



CORONA EN LIQUIDITEIT - DODELIJK DUO



SV

SELS & VERHOEVEN ACCOUNTANCY BV

Omgaan met liquiditeit in onzekere tijden

De ondernemer en zijn adviseur worden voor de grootste liquiditeitscrisis geplaatst van deze generatie. Op mondiaal en intersectoraal niveau heeft COVID-19 de economie lamgelegd of minstens belemmerd. De onzekerheid hoe lang de maatregelen zullen aanhouden, knaagt aan ons economisch weefsel. De grootste niet-medische uitdaging ligt in het beheren van de liquiditeit en het voorspellen van de cashstromen. Het blijkt een haast onmogelijke opdracht.

De jaarrekeningen voor boekjaar 2019 worden nog afgesloten in de kapitaalbenadering, evenwel is de nieuwe schuldeisersbescherming op basis van de liquiditeitstest van toepassing vanaf 1 januari 2020 op alle BV's.

De bestuurder van de BV zal samen met de accountant de financiële gezondheid van de vennootschap moeten monitoren, in die mate dat zij samen redelijkerwijze inschatten dat de vennootschap gedurende de komende 12 maanden al haar schulden zal kunnen afbetalen. Bij de invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen stelden experts ter zake reeds vast dat dergelijke schuldeisersbescherming een stortvloed aan aansprakelijkheden zal veroorzaken. Deze vaststelling kwam tot stand in een normaal ondernemingsklimaat. Thans bevinden wij ons echter in een ongekennde crisis, waarvan de economische impact nog zeer lang zal nazinderen.

De liquiditeitstest kent een tweevoudige veruitwendiging. Zowel in de alarmbelprocedure als bij uitkeringen uit de vennootschap moet zij toegepast worden. Deze nota heeft de bedoeling een overzicht te geven van welke handelingen u zeker zou moeten stellen als bestuurder en als accountant van een onderneming in moeilijkheden. Het objectief is daarbij steeds hetzelfde: het vermijden van aansprakelijkheden.

Ook in het kader van de WCO-wetgeving kennen we een belangrijke bepaling voor accountants die vaststellen dat hun cliënt in moeilijkheden verkeert. Vandaag de dag is deze wetgeving uitgebreid toepasbaar op de meerderheid van de vennootschappen. Wat zijn hier de spelregels die de accountant moet respecteren om minstens zelf van aansprakelijkheid gevrijwaard te blijven?

Auteurs : Pieter Willems en Jan Tuerlinckx

TUERLINCKX TAX LAWYERS

Van Putlei 14

2018 ANTWERPEN

www.tuerlinckx.eu

INHOUDSOPGAVE

I.	LIQUIDITEIT EN KREDIETWAARDIGHEID VAN VENNOOTSCHAPPEN.....	4
II.	VENNOOTSCHAPSRECHTELIJK EN BOEKHOUDKUNDIG KAPITAAL ALS DUITSE UITVINDING.....	5
III.	DE INTREDE VAN HET NIEUWE VENNOOTSCHAPSRECHT IN HET WVV EN DE GEDEELTELIJKE AFSCHAFFING VAN HET DUITSE REGELFETISJISME VOOR DE BV	6
IV.	DE LIQUIDITEITSMETER ALS SUBSTITUUT VOOR HET KAPITAAL OP HET VLAK VAN VENNOOTSCHAPSRECHTELIJKE SCHULDEISERBESCHERMING : RECHTSONZEKERHEID.....	7
V.	LIQUIDITEIT IN TIJDEN VAN COVID-19 : RECHTSONZEKERHEID IN HET KWADRAAT	8
VI.	LIQUIDITEIT IN HET WVV :DE PROEF OP DE SOM	9
	a. het verbod op uitkeringen uit vennootschappen	9
	b. de alarmbelprocedure op liquiditeit: de cobra onder het gras	12
VII.	DE LIQUITITEITSUITDAGING VOOR DE ACCOUNTANT IN HET INSOLVENTIERECHT.....	15
VIII.	CONCLUSIE : WETGEVEND OPTREDEN VEREIST?.....	17

I. LIQUIDITEIT EN KREDIETWAARDIGHEID VAN VENNOOTSCHAPPEN

Het is zo één van die evergreens die niet zou misstaan in het eerste college “Inleiding tot het Economisch Recht” of “Inleiding tot het boekhoudrecht”. Van het type dat vaak slechts een halve waarheid bevat en voor het overige voornamelijk samenhangt van kunstmatige feiten. De oefening begint als volgt: de professor tekent twee balansen van vennootschappen op het bord. Een vennootschap A met een kapitaal van 500 euro en een vennootschap B met een kapitaal van 2.000 euro en stelt de volgende vraag aan zijn studenten: “Welke vennootschap vertrouwt u het meest om een langdurige handelsrelatie op te bouwen?”

“ LIQUIDITEIT : SLEUTEL VAN DE SCHULDEISERBESCHERMING ”

Een vraag waarbij u aanvoelt dat er geen juist antwoord mogelijk is, slechts een onvolledig. Toegegeven, u bent geneigd de vennootschap te kiezen met 2.000 euro kapitaal. De professor keert zich opnieuw naar het bord en vult de balans aan met de actiefzijde: vennootschap A heeft 500 euro op de bankrekening staan, vennootschap B heeft 2.000 euro in oprichtingskosten geactiveerd. Het kapitaal van vennootschap B, hoewel meer belovend dan dat van vennootschap A, vertegenwoordigt dus een kost die in het verleden werd gemaakt en die omwille van een boekhoudkundige tolerantie mag worden ‘geactiveerd’ op de balans. Het kapitaal van vennootschap A, daarentegen, vertegenwoordigt langs de actiefzijde het meest vloeibare asset op onze planeet: geld.

