

DRAAGKRACHT VAN ONDERNEMERS IN CRISISTIJD

E.R. LANKESTER RA & DRS. T.C.E. BORINGA RA

Het bepalen van het inkomen dat als uitgangspunt wordt gehanteerd voor de beoordeling van de draagkracht van ondernemers blijft in de praktijk een lastige zaak die tot veel discussies binnen en buiten rechtbanken en gerechtshoven leidt. Een belangrijke oorzaak hiervan is dat er naar onze ervaring nog te weinig in uitgangspunten en te veel in standaardformules wordt gedacht. Hetzelfde zie je op dit moment bijvoorbeeld ook terug in de discussie omtrent de bepaling van de behoefte, waar de 60%-formule (voorheen ook wel de Hof-formule genaamd) inmiddels gemeengoed is geworden, ondanks dat in het Tremarapport uitdrukkelijk is vermeld dat de bepaling van de behoefte maatwerk is. Dit deed een collega onlangs de wijze uitspraak ontlokken dat “waar het rekenen begint het denken eindigt”. In dit artikel willen wij u vanuit onze rol als financieel adviseur inzicht geven in de uitgangspunten voor het bepalen van de draagkracht van ondernemers. De specifieke kenmerken en gevolgen van de huidige economische crisis deden ons beseffen dat het herijken van deze uitgangspunten voor de praktijk noodzakelijk is.

Uitgangspunt

Het prettige van het denken in uitgangspunten is dat als de uitgangspunten goed zijn geformuleerd ze in principe altijd opgeld doen. Als basis voor het bepalen van het inkomen van een ondernemer dient dan ook hetzelfde uitgangspunt te worden gehanteerd als voor iedere andere alimentatieplichtige, namelijk het inkomen dat iemand in zijn situatie thans in redelijkheid kan verwerven.

Wat maakt het bepalen van het inkomen van een ondernemer dan zo lastig in verhouding tot een werknemer die in loondienst is bij een werkgever? Ondernemers bepalen in tegenstelling tot reguliere werknemers die maandelijks een vast salaris ontvangen zelf hun inkomen in de vorm van salaris dan wel privé-opnames, althans voor zover de inkomsten en de financiële situatie van hun onderneming dat toestaat. De winst die een onderneming genereert staat immers ter beschikking aan de ondernemer en kan aangewend worden om in het inkomen van de ondernemer te voorzien.

Op basis van het hiervoor geformuleerde uitgangspunt betekent dit dat ter bepaling van de draagkracht van een ondernemer beoordeeld moet worden welk bedrag hij *vanaf heden* gegeven de verwachte winstgevendheid en kasstromen jaarlijks in redelijkheid aan de inkomsten van de onderneming kan onttrekken, zonder dat deze onderneming

mede gegeven de liquiditeit¹ en solvabiliteit² financieel in de problemen komt. Met nadruk wijzen wij hierop de woorden “vanaf heden” omdat de (nog te bepalen) alimentatie vanaf heden betaald zal moeten gaan worden uit de inkomsten die de onderneming vanaf heden naar verwachting kan genereren. Dit uitgangspunt betekent derhalve dat gekeken dient te worden naar de huidige en in de nabije toekomst te verwachten inkomstsituatie van de onderneming.

In de praktijk en de jurisprudentie wordt ter bepaling van het inkomen van een ondernemer met regelmaat aansluiting gezocht bij de gemiddelde winstgevendheid van de onderneming in de afgelopen drie jaar, waarbij vaak ook wordt verwezen naar de Tremanormen. Mogelijk doelt men dan op hetgeen in het Tremarapport is vermeld bij post 65 (bedrijfsresultaat): “Teneinde de winst uit onderneming goed te kunnen beoordelen, is het wenselijk te beschikken over de jaarstukken over de laatste drie jaren: de balans, de winst- en verliesrekening, en de toelichting op de balans en de winst- en verliesrekening.” Het kunnen beschikken over deze informatie zegt echter niet dat hieruit dan een gemiddelde moet worden afgeleid.

1 Liquiditeit: de mate waarin de onderneming op korte termijn in staat is aan haar verplichtingen te voldoen.

2 Solvabiliteit: de mate waarin de onderneming op lange termijn in staat is aan haar verplichtingen te voldoen.

Resultaten uit het verleden...

