

‘Wijs de cliënt altijd op de uitkeringstoets’

Om te voorkomen dat ondernemers door te royale dividenduitkeringen de toekomst van hun bedrijf op het spel zetten, heeft de wetgever in oktober 2012 de goedkeuring door het bestuur verplicht gesteld. De zogenoemde uitkeringstoets is daarbij een belangrijk instrument. De notaris en de accountant kunnen de ondernemer helpen zijn besluit te onderbouwen.

TEKST Peter Louwerse | BEELD Truus van Gog

Vóór de inwerkingtreding van de flex-bv was tamelijk duidelijk wanneer en hoeveel geld aandeelhouders uit de besloten vennootschap (bv) mochten halen, zegt notaris Isabelle Cox van Olenz notarissen uit Veenendaal. ‘Je keek naar de jaarrekening, en als er genoeg vrij uitkeerbare reserves waren, kon je dividend uitkeren.’ Het probleem: de jaarstukken geven altijd een beeld van het verleden en zijn dus per definitie achterhaald, zeker als ze pas laat in het volgende boekjaar worden vastgesteld. ‘In de tussentijd kan er van alles gebeurd zijn wat niet uit die stukken blijkt’, zegt Cox, die bestuurslid is van specialistenvereniging VOC voor notarissen die zich hebben bekwaamd in het ondernemingsrecht. ‘Een grote klant kan failliet zijn gegaan, of de onderneming wordt bedreigd door een forse aansprakelijkheidsclaim.’ Als dergelijke tegenslag leidt tot het bankroet van het bedrijf, blijven de schuldeisers met lege handen achter, terwijl de aandeelhouders niet veel eerder nog ruimschoots aan hun trekken kwamen.

HOOFDELIJK AANSPRAKELIJK

De uitkerings- of liquiditeitstoets, in feite een codificatie van jurisprudentie van de Hoge Raad, moet de crediteuren beschermen. Het bestuur van de bv moet de toets doen voordat het de dividenduitkering goedkeurt. Dat geldt bij alle situaties waarbij waarde aan de bv wordt onttrokken, dus ook bij inkoop van eigen aandelen of kapitaalvermindering. Als achteraf blijkt dat de vennootschap na de uitkering de opeisbare schulden niet kan betalen, is de bestuurder daarvoor hoofdelijk aansprakelijk. Houdt hij de hand op de knip, dan zullen de aandeelhouders dat soms niet waarderen. ‘Veel bestuurders willen zich daarom indekken’, zegt Cox. Voor een transactie als inkoop van eigen aandelen of kapitaalvermindering moeten zij naar de notaris. Voor dividenduitkering hoeft dat niet, dus veel van deze besluiten blijven buiten het gezichtsveld van het notariaat. In veel gevallen zal de ondernemer te rade gaan bij zijn accountant. Vaak komen beide dienstverleners in actie.

ZWARE ZORGPLICHT

Notaris Mark Sprenkels uit Wijk bij Duurstede heeft gemerkt dat sinds de invoering van de flex-bv veel ondernemers het vermogen willen

verminderen. ‘Een minimumkapitaal van 18.000 euro is niet langer vereist’, verklaart Sprenkels. ‘Als de eigenaren van de bv het eigen vermogen willen terugbrengen, kan dat ten nadele van de schuldeisers zijn.’ Voor zo’n kapitaalvermindering is statutenwijziging nodig, en daar komt de notaris in beeld. ‘Ik wijs de cliënt erop dat derden niet in de problemen mogen komen’, zegt Sprenkels. ‘We hebben immers een zware zorgplicht.’ De notaris kan dan niet volstaan met het wijzigen van de statuten en het controleren van de handtekeningen van de aandeelhouder en de bestuurder, stelt Sprenkels. ‘Als notaris ken je de vennootschap niet van a tot z. Je moet de cijfers gezien hebben. En ik zal aan de ondernemer vragen of er nog ontwikkelingen zijn die niet uit de cijfers blijken. Of er binnenkort bijvoorbeeld een nieuwe machine wordt gekocht.’ Als het niet verantwoord is om kapitaal aan de vennootschap te onttrekken, vraagt Sprenkels toelichting aan de accountant. ‘En dan kijk ik of ik ermee kan leven.’ Hij heeft één keer meegemaakt dat de ondernemer verbaasd vroeg waar de notaris zich mee bemoeide. ‘De accountant had de liquiditeitstoets te rooskleurig voorgesteld.