Wanneer u de beoordeling maakt met welke vennootschap u in zee wil gaan, zal het feit dat vennootschap A over voldoende liquiditeit beschikt om haar contractuele verplichtingen na te leven een doorslaggevende invloed spelen. Tegen de intuïtie van de eerste kennismaking in, is de enige logische en meest betrouwbare contractpartner vennootschap A. Uiteraard gaat het hier slechts om een zeer beperkte boekhoudkundige analyse van de vennootschap A. In de dagelijkse praktijk zal men zich beroepen op meer complexe berekeningen om de kasstromen, gemiddelde leverancierstermijnen en allerlei ratio's uit de balans van een vennootschap te filteren, alvorens te contracteren.

Waar de gemiddelde Belg zich misschien meer bij kan voorstellen: om dezelfde reden vraagt iedere bank de laatste aangifte in de personenbelasting op alvorens een (hypothecaire) lening toe te staan. De bank kan hierdoor een beoordeling maken van het budget dat de ontlener ter beschikking heeft en dat hij kan spenderen aan het terugbetalen van de lening. Liquiditeit. Terugbetalingscapaciteit. Dat zijn de factoren waarmee we rekening houden als we een potentiële contractspartij screenen. Uiteraard is het leuk dat op de balans 10 miljoen euro aan kapitaal staat te blinken, maar op zich, voor schuldeisers, is dat weinig betekenisvol zonder effectief realiseerbare activa.

II. VENNOOTSCHAPSRECHTELIJK EN BOEKHOUDKUNDIG KAPITAAL ALS DUITSE UITVINDING

Dat kapitaal dan toch zo'n prominente rol speelde (en nog altijd speelt voor de NV) in ons vennootschapsrecht, hebben we te danken aan onze Duitse burens. Zij hebben via de Kapitaalrichtlijnen van de Europese Unie in alle lidstaten hun kapitaalbegrip als ultieme schuldeiserswaarborg tot gemeengoed gemaakt.

Volgens deze Duitse kapitaaldoctrine ligt de Heilige Graal van ons schuldeisersbeschermingsrecht in het opleggen van talloze minutieus op te volgen regels rond kapitaal. Iedere vennootschap moest een minimumkapitaal hebben. Dat minimumkapitaal moet werkelijk volgestort zijn, hetgeen wil zeggen: vooraleer u iets onder de post "kapitaal" op uw balans mag schrijven, moet dat gecontroleerd worden door een externe partij die de correcte waarde waarborgt. Het meest eenvoudige voorbeeld is de inbreng in geld. Ik breng 1.000 euro als kapitaal in de vennootschap. Dat geld moet eerst op een geblokkeerde rekening op naam van de vennootschap worden gestort. De bank zal dan vervolgens in een origineel ondertekend attest moeten verklaren dat dat geld effectief op die rekening is gestort. Ten slotte zal de notaris zich van de echtheid van dat attest vergewissen, alvorens hij de kapitaalverhoging kan laten doorgaan.

U begrijpt dat dit het meest eenvoudige voorbeeld is. Zodra ik mijn klantenportefeuille, octrooi of zelfs onroerend goed in de vennootschap als kapitaal wil inbrengen, kom ik er met een eenvoudig attest niet vanaf. Dan zal ik als bestuurder in eerste instantie een waardering moeten uitvoeren, om daarna een bedrijfsrevisor onder de arm te nemen die controleert of ik mijn waarderingswerk correct en met de nodige objectiviteit heb uitgevoerd. De notaris begeleidt en attesteert dan tot slot het geheel.

Het Wetboek van vennootschappen stond bol van de regels over de vorming van het kapitaal, de rapportering over het kapitaal, het voorkomen van aantasting van het kapitaal, de instandhouding van het kapitaal, de regels rond vermindering van kapitaal, enzoverder. Het kapitaalbegrip heeft zo een volledig netwerk van beperkingen en dwingende voorschriften in ons recht geïnjecteerd dat er primair op was gericht om schuldeisers enige zekerheid te bieden bij het omgaan en aanknopen van contractuele relaties met vennootschappen. Naar eeuwenoud Duits disciplinair model, kon men geen aansprakelijkheid oplopen indien men dit regelapparaat zorgvuldig en nauwgezet opvolgde. Op overtreding van die regels, hoe formeel of minimaal ook, stonden strenge aansprakelijkheidssancties die de oprichters, aandeelhouders of bestuurders van de vennootschap konden treffen. Indien de bestuurders of aandeelhouders de regels rond kapitaal niet respecteerden, kon de schuldeiser zich rechtstreeks tot de bestuurder of aandeelhouder wenden om zijn schade op te eisen.

“ KAPITAAL EEN DUIDELIJK BEGRIP MAAR ONDOELTREFFEND ”

Het kapitaalsysteem had het voordeel van de duidelijkheid, onverzettelijkheid en rechtszekerheid. De regels lieten zich bijzonder goed vatten in wetteksten en al bij al diende de wetgever slechts zelden beroep te doen op een blanco-norm (bepaling die veel ruimte laat voor interpretatie).

III. DE INTREDE VAN HET NIEUWE VENNOOTSCHAPSRECHT IN HET WVV EN DE GEDEELTELIJKE AFSCHAFFING VAN HET DUITSE REGELFETISJISME IN DE BV

De wetgever heeft echter dezelfde oefening gemaakt als de professor aan het begin van het college “Inleiding tot het boekhoudrecht”. Dat Duitse kapitaalbegrip stelde op de keper beschouwd onvoldoende waarborgen voor schuldeisers. Eén van de grote struikelblokken bleek de totale afwezigheid van een verband met de actiefbestanddelen. Uitgezonderd bij de inbreng, waar een bepaald goed wordt ingebracht in de vennootschap en daarvoor in ruil een bepaalde kapitaalwaarde wordt toegekend, is er geen rechtstreeks verband tussen een welbepaald actiefbestanddeel van de vennootschap en het kapitaal. Eens de inbreng is voltrokken, verwordt het kapitaal tot een louter boekhoudkundige uitdrukking.