Belangrijk is om na te gaan waarom in de praktijk zo vaak aansluiting wordt gezocht bij het gemiddelde van de historische resultaten. Naast verwijzingen naar jurisprudentie en de Tremanormen wordt dan als argument aangevoerd dat dit de enige concreet voorhanden zijnde informatie

Kasstromen zijn juist in hoge mate afhankelijk van het handelen van de ondernemer en daarmee door de ondernemen manipuleerbaar.

is en men niet in de toekomst kan kijken. Wanneer deze historische resultaten als uitgangspunt voor de huidige inkomenssituatie worden gehanteerd, is dat echter alleen gerechtvaardigd als de verwachting reëel is dat de historische resultaten zich ook in de toekomst zullen continueren. Dit staat uiteraard los van welke crisis dan ook. De huidige economische crisis heeft overigens wel duidelijk gemaakt dat deze verwachting niet voor iedere ondernemer vanzelfsprekend is. Oftewel: resultaten uit het verleden bieden geen garantie voor de toekomst. Het verleden is dan ook niet meer of minder dan een goed referentiekader waaruit kan worden afgeleid waartoe de onderneming tot op heden in staat is geweest. Dat zegt uiteraard niet dat dit dan de komende jaren automatisch zo zal blijven.

Het is derhalve van belang dat inzicht wordt verkregen in de huidige en toekomstig verwachte inkomenssituatie. Dit is immers de periode waarin de alimentatie zal moeten worden voldaan. Hoe kan nu de huidige en toekomstige verwachte inkomenssituatie van een ondernemer worden bepaald en vervolgens welk deel hiervan structureel periodiek aan de onderneming kan worden onttrokken?

Inkomen van ondernemingen

Allereerst is dan van belang inzicht te hebben in de inkomensituatie van een onderneming. De laatste jaren is hierover een aantal artikelen verschenen waarin de vraag is gesteld of hiervoor naar de winstgevendheid of naar de kasstromen moet worden gekeken. Onder kasstromen wordt hierbij verstaan: het geld dat jaarlijks daadwerkelijk per saldo via de bankrekening van de onderneming is/ wordt ontvangen en uitgegeven. In de recente artikelen is de conclusie getrokken dat met name inzicht in de kasstromen voor het bepalen van het inkomen van de ondernemer relevant is, omdat hieruit blijkt welk geld er daadwerkelijk beschikbaar is om uit te kunnen betalen aan de ondernemer.

Op zich is dit een correcte gedachte. Winst is namelijk slechts een boekhoudkundig berekend getal, daar waar de kasstroom aangeeft hoeveel geld er daadwerkelijk beschikbaar is nadat alle transacties in een jaar hebben plaatsgevonden. Ten aanzien van kasstromen wordt dan ook vaak gesteld dat deze onafhankelijk zijn van boekhoudkundige waarderingsgrondslagen en daardoor niet manipuleerbaar. Dit laatste is echter een misverstand. Kasstromen zijn na-

melijk juist in hoge mate afhankelijk van het handelen van de ondernemer en daarmee door de ondernemer manipuleerbaar. Zo kan een ondernemer om hem moverende redenen besluiten veel eigen geld te investeren in activa zoals bijvoorbeeld machines, auto's of voorraden of besluiten tot het versneld afbetalen van schulden. Onder eigen geld wordt in dit verband verstaan geld van de onderneming dat operationeel is verdiend. Dergelijke beslissingen hebben grote (negatieve) invloed op de kasstromen en dus ook op de draagkracht wanneer het inkomen van de ondernemer aan deze kasstromen wordt gerelateerd.

Het gevolg hiervan kan zijn dat ondernemers er in een echtscheidings situatie belang bij krijgen veel te investeren in vaste activa of voorraden en/of af te lossen op schulden, omdat dit de kasstroom en daarmee de draagkracht zou verlagen. Dit levert een ondernemer dan dubbel "voordeel" op: hij krijgt in zijn onderneming beschikking over meer activa of minder schulden en hij betaalt minder alimentatie. Dit voor de alimentatiegerechtigde nadelige aspect is van groot belang om bij de beoordeling van de kasstromen in het kader van de draagkrachtbepaling te betrekken.

Wat verder ook vaak onderbelicht blijft, is dat het niet gaat om de historische kasstromen, maar om de toekomstig verwachte kasstromen. Als er in de jaren voorafgaand aan de alimentatievaststelling in de onderneming heel veel is geïnvesteerd en er daardoor sprake was van negatieve kasstromen, dan zou dat tot de conclusie kunnen leiden dat er geen draagkracht is. Het gevolg van deze investeringen kan echter juist zijn dat er vanaf heden in de komende jaren niet of veel minder geïnvesteerd hoeft te worden, met als mogelijk gevolg dat de kasstromen dan dus aanzienlijk beter kunnen zijn dan in de afgelopen jaren. Omgekeerd geldt uiteraard dat als er in de afgelopen jaren relatief weinig is geïnvesteerd en er dus veel draagkracht aanwezig lijkt te zijn, dit mogelijk niet zo is omdat er in de komende jaren wel geïnvesteerd moet gaan worden. Zo er investeringen worden verwacht, dan dient de noodzaak hiervan te worden beoordeeld alsmede de vraag op welke wijze de financiering hiervan zal plaatsvinden en wat alsdan per saldo het effect op de jaarlijkse kasstroom zal zijn.

