kosten van boringen naar olie en gas, zonder dat vaststaat dat van winbare reserves sprake is. Gelden zij als kosten van onderzoek en ontwikkeling, als een afzonderlijke onder de immateriële vaste activa toe te voegen categorie dan wel als een afzonderlijke post van de materiële vaste activa (in het bijzonder: materiële vaste activa in uitvoering - uiteraard met aangepaste terminologie)? In het eerste geval ontstaat de verplichting tot

vorming van een wettelijke reserve en een beperking in afschrijvingsduur (max. vijf jaren); in het tweede geval zou naar de letter geen wettelijke reserve behoeven te worden gevormd en geldt ook geen beperking in afschrijvingsduur. De derde mogelijkheid ligt, gezien de internationale gebruiken (Verenigde Staten) het meest voor de hand.

6. Afsluitende opmerkingen

Hiervoor heb ik de contouren van de wettelijke reserves aangegeven³⁹. Het zijn wettelijke grenzen waarbinnen vele open vragen bestaan en waarbij het bedrijfseconomisch oordeel volop tot zijn recht kan komen. Het feit dat de wettelijke regeling op dit moment nog een aantal gebreken kent, betekent nog niet dat van deze gebreken gebruik mag worden gemaakt. Het bedrijfseconomisch oordeel houdt niet alleen in dat binnen de wettelijke grenzen, maar ook over deze grenzen tot een verantwoord oordeel moet worden gekomen. 'Creatieve verslaggeving' moet steeds doel en strekking van de wet in acht nemen. Een belangrijke rol is hierbij mijns inziens weggelegd voor de Raad voor de Jaarverslaggeving.

Noten

1 *Wet van 15 mei 1981, Sb. 332, in werking getreden op 1 september 1981.*

2 *H. Beckman en P. M. van der Zanden, Het nieuwe kapitaalbeschermingsrecht, opgenomen in NIuRA-geschrift nr. 28, Deventer 1982, blz. 62 e.u.; H. Beckman, Nieuwe Jaarrekeningvoorschriften door de inwerkingtreding van de Wetaanpassing tweede EG-richtlijn, TVVS, januari 1982; H. Beckman, Onduidelijkheden en complicaties bij de verwerking van eigen aandelen, MAB, mei 1982.*

3 *R. Burgert, Een 'opknapbeurt van de vervangingswaarde?', ESB, 25 maart 1981; H. Beckman en P. M. van der Zanden, Het nieuwe kapitaalbeschermingsrecht, opgenomen in NIVRA-geschrift nr. 28, Deventer, 1982, blz. 62.*

4 *Onder meer in de Duitse en Deense wetgeving.*

5 *Gewijzigd voorstel d.d. 19 augustus 1983, PB d.d. 9 augustus 1983, Nr. C 240/2.*

6 *In de Zevende EG-richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening, vastgesteld op 13 juni 1983 (PB d.d. 18 juli 1983 Nr. L 193/1) wordt de reserve negatieve goodwill met betrekking tot de geconsolideerde balans wel genoemd.*

7 *Wetsontwerp 16551, Zitting 1982-1983, nr. 9.*

8 *Zie hierover uitvoeriger H. Beckman en P. M. van der Zanden, Het nieuwe kapitaalbeschermingsrecht, in NIVRA-geschrift nr. 28, Deventer, 1982.*

9 *Indien alle aandelen zijn volgestort, is dit begrip gelijk aan het geplaatste kapitaal. Zijn de aandelen niet volgestort, dan spreekt men van gestort kapitaal. Is bijstorting op niet-volgestorte aandelen gevraagd resp. uitgeschreven zonder dat storting heeft plaatsgevonden dan wordt dit deel als opgevaagd kapitaal aangemerkt. De vordering uit dien hoofde wordt onder de tot de vlottende activa behorende vorderingen opgenomen.*

10 *Zie voor BV's: artt. 208-209. Deze bepalingen ondergaan als gevolg van het wetsontwerp 'Nieuwe regeling voor het kapitaal van de BV' nog wijzigingen.*

11 *Fiscale redenen zullen gewoonlijk deze omzetting voor aandeelhouders niet aantrekkelijk maken.*

12 *Bijvoorbeeld: inkoop is mogelijk tot 10% van het geplaatste kapitaal (zie art. 98 BW2).*

13 *Deze regeling ligt overigens reeds sedert 1 september 1981 voor NV's in de wet vast.*

14 *Zie artikel 207 Wetsontwerp 'Nieuwe regeling voor het kapitaal van de BV' (nr. 9).*

15 *Overigens is de wettelijke formulering niet geheel correct. Er zou moeten staan 'Ten laste van reserves die bij of krachtens de wet moeten worden aangehouden, mag . . .'*

16 *P. A. Wessel, Grondslagen voor waardering en van bepaling van het resultaat, in NIVRA-geschrift nr. 30, Actueel jaarrekeningsrecht, Deventer, 1983, blz. 78.*

17 *De mogelijkheid om niet uitkeerbare reserves om te zetten in aandelenkapitaal resp. de aanwending voor inkoop van eigen aandelen ontbreekt vanzelfsprekend voor deze rechtspersonen. Ook dividenduitkeringen in contanten aan leden kunnen niet voorkomen. Dit neemt*

niet weg dat op grond van de exploitatie-uitkomsten aan leden uitkeringen, zoals nabetalin-
gen kunnen plaatsvinden.