Het nadeel hiervan is dat boekhoudkundige cijfers manipuleerbaar zijn, actieve handelingen vereisen om up-to-date te blijven en een zekere vorm van zelfdiscipline vragen. Drie basisvoorwaarden waartegen al te vaak en eenvoudig kan worden gezondigd. Hoeveel vennootschappen worden er bijvoorbeeld niet failliet verklaard met nog een voorraad in de boeken van behoorlijke omvang. Als de curator dan een inspectie ter plaatse doet, moet deze vaststellen dat het over een magazijn vol op maat gesneden houten planken gaat, waarvan de helft is aangetast door houtwormen en de andere helft volstrekt onbruikbaar is voor andere toepassingen. De verkoopwaarde is slechts een fractie van de boekwaarde. Dit kan zowel het gevolg zijn van een doelbewuste strategie om door manipulatie van de boekhouding de kredietwaardigheid kunstmatig hoog te houden als een eerder ongewild gevolg van ondeskundigheid of gebrek aan optreden. Het zal voor ondernemers immers een serieuze portie aan zelfdiscipline vergen om toe te geven, in de eerste plaats aan hun accountant, dat zij hun duur aangekochte voorraad niet aan de man kunnen brengen. Het kapitaal kan op dergelijke wijze volledig in rook

“ 2020 TIJD VOOR EEN NIEUWE WIND IN ONS VENNOOTSCHAPSRECHT “

opgaan. Theoretisch verbiedt immers geen enkele kapitaalregel dat het kapitaal aan de passiefzijde in rechtstreeks verband moet staan met een kredietwaardig activum. De aandacht die wordt besteedt aan de correcte waardering van een activum bij inbreng in een vennootschap en vorming van het kapitaal, wordt volledig teniet gedaan door het manifeste gebrek aan aandacht voor een concrete instandhouding van datzelfde kapitaal in relatie tot het activum.

Het zou niet het enige manco blijken op het conto van het Duitse kapitaalbegrip. Zo kon er bijvoorbeeld geen zinnige uitleg worden gegeven waarom het minimumkapitaal in de nv hetzelfde was voor een bedrijf met multinationale ambities als voor een bedrijf dat de plaatselijke buurtwinkel uitbaatte. Beide ondernemingen betaalden 61.500 EUR en daarmee was de kous af. De echte kapitaalpuristen repliceren dan dat er binnen het kader van de oprichtersaansprakelijkheid wel een notie van toereikend vermogen bestond dat aangepast diende te zijn aan het bedrijf dat men wenste uit te baten. Wij wensen echter geen aandacht te besteden aan regelingen die in de praktijk compleet irrelevant zijn gebleken.

Met onder meer deze invalshoeken bereidde de wetgever het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna WVV) voor - dat uiteindelijk na een ware calvarietocht vorm kreeg in de wet van 23 maart 2019. In het WVV wordt de bvba omgedoopt tot BV en de cvba tot CV en starten deze vennootschapsvormen met een compleet nieuw elan. In beide vennootschappen wordt immers het Duitse kapitaalbegrip terzijde geschoven en is er plaats voor meer flexibiliteit. Zo heeft de BV, in tegenstelling tot de bvba, geen strikt minimumkapitaal meer, zal er in de BV geen kapitaal meer op de balans staan en zullen inbrengen bij een gewoon besluit van de algemene vergadering kunnen worden uitgekeerd.

IV. DE LIQUIDITEITSMETER ALS SUBSTITUUT VOOR HET KAPITAAL OP HET VLAK VAN SCHULDEISERSBESCHERMING: RECHTSONZEKERHEID

Bij het verlaten van het Duitse kapitaalbegrip heeft de wetgever de bezorgdheden waartegen dit kapitaalbegrip vaak ondoeltreffend bleek, niet zomaar genegeerd. De wetgever erkende nog steeds de nood om contractspartijen en schuldeisers te beschermen tegen het misbruik dat soms van vennootschappen wordt gemaakt.

De wetgever heeft hierbij de focus verlegd van een abstract boekhoudkundig begrip, naar een zeer concreet en reëel begrip: de liquiditeit. Theoretisch zijn wij de idee van schuldeisersbescherming op basis van de liquiditeit van een vennootschap bijzonder genegen en erkennen wij haar doeltreffendheid. Het bewaken van de liquiditeit in een vennootschap en het bewust omgaan met kasstromen, zijn immers de hoekstenen van een gezonde onderneming.

Uiteraard hoeft niet elke vorm van liquiditeit eigen te zijn aan de onderneming, ook beleende liquiditeit telt mee. Het spreekt voor zich dat er op dat punt wel rekening zal moeten gehouden worden met de termijnen en de voorwaarden waaronder bepaalde kredieten werden afgesloten. Een onderneming die te allen tijde zijn verplichtingen inventariseert en de haalbaarheid van terugbetalingen bewaakt, zal de beste garantie zijn voor schuldeisers op terugbetaling. Van zodra deze verwachtingen echter uitwijzen dat de onderneming in moeilijkheden zal komen moet er aan de alarmbel getrokken worden en is het aangewezen om een rem te zetten op bepaalde transacties: zoals uitkeringen aan de aandeelhouders.

De merite van dit principe zullen wij hier niet bestrijden. Helaas is het eigen aan het rechtssysteem en haar handhaving dat hoe meer de maatregel aangepast moet zijn aan een concrete situatie, hoe meer ruimte zij zal laten voor interpretatie. Dit werkt de rechtsonzekerheid dan weer in de hand, hetgeen laakbaar is. Waar het abstract principe van het kapitaal ontegensprekelijk het voordeel van de duidelijkheid had, kan hetzelfde niet gezegd worden van de liquiditeitstesten die de wetgever in de plaats heeft ingevoerd. Dat ligt veel minder aan het nieuw

karakter van deze regel, maar eerder aan haar inhoudelijke bepalingen. Deze zijn immers wel blanconormen die een toepassing in concreto vereisen. Hetgeen ongetwijfeld aanleiding zal geven tot verrassende uitspraken van onze hoven en rechtbanken in de jaren die komen.