Bij de beoordeling van de investeringsplannen dient onder meer te worden nagegaan of dit noodzakelijke vervangingsinvesteringen dan wel uitbreidingsinvesteringen betreffen. Tevens dient te worden nagegaan wat de verwachte consequenties ten aanzien van de omzet en het resultaat zullen zijn vanwege deze investeringen. Dit laatste is met name van belang in geval van uitbreidingsinvesteringen.

Samengevat is het noodzakelijk om per het moment van ingaan van de alimentatieplicht inzicht te hebben in de financiële positie, waaronder begrepen de liquiditeit en solvabiliteit en de gepleegde en noodzakelijkerwijs nog te plegen investeringen en op basis daarvan te beoordelen wat er in de komende jaren redelijkerwijs verwacht kan worden. Daarbij dient de plausibiliteit van de toekomstverwachtingen zowel ten aanzien van de te verwachten resultaten en kasstromen als de noodzakelijk geachte investeringen en de wijze van financieren goed beoordeeld te worden.

Ten aanzien van de liquiditeit en solvabiliteit merken wij

volledigheidshalve op dat dit statische kengetallen zijn die worden berekend op basis van boekhoudkundige vermogensposities. Dit houdt in dat ter beoordeling van deze kengetallen inzicht moet bestaan in de boekhoudkundig toegepaste waarderingsgrondslagen. Dit is met name vanaf 2007 van belang, aangezien het sindsdien is toegestaan de jaarrekeningen van kleine ondernemingen op te stellen op basis van fiscale waarderingsgrondslagen. Het gevolg hiervan is dat de balansposities in de jaarrekening niet altijd inzicht geven in de reële waarde van de diverse activa en passiva en dat de winst- en verliesrekening vanwege deze fiscale grondslagen niet altijd een reëel beeld geeft van het gerealiseerde resultaat.

Winst of kasstroom?

De vraag blijft of het inkomen en daarmee de draagkracht van een ondernemer nu gebaseerd dient te worden op de verwachte winstgevendheid of op de verwachte kasstromen. Voor beide valt wat te zeggen.

Wanneer aansluiting wordt gezocht bij de verwachte kasstromen is het wel van groot belang dat de daarin begrepen verwachte investeringen in vaste³ en vlottende activa⁴ zeer goed worden beoordeeld. Daarbij dient tevens goed gekeken te worden naar de wijze waarop de investeringen worden gefinancierd. Immers: het is gebruikelijk investeringen in vaste activa (deels) met vreemd vermogen te financieren. Niet zozeer de toekomstige investering maar de additionele rente- en aflossingsverplichtingen van deze financiering dienen alsdan in de kasstroombeoordeling te worden betrokken.

Een belangrijke valkuil bij de kasstroomanalyse (die overigens ook van toepassing is op het analyseren van resultaten) is dat vaak naar een te korte periode wordt gekeken, waardoor aan incidenten in bepaalde jaren veel waarde wordt gehecht. Wanneer er de komende twee of drie jaar bijvoorbeeld niet geïnvesteerd hoeft te worden, zou de indruk kunnen ontstaan dat er in die periode een hoge kasstroom en daarmee een grote draagkracht is. Afhankelijk van de huidige financiële positie kan het echter noodzakelijk zijn om een deel van deze kasstroom te reserveren om de te verwachten investeringen over een aantal jaren te kunnen betalen.

Om aan dit bezwaar tegemoet te komen, is het naar onze mening vaak reëler om aansluiting te zoeken bij de (verwachte) winstgevendheid, omdat dit een redelijker beeld geeft van de inkomensmogelijkheden dan de verwachte kasstroom. Bij de winstbepaling worden investeringen immers via de afschrijvingen geleidelijk verdeeld over meerdere jaren, waardoor ten laste van de winst “automatisch” wordt gespaard voor toekomstige vervangingsinvesteringen. Dat wil echter niet zeggen dat dan niet ook naar de kasstromen gekeken dient te worden. Deze kasstromen zijn belangrijk vanuit het oogpunt van de betalingsmogelijk-

heden, bijvoorbeeld vanwege lopende aflossingsverplichtingen die uiteraard niet uit de winst- en verliesrekening blijken maar niet per definitie gelijk hoeven te zijn aan de afschrijvingslasten.