18 Men zou in de wetgeving dus moeten bepalen, wil men recht doen aan de creatie van
wettelijke reserves: 'Uitkeringen aan leden ten laste van reserves die bij of krachtens de wet
(en statuten) moeten worden aangehouden, zijn niet geoorloofd'.

19 Reeds is vermeld dat m.i. omzetting van wettelijke reserves in aandelen steeds mogelijk
is. De omvang van het 'gebonden kapitaal' wordt niet aangetast.

20 Voorstellen tot uitkeringen op effecten moet een NV op grond van artikel 103 BW2
onverwijld openbaar maken, indien zij deze effecten ten beurze genoteerd heeft staan.

21 Enige aanwijzing dat het hierbij zou gaan om de laatste vastgestelde jaarrekening ont-
breekt (art. 215 BW2).

22 Dit moment is m.i. juist. Hier wreekt zich dat ons recht geen boekhoudvoorschriften kent
maar alleen jaarrekeningvoorschriften.

23 Alleen voor de wettelijke herwaarderingsreserve geldt dat deze gekoppeld is aan de
ongerealiseerde herwaardering van op balansdatum aanwezige activa. Naar mijn mening is
de koppeling aan 'op balansdatum' onjuist.

24 Voorstellen tot dividenduitkeringen behoeven anders dan bij een NV niet openbaar
gemaakt te worden.

25 Zoals vastgelegd in de wet aanpassing Vierde EG-richtlijn.

26 De door de Nederlandse wetgever gecreëerde wettelijke reserves zouden daarom veel beter
geformuleerd kunnen worden in termen van 'uitdelingsverboden'. De eerder gesignaleerde
problematiek bij Coöperatieve verenigingen en Onderlinge waarborgmaatschappijen wordt
dan eveneens vermeden.

27 Zou men desondanks tot uitkering overgaan, dan is de aandeelhouder tot terugbetaling
verplicht, indien hij wist of behoorde te weten dat de uitkering niet geoorloofd was (art. 105
BW2).

28 De in noot 27 genoemde terugbetalingsregeling geldt hier niet, omdat het daar om
geconstateerde geoorloofdheid bijkens de vastgestelde jaarrekening. Hier gaat het om de vraag
of, ondanks geconstateerde geoorloofdheid, desondanks uitkeringen aan aandeelhouders niet
toegestaan zijn.

29 Titel 8 BW2 volgens wet aanpassing Vierde EG-richtlijn.

30 Wetontwerp 16551, nr. 9, artt. 204a-204b.

31 De Memorie van Toelichting acht vorming ten laste van de winst- en verliesrekening
toegestaan. Echter in de Memorie van Antwoord wordt dit uitgesloten.

32 De Memorie van Toelichting merkt op dat de vorming van deze reserve ten laste van de
winst- en verliesrekening niet vereist is. Bij de Memorie van Antwoord is dit teruggenomen
(zie noot 31).

33 Zevende EG-richtlijn, artikel 45.

34 Uitgaande van de veelal in Nederland gehuldigde opvatting dat een éénmaal onder het
eigen vermogen opgenomen post niet nadien in het resultaat mag worden opgenomen. M.i.
is deze opvatting te ongenueanceerd: waar het om gaat, is dat een post niet tweemaal als
resultaat mag worden bestempeld.

35 Met opzet hanteer ik de terminologie uit de Vierde EG-richtlijn en niet uit de wettekst,
waarin over het doel van de herwaardering wordt gesproken. Men zal duidelijk de doelstelling
van het gehanteerde waarderingsstelsel moeten aangeven.

36 Hiermee is niet gezegd dat de vrijval steeds ten laste van het resultaat moet geschieden;
dit hangt mede af van de gekozen instandhoudingsdoelstelling. Ook de Vierde EG-richtlijn
verplicht niet tot vrijval ten gunste van het resultaat.

37 Het betreft de reserve negatieve goodwill.

38 Naar mijn mening wordt met 'resultaat van de deelneming' in artikel 389 bedoeld het
nettoresultaat na belastingen verhoogd of verlaagd met rechtstreekse mutaties in het eigen
vermogen, welke het karakter van bate of last hebben.

39 Daarnaast spelen wettelijke reserves nog een rol bij juridische fusie. Zie hierover P. M.
van der Zanden, *Juridische fusie en de financiële informatieverschaffing daaromtrent, op-
genomen in De Balans Opgemaakt, Deventer 1983. Zie ook zijn bijdrage in NIVRA-geschrift,
Juridische fusie nr. 31, Deventer 1983.*