V. LIQUIDITEIT IN TIJDEN VAN COVID-19: RECHTSONZEKERHEID IN HET KWADRAAT

Het is in dit klimaat van juridische onzekerheid rond liquiditeit dat de ondernemer geconfronteerd wordt met de grootste liquiditeitscrisis van zijn generatie. Want samen met het nieuw vennootschapsrecht dat op 1 januari 2020 geruisloos in werking trad en dwingend van toepassing werd op alle bestaande vennootschappen, begon COVID-19 aan zijn geruisloze opmars onder de wereldbevolking.

“ CORONA EN DE INWERKINGTREDING VAN HET NIEUWE VENNOOTSCHAPSRECHT : THE PERFECT STORM “

Dit medisch niet te onderschatten probleem, blijkt ook op economisch vlak ongeziene gevolgen te hebben. De feitelijke sluiting van verschillende bedrijven wegens technische werkloosheid komt bovenop de gedwongen sluiting van verschillende bedrijven in de horeca, entertainment en andere sectoren die de “social distancing” niet kunnen respecteren. De grootste bezorgdheid van de ondernemer vandaag, naast de medische, is liquiditeit. Uit verschillende interviews en media-optredens blijkt dat ondernemingen die perfect gezond en solvabel zijn, toch in de problemen komen. De reden daarvoor is een gebrek aan cash. Om dezelfde reden besloot de regering om algemeen uitstel te verlenen voor de betaling van allerlei belastingen en heffingen. Het doel van deze maatregel is zuurstof creëren voor de bedrijven: de liquiditeit maximaal trachten te bewaren voor private betalingen.

Het belang van de cashflow van een onderneming valt nog het best te vergelijken met een watermolen die een molensteen aandrijft. De molensteen staat symbool voor de activiteit van de onderneming, het water dat over het rad stroomt staat uiteraard symbool voor de cashflow. Zolang er een toestroom van water is, is er an sich geen probleem. De snelheid waarmee het water stroomt is belangrijk voor de snelheid waarmee de molensteen zal draaien en productief kan zijn. In een gezonde onderneming bepaalt de cashflow het ritme van productiviteit. Hoe meer water er door het waterrad stroomt, des te meer energie wordt er opgewekt en des te hoger zal de productiviteit liggen. In het overgrote deel van onze bedrijven, zal het stilliggen van het waterrad een heuse kettingreactie veroorzaken. Zo valt bijvoorbeeld te denken aan de automobielsector. In tijden van crisis is het een klassiek en logisch te verklaren fenomeen dat de autoverkoop afneemt en slechts moeizaam terug op gang komt. Bovenop de moeilijkheden die een rechtstreeks gevolg zijn van de coronacrisis, namelijk het stilvallen van het waterrad, komt er dus ook een structureel probleem bij, namelijk de verwachting dat eens het water terugkeert, het slechts met mondjesmaat zal zijn. Gevolg hiervan is dat verschillende grote autofabrikanten wereldwijd fabrieken hebben stilgelegd en dat deze niet meteen op volle kracht zullen heropstarten. Dit zal niet enkel voelbaar zijn bij

de fabrikanten zelf, maar ook bij hun concessiehouders en toeleveranciers en alle andere bedrijven die ergens in de keten betrokken zijn. Het spookbeeld van een algemene recessie doemt dan ook groter op dan ooit tevoren.

VI. LIQUIDITEIT IN HET WVV: DE PROEF OP DE SOM

Wat nu gezegd van de liquiditeit in ons nieuw vennootschapsrecht? Hiervoor zijn twee bepalingen uit het WVV van belang die beide uitsluitend van toepassing zijn op de BV.

a. *Het verbod op uitkeringen uit vennootschappen bij een falende liquiditeit*

De eerste bepaling waarin liquiditeit centraal staat is artikel 5:143 WVV. Daarin wordt gesteld dat de vennootschap slechts een uitkering mag doen indien vaststaat dat volgens de redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen de vennootschap in staat zal blijven om haar schulden te voldoen over ten minste twaalf maanden.

In de eerste plaats moet er sprake zijn van een uitkering uit de vennootschap aan een aandeelhouder of bestuurder. Het typevoorbeeld is het dividend, maar ook een tantième, een terugbetaling van inbreng, een inkoop eigen aandelen of een andere verkapte winstuitkering komt in aanmerking. Klassiek zijn dit verrichtingen waartoe besloten wordt door de algemene vergadering, omdat zij een bestemming geven aan de winst die werd gerealiseerd.

“ ONVOLDOENDE LIQUIDITEITSVOORUITZICHT BETEKENT ZOVEEL ALS VINGER OP DE KNIP HOUDEN ”

De algemene vergadering beslist bijvoorbeeld tot uitkering van een dividend aan de aandeelhouders. In het nieuwe vennootschapsrecht zal deze uitkering van een dividend pas definitief zijn op het tijdstip dat de raad van bestuur de zogenaamde “liquiditeitstest” heeft toegepast. Hetgeen wil zeggen dat de raad van bestuur moet nagaan of de vennootschap na de uitkering nog voldoende liquiditeit ter beschikking heeft om de volgende 12 maanden haar schulden af te betalen. Hierbij mag en zal zij uiteraard rekening houden met de redelijkerwijs te verwachten cashflow van het komende jaar. Men vereist niet dat een onderneming haar liquiditeitsbehoefte voor een volledig jaar beschikbaar houdt op de bankrekening, dat zou volledig indruisen tegen de wetten van de meerwaardecreatie en economische activiteit. Maar het spreekt voor zich dat hoe minder liquiditeit men ter beschikking heeft op het tijdstip van beoordeling, hoe nauwkeuriger, wetenschappelijker en meer onderbouwd men zijn cashflowprognose zal moeten uitvoeren.