De verantwoordelijkheid van de ondernemer is nog zwaarder geworden door de flex-bv

Uiteindelijk is er minder kapitaal uitbetaald. Vaak krijgt hij ook te horen: 'U bent de eerste notaris die ernaar vraagt.' Dat zit Sprenkels niet lekker: hij wil zijn werk goed doen en hoort regelmatig dat er collega's zijn die het niet zo nauw nemen met de liquiditeitstoets en daarom goedkoper kunnen werken. 'Wrang', vindt hij dat. 'Zeker omdat de tarieven al zo onder druk staan.'

NACHTRUST

De notaris, benadrukt Cox, moet zich realiseren dat de juridische gevolgen voor het bestuur en de aandeelhouders groot kunnen zijn als er te veel is uitgekeerd. 'Vraag dus altijd naar de uitkeringstoets. Wijs de bestuurder erop en zorg dat alles goed is vastgelegd. Help met het op goede wijze vastleggen van de onderbouwing.' Welke zekerheid kan zij de ondernemer bieden? 'Het lastige is dat we dat niet precies kunnen zeggen', zegt Cox. 'We zoeken nog naar de reikwijdte van de bepaling. In de uitkeringstoets moet je allerlei zaken meewegen, bijvoorbeeld de ontwikkeling van marktomstandigheden, en dat maakt het moeilijk.'

Ook de accountant kan de ondernemer niet de ultieme nachtrust bezorgen.

'De ondernemer zoekt vaak zekerheid', meent Hugo van Campen, AA-accountant en beleidsmedewerker midden- en kleinbedrijf bij de accountantsorganisatie NBA. De accountant zal doorgaans wel antwoord kunnen geven op de vraag: kan ik deze uitkering doen? Veel moeilijker is de vraag: mag ik deze uitkering doen? Van Campen: 'Een accountant vraagt zich dan af: komt de klant voor de *assurance*? Ofwel wil hij de bevestiging dat zijn keuze juist is? Of voor de *insurance* en wil hij zich dus indekken tegen aansprakelijkheidsclaims?'

GRIJS GEBIED

De verantwoordelijkheid van de ondernemer is nog zwaarder geworden door de flex-bv, zegt Hugo van Campen. 'De bewijslast is omgekeerd. Voorheen moest de curator aantonen dat uitkering ten onrechte was. Nu moet de bestuurder aantonen dat de uitkering rechtmatig was.' Bij goed draaiende bedrijven is meestal wel duidelijk wat wel of niet kan. 'Het gaat om het grijze gebied', zegt Van Campen. Met name in het mkb vraagt de bestuurder: accountant, help mij te voldoen aan de wettelijke verplichtingen. Zeg mij hoeveel ik mag uitkeren. Van Campen: 'Het eerste stuk kunnen we

wel beantwoorden. Maar het is lastig om te zeggen hoeveel hij mag uitkeren, omdat ook wij niet alle feiten en omstandigheden kennen. We kunnen die beslissing tot uitkeren wel ondersteunen: zijn de aannamen goed, gebruikt de ondernemer de rekenregels goed? Uiteindelijk moet de ondernemer een goed onderbouwde beslissing nemen. Doet hij dat niet, dan neemt hij het risico van hoofdelijke aansprakelijkheid. Hij moet die keuze welbewust hebben gemaakt.'

ONDUIDELIJKE REGELS

De notaris en de accountant zitten in veel opzichten in hetzelfde schuitje. Vanuit hun zorgplicht wijzen ze de ondernemer op zijn plichten en tegelijk worstelen ze met onduidelijke regels. 'Het ondersteunende normenkader is vaag', meent Van Campen. 'We weten niet precies over welke periode we praten, we kennen de indicatoren onvoldoende.' Vaak zoeken notarissen houvast bij de accountant, stelt Van Campen vast. 'Ze vragen ons bij de inkoop van aandelen of de waarde reëel is. Maar de wet schrijft geen verklaring van een accountant voor. In wezen is die waardering een beslissing van de bestuurder. Daarom zeg ik tegen de notaris: "Verschuil je niet achter de ander."''

Bij de toepassing van nieuwe en soms nog onduidelijke regelgeving zoeken notarissen en accountants dus naar duidelijke kaders om hun cliënt optimaal te adviseren. Uiteindelijk is de ondernemer zelf verantwoordelijk. ■