

LEGAL UPDATE

Uitkeringen aan aandeelhouders in crisistijd

Datum: 26 maart 2020

Ondernemingen zijn in deze tijd van het jaar bezig met het opmaken van de jaarstukken. Normaal gesproken is dit ook de tijd om te bepalen of uitkeringen aan aandeelhouders kunnen worden gedaan. Dit voorjaar is door de coronacrisis geen gewoon voorjaar. Is het in deze crisistijd verstandig om winst of reserves uit te keren aan aandeelhouders? Waar moet een bestuurder extra op letten als een uitkering wordt overwogen? Deze Legal Update gaat over uitkeringen aan aandeelhouders door een besloten vennootschap¹ in (corona)crisistijd.

Besluitvorming over uitkeringen

Een uitkering aan aandeelhouders vergt een besluit van de algemene vergadering en de goedkeuring van het bestuur.

Algemene vergadering

Ten eerste is dus een besluit van de algemene vergadering nodig. Eerder schreven we al een [Legal Update](#) over het houden van een (deels) fysiek algemene vergadering en (andere) mogelijke vormen van besluitvorming door de algemene vergadering. Vergeet niet dat elke bestuurder in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn raadgevende stem uit te oefenen over het voorgenomen aandeelhoudersbesluit, ook als dat besluit buiten vergadering wordt genomen. Een uitkering die wordt gedaan terwijl daaraan geen besluit van de algemene vergadering ten grondslag ligt, is onverschuldigd betaald.

De algemene vergadering dient een eenvoudige balanstest te doen als de vennootschap reserves aanhoudt die zij op grond van de wet of de statuten moet aanhouden. Zijn er dergelijke reserves? Dan mag alleen een uitkering worden gedaan als het eigen vermogen groter is dan de verplicht aangehouden reserves. Als er geen verplicht aangehouden reserves zijn, dan is het doen van een balanstest niet nodig.

Bestuur

Een uitkeringsbesluit van de algemene vergadering heeft pas gevolg als het bestuur daaraan goedkeuring heeft verleend. Een uitkering aan de aandeelhouders zonder goedkeuring van het bestuur, is onverschuldigd betaald.

Over het algemeen gelden geen formaliteiten voor het nemen van bestuursbesluiten. Wel dient een besluit het resultaat van onderling overleg te zijn. Dit betekent in elk geval dat elke bestuurder in de gelegenheid moet zijn geweest om deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming.

De goedkeuring van het bestuur kan bij uitdrukkelijk besluit worden gegeven, maar kan onder omstandigheden ook worden afgeleid uit bepaald handelen of nalaten van het bestuur. In alle omstandigheden, maar zeker in crisistijd, verdient het aanbeveling om een goedkeuringsbesluit en de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen schriftelijk vast te leggen.

¹ Deze Legal Update gaat ervan uit dat in de statuten van de besloten vennootschap geen van de wet afwijkende bepalingen zijn opgenomen.

De goedkeuring moet in elk geval worden gegeven (vlak) voorafgaand aan de feitelijke uitkering, dus op het moment van betaling. Als geruime tijd is verstreken sinds de goedkeuring, of als de omstandigheden sindsdien aanmerkelijk zijn gewijzigd, dan moet de goedkeuring worden heroverwogen. Als dus recent een uitkeringsbesluit is genomen door de algemene vergadering, maar de uitkering is nog niet verricht (ongeacht of deze al wel of niet door het bestuur is goedgekeurd), dan geldt dat het bestuur voorafgaand aan de betaling, (nogmaals) de uitkeringstest moet doen (zie de toelichting hierna over de uitkeringstest). Een eventuele eerder gegeven goedkeuring moet dan mogelijkerwijs, door de gevolgen van de coronacrisis, worden ingetrokken. Als nog geen goedkeuring is gegeven, dient deze mogelijk te worden geweigerd.