Deze beoordeling dient ook te gebeuren na balansdatum. Voor een klassiek boekjaar dat afsluit per 31 december en met een jaarvergadering in mei, zal de beoordeling van het bestuursorgaan moeten gebeuren zo kort mogelijk bij de jaarvergadering, in de maand april of mei met andere woorden. Het bestuursorgaan in de BV zal rekening moeten houden met alle omstandigheden die sinds de afsluitdatum van het boekjaar zijn voorgevallen. Daar hoort dit jaar helaas ook COVID-19 bij. Niet alleen zal de vennootschap met een volkomen verzwakte, zij het niet reeds uitgeputte, actuele liquiditeitspositie aan deze test worden onderworpen, bovendien is het zonder meer onmogelijk het vervolg van de crisis te voorspellen en een inschatting te maken van de cashflow in de komende 12 maanden. Bij een huidige crisissituatie zonder precedent passen eigenlijk slechts de meest strenge en voorzichtige standpunten.

De wetgever heeft enkele richtlijnen meegegeven in de parlementaire voorbereidingen van hoe de liquiditeitstest op een deskundige wijze benaderd dient te worden. Hij doet hiervoor een beroep op een watervalstelsel.

1. In de *eerste plaats* vormt de goed te keuren balans het ijkingspunt, in onze hypothese zal dat de jaarrekening zijn die afsluit per 31 december 2019, De wetgever schuift hiervoor de quick ratio naar voor. Dit is de verhouding tussen de vlottende activa enerzijds, met uitzondering van de voorraad – denk aan het voorbeeld dat eerder werd gegeven en men ziet snel in waarom de voorraad hiervan wordt uitgesloten – en de schulden op korte termijn anderzijds.

De vlottende activa bestaan grosso modo uit handelsvorderingen, bestellingen in uitvoering, beleggingen en de bankrekeningen. De kortlopende schulden zijn alle schulden die op minder dan een jaar betaalbaar zijn. Het kan gaan om te vervallen gedeelten van langlopende kredieten, maar ook om leveranciersschulden, personeelskosten en belastingen. Het spreekt voor zich dat deze quick ratio hoger dan 1 moet zijn om op basis van deze test een uitkering te verantwoorden.

Volgens de richtlijn die we terugvinden in de parlementaire voorbereiding, kan de liquiditeitstest tot deze parameter beperkt worden, indien de uitkering slechts een marginale impact heeft op de quick ratio. Een gezonde onderneming kan jarenlang structureel winst hebben gemaakt en een fantastisch boekjaar 2019 achter de rug hebben, zodat de optelsom van haar vlottende activa ruimschoots de som van de kortlopende schulden overstijgt. In theorie, en wij benadrukken deze nuancerings, zou deze vennootschap kunnen overgaan tot een uitkering op basis van de balansmatige quick ratio in zoverre deze uitkering slechts een marginale impact heeft.

De huidige omstandigheden verbieden echter dat men zich zou beperken tot een dermate eenvoudige balans-test. In deze tijden zal men zich in het watervalstelsel van de wetgever hoe dan ook tot het tweede niveau moet laten zakken.

2. Op dit *tweede niveau* komt de werkelijke bedoeling van de wetgever mooi aan de oppervlakte drijven. Het bestuursorgaan moet rekening houden met de toekomstige ontwikkelingen, lees: ontwikkelingen na balansdatum, die nog niet als dusdanig in de balans tot uiting zijn gekomen. Wanneer er geen bijzondere omstandigheden bekend zijn bij het bestuursorgaan die het gebruik van historische cijfers niet

verantwoorden, kan het bestuursorgaan zich beperken tot het eenvoudig toepassen van de historische kasstromen op de afgesloten balans om te zien waar dit de vennootschap brengt na 12 maanden.

Hoewel er iets wordt toegevoegd aan de loutere balans van een vennootschap, namelijk cashflowschema's, is de impact al bij al beperkt. Het bestuursorgaan zal de historische cashflow, die uiteraard gekend is, toepassen op een eveneens gekende balans. De mate waarin het bestuursorgaan op het tweede niveau een voorspellend vermogen moet hebben, blijft dus nog beperkt tot het analyseren van de historisch gekende cijfers van de onderneming. Het vergt een extra inspanning, maar de parameters zijn bekend en het kader is tot nog toe duidelijk.

3. *Op het derde niveau* komen we pas terecht op voorwaarde dat het bestuursorgaan weet heeft van bijzondere omstandigheden die een impact hebben op de analyse en die ervoor zorgen dat de historische resultaten niet langer betrouwbaar zijn.

Wat tot zo'n bijzondere omstandigheid moet worden gerekend, is niet eenduidig. Een wereldwijde gezondheids crisis die de complete economie lam legt, behoorde tot voor kort tot de science fiction van de professor die een duidelijk en veilig voorbeeld aan zijn studenten wilde geven om geen penibele discussies uit te lokken. Helaas is dit de realiteit waarin wij vandaag leven.

Op dit derde niveau volstaat het niet langer om bekende cijfers te analyseren maar wordt er werkelijk beroep gedaan op de voorspellende gave van het bestuursorgaan. De stap van niveau 2 naar niveau 3 onderscheidt de charlatan-waarszegster van het orakel van Delphi. Op dit niveau vereist de wetgever dat er aan de hand van gedetailleerde vermogensstroomtabellen wordt aangetoond, uiteraard binnen de marge van wat redelijkerwijze voorzienbaar is, dat de vennootschap over een periode van minimaal 12 maanden haar schulden zal kunnen blijven betalen.

Het is duidelijk dat onder de huidige omstandigheden niemand de ware economische impact van deze ongekende gezondheids crisis zal kunnen inschatten. Hoe lang blijven de huidige maatregelen nog aan, hoe snel zal de economie terug op gang komen, wat zal de structurele impact zijn van deze crisis op ons economisch weefsel en welke sectoren worden het hardst getroffen? Het is duidelijk dat de onmiddellijke impact groter is voor een restaurant, een autoverkoper of een festivalorganisator, maar het zou getuigen van een ongelooflijke kortzichtigheid moest aan bijvoorbeeld de dienstensector niet minstens een onrechtstreeks, maar daarom niet minder zwaar, effect worden toegedicht.