Oftewel: zowel de verwachte winstgevendheid als de kasstromen zijn van belang om een goed beeld van de draagkracht en de betalingsmogelijkheden te krijgen. Hierbij dient tevens de vermogenspositie van de onderneming ten tijde van het vaststellen van de alimentatie in ogenschouw te worden genomen. Ingeval de onderneming onvoldoende liquide en/of solvabel is, kan het namelijk casusspecifiek zo zijn dat een deel van de verwachte resultaten / kasstromen noodzakelijk is ter verbetering van de vermogenspositie van de onderneming en daarmee niet als draagkracht beschouwd kan worden.

Aanpassen jaarrekeningen

Overigens valt in recente publicaties over dit onderwerp op dat er naast een voorkeur voor kasstromen ook wordt gesteld dat jaarrekeningen niet zouden mogen worden aangepast in het kader van de bepaling van de draagkracht. Als argument wordt daarvoor ondermeer aangegeven dat de jaarrekeningen worden opgesteld op basis van het bepaalde in BW 2 titel 9 en dat daar niet zomaar aan getornd mag worden.

Ten eerste merken wij hierover op dat het sinds 2007 is toegestaan voor het opstellen van jaarrekeningen van kleine BV's aansluiting te zoeken bij fiscaal toegestane waarderingsgrondslagen. Daarbij komt dat het kabinet in het kader van de bestrijding van de economische crisis heeft besloten dat in 2009 gepleegde investeringen (op een aantal uitzonderingen na) in twee jaar mogen worden afgeschreven. Dit soort fiscale waarderingsgrondslagen heeft primair als doel het bepalen van de heffingsgrondslag waarover belasting moet worden betaald. Aangezien de belastingheffing door de overheid mede wordt gebruikt om bijvoorbeeld verkapte subsidie te verstrekken, dan is het duidelijk

Een belangrijke valkuil bij de kasstroomanalyse is dat vaak naar een te korte periode wordt gekeken, waardoor aan incidenten in bepaalde jaren te veel waarde wordt gehecht.

dat een op dergelijke grondslagen gebaseerde jaarrekening geen reëel inzicht geeft in de economische realiteit, ook al wordt hiermee door de ondernemer voldaan aan de wettelijke vereisten.

Van belang is verder om u te realiseren dat een jaarrekening wordt opgesteld om verantwoording over het *verleden* af te leggen. Wanneer een dergelijk document voor een geheel ander doel wordt gebruikt, in dit geval het bepalen van de *huidige en toekomstige* draagkracht, dan dienen er uiteraard wel degelijk correcties op de hieruit blijkende cijfers te worden aangebracht om tot bruikbare informatie te komen. Redenen hiervoor zijn onder meer:

3 Vaste activa zijn onder meer gebouwen, inventaris en vervoermiddelen.

4 Vlottende activa zijn onder meer voorraden, onderhanden werk en debiteuren.

- De draagkrachtbepaling is in de kern in feite een prognose, waarvoor de jaarrekeningen uit het verleden slechts een goed historisch referentiekader zijn.
- Eenmalige of tijdelijke baten en lasten in het verleden zullen zich in beginsel de toekomst niet weer voordoen. Als dit nu reeds voorzienbaar is, dan dient daar ter bepaling van het toekomstig inkomen uiteraard ook geen rekening mee te worden gehouden. Te denken valt aan incidentele advieskosten, eenmalige pensioendotaties, tijdelijk afschrijving van goodwill, incidentele boekwinsten bij verkoop van activa, ontvangsten van reeds afgewaardeerde vorderingen etc.
- Er zijn vaak voorzienbare gewijzigde omstandigheden ten opzichte van voorgaande jaren, waarmee naar de toekomst toe rekening moet worden gehouden.