Uitkeringstest

De wet bepaalt dat het bestuur de goedkeuring slechts weigert indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Om te beoordelen of deze situatie zich na uitkering zal voordoen, voert het bestuur een uitkeringstest uit. Het is ons advies om de uitkomsten van deze test schriftelijk vast te leggen en ter onderbouwing bij het (schriftelijk vastgelegde) goedkeuringsbesluit te voegen.

Het bestuur dient bij de uitkeringstest rekening te houden met alle omstandigheden die de continuïteit van de vennootschap in de nabije toekomst kunnen beïnvloeden. De uitkeringstest strekt zich dus niet enkel uit tot de beoordeling of *opeisbare* schulden kunnen worden betaald, maar ziet ook op het kunnen voortgaan met betaling van *voorzienbare* schulden. Liquiditeit, solvabiliteit en winstgevendheid dienen een rol te spelen bij de beoordeling of een uitkering aan de aandeelhouders gerechtvaardigd is. Voorbeelden van omstandigheden die de continuïteit beïnvloeden, zijn: tekort aan belangrijke voorraden, betaalproblemen van debiteuren en het wegvallen van een belangrijke klant of afzetmarkt. Dit zijn kortom allemaal zaken waarmee ondernemingen geconfronteerd kunnen worden in de coronacrisis.

In normale omstandigheden is het raadzaam om een liquiditeitsprognose voor ten minste het komende boekjaar op te stellen. Bij het maken van die prognose dient gewoonlijk ook rekening te worden gehouden met bekende grote *cash outs*, aflossingsverplichtingen, terugkerende kosten en te verwachten veranderingen die na meer dan een jaar plaatsvinden. Nu het economische klimaat zeer onzeker is door de coronacrisis, adviseren wij om de liquiditeitsprognose voor een langere periode te maken. Maak daarbij een zorgvuldige en voorzichtige schatting van toekomstige kasstromen.

Andere voorbeelden van relevante omstandigheden die in overweging dienen te worden genomen, zijn de seizoensgebondenheid van de inkomende en uitgaande betalingen van de vennootschap (die tot illiquiditeit kunnen leiden als ze niet goed op elkaar zijn afgestemd) en de (on)beschikbaarheid van aanvullende financiering voor de vennootschap in de nabije toekomst.

Al dan niet als onderdeel van de uitkeringstest, dient te worden nagegaan of er afspraken zijn met de bank van de vennootschap die een (groeps)kredietfaciliteit verstrekt. Dergelijke afspraken kunnen in de weg staan aan het doen van een uitkering. Denk bijvoorbeeld aan afspraken over minimale liquiditeits- of solvabiliteitsratio's waaraan de vennootschap moet (blijven) voldoen.

Wij nemen aan dat de coronacrisis de continuïteit van de vennootschap in de nabije toekomst beïnvloedt, invloed heeft op liquiditeit (debiteuren betalen niet of later) en winstgevendheid (de vraag in de markt naar uw producten of diensten neemt af), en dat het onzeker is of in de toekomst – indien nodig – (aanvullende) financiering beschikbaar is. Daarbij komt in algemene zin dat de economische situatie zeer onzeker is.

Wij adviseren daarom om de uitkeringstest conservatief uit te voeren en daarbij langer (dan gebruikelijk) in de tijd vooruit te kijken naar wat de verwachtingen voor de vennootschap zijn. En dus om terughoudend(er) te zijn met het goedkeuren van (grote) uitkeringen.

VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

Onder gewone omstandigheden wordt van een bestuur niet verlangd dat het extern (financieel) advies inwint over de goedkeuring van een uitkering. In uitzonderlijke omstandigheden, zoals die van de coronacrisis, mag van het bestuur een grote(re) mate van zorgvuldigheid worden verwacht. Bij twijfel over hoe de uitkeringstest in deze situatie moet worden toegepast, kan het raadzaam zijn om wel een externe adviseur in te schakelen.

In een volgende Legal Update gaan we in op uitkeringen in groepsverband.

Dit is een Legal Update van Corinne Kuipers.

Voor meer informatie:

Corinne Kuipers
+31 30 25 95 616
corinnekuiipers@vbk.nl