De liquiditeitstest die het Duitse kapitaalbegrip moet vervangen, wordt onmiddellijk zeer zwaar op de proef gesteld. Men zou kunnen zeggen dat deze nieuwe test inderdaad adequater, doeltreffender en meer concreet is dan haar voorgangers, maar de noodzakelijke onzekerheid die zij met zich meedraagt, speelt haar in extreme situaties parten.

De sanctie bij het overtreden van de liquiditeitstest is de aansprakelijkheid van het bestuursorgaan, de terugvordering van de winstuitkering of een aanvullende combinatie van beide. De inzet is dus hoog, want de ondernemer riskeert naast zijn vennootschapsvermogen ook zijn privévermogen op het spel te zetten.

In deze extreme tijden, keert de liquiditeitstest ogenschijnlijk om. Het was de bedoeling van de wetgever om in uitzonderingsgevallen de uitkeringen van winst nog te kunnen blokkeren als deze bedrijfseconomisch niet verantwoord zouden zijn. In tijden van COVID-19 zijn alle uitkeringen onmogelijk geworden, tenzij er kan aangetoond worden dat er een gigantische reserve is waaruit voldoende liquiditeit kan worden gepuurd om de volgende 12 maanden te overleven. Daarom zal de doorsnee onderneming aan geen enkele vorm van winstuitkering kunnen doen. De ondankbare taak om dit te melden, rust meestal bij de accountant.

b. De alarmbelprocedure op liquiditeit: de cobra onder het gras

De tweede bepaling in de BV die liquiditeit centraal stelt, is de vernieuwde alarmbelprocedure uit artikel 5:153, §2 WVV. De alarmbelprocedure bestaat al sinds het kapitaal in ons vennootschapsrecht werd ingeschreven. Vroeger in de bvba, en nog altijd in de nv, was de alarmbelprocedure een zuivere balanstest. Zij werd uitgelokt zodra het bestuursorgaan vaststelde dat het netto-actief was gedaald tot onder de helft van het kapitaal. In mensentaal: wanneer de schulden hoger dreigen te worden dan de activa van de vennootschap.

“ EEN FALENDE LIQUIDITEITSTEST VERGT BIJKOMEND INITIATIEF EN RAPPORTERING OM BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID TE VOORKOMEN ”

Wanneer aan deze toepassingsvoorwaarden voldaan was, moest het bestuursorgaan een algemene vergadering bijeenroepen die zich moest bezinnen over het verderzetten van de vennootschap, de eventuele ontbinding of zelfs het aanvragen van het faillissement. Het voordeel van de oude alarmbelprocedure was opnieuw de duidelijkheid. In de eerste plaats gaat het om een volstrekt eenvoudige, bijna wiskundige, balanstest. De activa worden verminderd met de schulden en de uitkomst ervan mag niet minder zijn dan de helft van het kapitaal. Bovendien, om zich onder de toepassingsvoorwaarden van de alarmbelprocedure te bevinden, moest het bestuursorgaan het probleem hebben vastgesteld. De wetgever vereiste geen voortdurende monitoring van de balans van de vennootschap. Klassiek werd het probleem dan ook waargenomen bij het doorsturen van het ontwerp van jaarrekening door de accountant aan de bestuurders, zodat er een concreet aanvangspunt kon worden onderscheiden.

In het kader van de afschaffing van het kapitaalbegrip in de BV, werd ook de alarmbelprocedure in een nieuw kleedje gestopt. Opnieuw treedt de liquiditeit op de voorgrond als waarborg voor schuldeisers. In de BV heeft het bestuursorgaan de doorlopende verplichting om de financiële situatie van de vennootschap op te volgen of minstens ervoor te zorgen dat de nodige mechanismes daartoe aanwezig zijn. Dit houdt onder meer een zeer intensieve bewaking van de cashflow in.

Deze liquiditeitstest is dezelfde als bij uitkeringen en er kan aangenomen worden dat hetzelfde watervalsysteem geldt, waarbij we ons momenteel voor bijna alle sectoren op niveau 3 bevinden. Het verschilpunt met de uitkeringstest, is echter het tijdstip van toepassing. Men kan de uitkeringstest immers eenvoudig ontwijken door te beslissen geen uitkering te doen. Bij de alarmbelprocedure is dit niet mogelijk. De test zal hoe dan ook moeten gebeuren en onder de huidige omstandigheden kan men maar beter ervoor zorgen dat deze effectief wordt uitgevoerd en bovendien wordt gedocumenteerd.

Het bestuursorgaan moet dus de liquiditeitstest doorvoeren. Hetgeen wil zeggen dat zij op basis van precieze vermogensstroomtabellen een aantal scenario's moet uitwerken en toepassen op de balanspositie van de vennootschap. Indien dan zou blijken dat de vennootschap onder het meest pessimistische scenario haar schulden over de volgende 12 maanden niet kan aflossen, dan doet zij er goed aan de alarmbelprocedure te volgen. Eenieder begrijpt dat de impact van deze maatregel in de huidige crisistijden gigantisch is. Welke onderneming, die zwaar getroffen werd door de crisis durft met het hand op het hart stellen dat zij de volgende 12 maanden met zekerheid niet in de problemen zal komen op het vlak van betalingen?

Indien uit de liquiditeitstest blijkt dat de vennootschap mogelijkerwijze in de problemen kan komen met het voldoen van haar schulden over de komende 12 maanden, zal er tot actie moeten worden overgegaan. Het bestuursorgaan moet een algemene vergadering bijeenroepen binnen de twee maanden na vaststelling van de toestand en dient in de agenda voor de vergadering ofwel de ontbinding van de vennootschap voor te stellen ofwel de maatregelen om de continuïteit van de vennootschap te vrijwaren. Zij zal deze maatregelen ook in een concreet verslag moeten staven en bijvoegen bij de oproeping. Het is de algemene vergadering die vervolgens aan zet is en over de ontbinding dan wel verderzetting van de vennootschap moet besluiten.

Wordt deze procedure niet, laattijdig of gebrekkig gevolgd, dan maakt dit een bestuurdersfout uit. Zo riskeert de ondernemer opnieuw bestuurdersaansprakelijkheid op te lopen ten koste van zijn privévermogen. Bovendien wordt iedere schade die een schuldeiser heeft geleden, vermoed voort te vloeien uit deze fout. Zodat er zelfs een vermoeden is van bestuurdersaansprakelijkheid en het aan de bestuurder toekomt om dit te weerleggen.

Als u weet dat de alarmbelprocedure minstens in de top drie staat van favoriete bepalingen van de doorsnee curator bij het afwikkelen van een faillissement, dan weet u genoeg om de impact van deze wetswijziging in tijden van COVID-19 correct in te schatten. De golf van faillissementen zal er naar alle waarschijnlijkheid komen, zeker indien de toestand nog enige tijd blijft aanhouden. In eerste instantie is men geneigd te denken dat niemand

schuld treft aan deze crisis, dat het gaat om een onvoorzienbare omstandigheid en dat de afwikkeling van het faillissement bijgevolg tot de verkoop van het vennootschapsvermogen ten bate van de schuldeisers beperkt blijft. Het privévermogen van de ondernemer blijft bij gebrek aan fouten gevrijwaard. De nieuwe alarmbelprocedure is echter voor de ondernemer, wat de doos van Pandora voor de Grieken was: het begin van alle kwaad.

Neem nu een restaurant dat uitgebaat wordt door een vennootschap. De vennootschap heeft twee aandeelhouders, een externe investeerder die niet operationeel actief is en een aandeelhouder die tevens bestuurder is en de facto het restaurant uitbaat. Het restaurant is twee jaar geleden opgericht en beschikt nog niet over veel reserves. Uiteraard is het gesloten sinds 14 maart 2020 ten gevolge van de maatregelen van de regering. Daarop besluit de uitbater van het restaurant om afhaalmaaltijden aan te bieden via een deelplatform. Dat concept schijnt wel aan te slaan en, hoewel de omzet serieus is teruggefallen, kan dit de ergste schade helpen beperken. Uit citaten van verschillende experts blijkt echter dat de horeca in ieder geval tot het allerlaatste moment zal gesloten blijven.

We zijn een paar maanden verder, in augustus 2020, de eerste hype van de afhaalmaaltijden is voorbij en de omzet is volledig teruggefallen. De vennootschap vraagt het faillissement aan. Hoewel subjectief genomen de vennootschap alles in het werk heeft gesteld om de crisis het hoofd te bieden, is de kans groot dat de bestuurder toch zal worden afgerekend op het niet volgen van één formele regel: namelijk de alarmbelprocedure. Op basis van de teruggefallen omzet na de sluiting, had het bestuursorgaan een algemene vergadering bijeen moeten roepen om te besluiten over de verderzetting van de vennootschap. De curator over het faillissement stelt al snel vast dat er onvoldoende middelen beschikbaar zijn om alle schulden terug te betalen en ziet zich genooddaakt om zich te wenden tot andere middelen. Het feit dat de bestuurder de alarmbelprocedure niet heeft nageleefd, maakt een bestuurdersfout uit. De curator zal nu proberen de schulden van de vennootschap te verhalen op de bestuurder.

Om dergelijke drama's tegen te gaan, geldt er maar één vuistregel: voorkomen is beter dan genezen. Deze nota heeft de bedoeling om alle accountants, boekhouders en financiële adviseurs op te roepen om bij de goedkeuring van de jaarrekening 2019 ook zo veel mogelijk alarmbelprocedures te houden. Laat de aandeelhouders stemmen over de verderzetting van de vennootschap, laat het bestuursorgaan in een verslag samenvatten met welke middelen zij de crisis trachten te bestrijden, voeg dit verslag toe aan de oproeping en bespaar uw cliënten het mogelijke drama om bovenop de gezondheidscrisis en het faillissement ook het privévermogen te zien verdwijnen.

VII. DE LIQUIDITEITSUITDAGING VOOR DE ACCOUNTANT IN HET INSOLVENTIERECHT

De liquiditeitskwestie speelt uiteraard niet enkel in het vennootschapsrecht een prominente rol, ook in het kader van het insolventierecht is er een en ander over te zeggen. Het is niet de bedoeling om open deuren in te trappen, door te stellen dat het gebrek aan liquiditeit de onderneming op termijn de kop kan kosten. De staking van betaling als voorwaarde voor het faillissement, komt immers op niets anders neer dan de vaststelling dat een onderneming gewoonweg onvoldoende cash ter beschikking heeft om haar schulden te voldoen.

Deze nota poogt de cijferberoeper echter waakzaam te maken voor de minder voor de hand liggende en meer verdoken consequenties van de huidige liquiditeitscrisis. Verscholen tussen de bepalingen van het faillissement en gerechtelijke reorganisatie, vinden we bijvoorbeeld artikel XX.23, §3 WER. Deze beruchte bepaling zal bij de meesten ook bekend zijn als het voormalige artikel 10 van de WCO-wetgeving.

“ BIJ DE MINSTE TWIJFEL OVER CONTINUÏTEIT KRIJPT DE CIJFERBEROEPER IN ZIJN PEN ”

De wetgever richt zich rechtstreeks tot de externe accountant, erkend boekhouder(-fiscalist) en de bedrijfsrevisor. Het artikel zelf is een dubbele stelregel in de vorm van een tweetrapsraket. Deze raket wordt gelanceerd, zodra de cijferberoeper vaststelt op basis van overeenstemmende feiten dat de continuïteit van de economische activiteit van zijn cliënt in het gedrang is. Wij kunnen ons inbeelden dat in tijden van COVID-19 de meeste ondernemingen eerder wel aan deze definitie voldoen. De raket is dus gelanceerd.

Vervolgens behoort de cijferberoeper zich naar de volgende stelregels te gedragen:

1. De cijferberoeper zal zijn cliënt op omstandige wijze moeten inlichten over de door hem vastgestelde toestand. Dit doet hij omwille van bewijsredenen best per aangetekende brief. De wetgeving omschrijft dit duidelijk als een verplichting voor de cijferberoeper. In de parlementaire voorbereidingen vinden we bovendien terug dat de wetgever dit als “een zware verantwoordelijkheid” van de cijferberoeper beschouwt en dat derden hem daarvoor aansprakelijk kunnen stellen. Het is aan de respectievelijke Orden en Instituten (IBR, IAB en BIBF) om de opvolging van deze verplichting door hun leden nauwgezet te bewaken.

De wetgever heeft niet geëist dat de cijferberoeper actief op zoek gaat naar de feiten die zijn vermoeden zouden kunnen staven dat de continuïteit in het gedrang is. De vraag stelt zich in hoeverre men zich in de huidige crisistijden niet kan beperken tot de algemene kennis. Indien men bijvoorbeeld een restauranthouder onder het cliënteel heeft, lijken de voorwaarden voor de lancering reeds voldaan zonder concrete kennis van het dossier. De voorzichtige cijferberoeper kruipt dus best in de pen.

In deze tijden zal de brief van de cijferberoeper niet tot de grootste zorgen van de ondernemer behoren. Toch geeft hij er beter gevolg aan door concrete maatregelen voor te stellen die eventueel het hoofd kunnen bieden aan de teruggevallen omzet. Het spreekt voor zich dat deze brief ook het aangrijpingspunt kan uitmaken voor de ondernemer om een alarmbelprocedure te houden in de vennootschap. In het kader van deze procedure is het hoe dan ook de bedoeling dat de bestuurders herstelmaatregelen voorstellen aan de aandeelhouders.

2. De tweede trap van de raket is op meer cryptische wijze omschreven door de wetgever. Wanneer de cijferberoeper vaststelt dat zijn aanmaning tot het nemen van herstelmaatregelen niet serieus wordt opgevat door de ondernemer, “kan” de cijferberoeper de voorzitter van de ondernemingsrechtbank hiervan inlichten. De imperatieve waarde van het werkwoord “kan” is hier niet geheel duidelijk. Ook in de parlementaire voorbereidingen wordt benadrukt dat de eerste trap van de raket een verplichting is en de tweede trap een mogelijkheid. Helaas wordt deze schijnbaar logische uitleg gedeeltelijk teniet gedaan door andere passages in de voorbereidende werken die stellen dat de cijferberoeper de rechtbank inlicht, “in het bijzonder bij onwil van de ondernemingsleiders”.

“ COVID – 19 VEREIST EEN AANGEPAST BUSINESSPLAN “

De filosofie van het artikel is duidelijk: het opsporen van ondernemingen in moeilijkheden. De slagkracht zou echter uiterst steriel blijken indien de tweede trap niet wordt vervolledigd. Het blijft dan bij een interne waarschuwing van de accountant aan zijn cliënt. Voor de rechtbank blijft de onderneming in moeilijkheden onzichtbaar, men zou kunnen zeggen “niet opgespoord”.

In tijden van COVID-19 doet de cijferberoeper er bijgevolg goed aan om minstens aan zijn cliënten die in de getroffen sectoren actief zijn, een aangetekende brief te verzenden waarin hij zijn bezorgdheden uit en aanmaant tot herstelmaatregelen. Indien er een duidelijke onwil bij de onderneming blijkt om naar herstelmaatregelen te zoeken of indien het duidelijk is dat de onderneming binnen afzienbare tijd in staking van betaling zal verkeren, kan ook best de ondernemingsrechtbank op de hoogte gebracht worden.

VIII. CONCLUSIE: WETGEVEND OPTREDEN VEREIST?

De conclusie die aan het eind van deze nota past, is tweeledig en zeer bondig te verwoorden. De crisis rond COVID-19 raakt de ondernemingen ongemeen hard op het vlak van de liquiditeit. Het is de taak van de ondernemer, en dus ook van zijn adviseur, om in deze chaotische tijden de vinger aan de pols te houden door de liquiditeitspositie van de vennootschap kort op te volgen. Daarbij is het in de eerste plaats uit den boze om nog enige uitkering uit de BV te laten verdwijnen naar aandeelhouders of bestuurders toe - tenzij er een gebetonneerde verantwoording voor kan worden gegeven op basis van aangepaste cashflowprognoses. Het is ook van kapitaal belang om binnen iedere BV die min of meer wankelt ten gevolge van deze crisis, een alarmbelprocedure te houden. Op die wijze legt u nu al de eerste bouwstenen voor een vermogensbescherming, als blijkt dat de onderneming later failliet zou gaan. Dat voor wat betreft de indirecte adviesplichting van de accountant.

Daarnaast wordt de accountant ook rechtstreeks aangemaand om op te treden. Bij het gros van zijn cliënten zal de accountant moeten vaststellen dat er ernstige vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de continuïteit van de onderneming. Wat hij dus zeker moet doen, is een brief sturen aan zijn cliënten met een omstandige omschrijving van de vaststellingen en een aanzet van wat eventueel als remedie kan worden vooropgesteld. Het inlichten van de ondernemingsrechtbank is een meer facultatieve stap. In extreme omstandigheden, waar het duidelijk is dat de faillissementsvoorwaarden nagenoeg zijn voldaan of waar er sprake is van onwil, doet de accountant er toch goed aan ook de rechtbank in te lichten.

“ HET ZOU GEPAST ZIJN DAT DE WETGEVER INGRIJPT ”

Om te voorkomen dat de onzekerheid omtrent de liquiditeitstest slachtoffers maakt en dat cijferberoepers massaal hun cliënten moeten aanschrijven, is een wetgevend optreden noodzakelijk. Binnen de regeringskringen is er sprake van een moratorium voor faillissementen. Laten we dit uitbreiden naar een moratorium voor aanverwante verplichtingen, zoals de alarmbelprocedure en de tweetrapsraket.