Volledigheidshalve merken wij hierbij tevens op dat kasstroomoverzichten veelal ook worden opgesteld door aanpassingen te maken op de uit de jaarrekening blijkende winst- en verliesrekening. Zo worden ter bepaling van de kasstroom onder meer de afschrijvingslasten bij de winst geteld en de investeringen hierop in mindering gebracht. Het is derhalve van belang te realiseren wat het verband is tussen de kasstromen en de winst die uit de jaarrekening blijkt. In de basis bestaat het verschil tussen winst en kasstromen uit die posten die wel als kosten of omzet worden verantwoord, maar geen daadwerkelijke uitgaven of ontvangsten zijn. Zo zijn afschrijvingen boekhoudkundig beschouwd wel kosten maar geen daadwerkelijke uitgaven en omgekeerd. Dit is ook exact de reden waarom ter bepaling van de draagkracht de winst *soms* dient te worden gecorrigeerd voor een deel van de afschrijvingskosten, namelijk voor dat deel van de afschrijvingen dat niet toeziet op toekomstige vervangingsinvesteringen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij goodwill en onroerend goed waar steeds casusspecifiek beoordeeld dient te worden in hoeverre de verantwoorde afschrijvingslasten verband houden met een reële waardedaling dan wel met toekomstig noodzakelijke vervangingsinvesteringen. Wanneer bij de bepaling van de draagkracht besloten wordt geen rekening te houden met een deel van de afschrijvingslasten, dan is het vervolgens wel van groot belang dat wordt nagegaan of er tegenover de betreffende bezittingen aflossingsverplichtingen bestaan. Deze aflossingen komen namelijk niet ten laste van de winst, maar beperken uiteraard wel de mogelijkheid om geld aan de ondernemer uit te kunnen betalen. Zie hier het bewijs dat zowel de (genormaliseerde) winst als de kasstromen van belang zijn bij de beoordeling van de draagkracht.

Draagkracht in crisistijd

In de huidige tijd speelt verder nog de situatie dat veel ondernemingen vanwege de verslechterde economische omstandigheden niet of nauwelijks winst maken dan wel verlies lijden. In de basis zal de gerechtvaardigde conclusie dan kunnen zijn dat er (tijdelijk) geen of minder draagkracht is. Alvorens een dergelijke conclusie te trekken, is het echter wel van belang na te gaan of de onderneming in het ver-

leden op basis van behaalde resultaten reserves heeft opgebouwd. Door het reserveren (niet uitkeren) van winsten ontstaat immers solvabiliteit, oftewel eigen vermogen, als buffer voor tijden dat het minder goed gaat. Nu de reserves om deze reden zijn aangehouden, is het niet onlogisch dat deze reserves zowel voor zakelijke betalingen als voor betalingen aan privé worden aangesproken in tijden dat het inderdaad minder gaat.

Als de onderneming over voldoende reserves beschikt, zal de ondernemer in een verliessituatie interen op deze reserves om in zijn inkomen te kunnen voorzien. Zolang dit bedrijfseconomisch verantwoord en bovenal tijdelijk is, dient de mogelijkheid tot interen op het ondernemingsvermogen naar onze mening dan ook te worden betrokken in de beoordeling van de draagkracht. Hierbij zijn wij wel van mening dat er dan wel jaarlijks een toetsing moet plaatsvinden, omdat ondernemers uiteraard niet jarenlang kunnen blijven interen op het ondernemingsvermogen.

In deze onzekere economische tijd is onze visie overigens überhaupt dat het voor alimentatieafspraken in het geval van ondernemers verstandig is om afspraken te maken over toekomstige herzieningen. Ons advies daarbij zou zijn om jaarlijks een prognose op te stellen naar de laatste inzichten en deze achteraf te toetsen aan de werkelijk behaalde resultaten. Op basis van deze toetsing kunnen dan eventueel herziene afspraken te worden gemaakt. Dit zelfde geldt overigens ook in de situatie dat er sprake is van een startende ondernemer.

Overigens ligt het vraagstuk omtrent het al dan niet interen op het ondernemingsvermogen ten behoeve van de draagkracht gecompliceerder op het moment dat het ondernemingsvermogen behoort tot het te verdelen/verrekenen dan wel reeds verdeelde/verrekenende huwelijksvermogen. De vraag is dan gerechtvaardigd in hoeverre het reëel is als de ondernemer ten behoeve van het betalen van alimentatie moet gaan interen op zijn deel van dit vermogen, daar waar de alimentatiegerechtigde uit hoofde van de verdeling over een gelijk vermogen kan beschikken.

Tot slot is nog van belang of de draagkracht wordt beoordeeld ten behoeve van partner- dan wel ten behoeve van kinderalimentatie. In geval er namelijk sprake is van een verlieslatende onderneming, dan kan het casusspecifiek gerechtvaardigd zijn dat de conclusie wordt getrokken dat er op basis van het inkomen (tijdelijk) geen draagkracht is. Het gevolg daarvan zou kunnen zijn dat een rechtbank tot de conclusie komt dat er geen kinderalimentatie hoeft te worden betaald. De vraag is dan echter wel wie dan de kosten van levensonderhoud van de kinderen gaat betalen wanneer de alimentatiegerechtigde ook over onvoldoende draagkracht beschikt. Draagkracht uitsluitend gebaseerd op verwacht inkomen hoeft dan niet altijd allesbepalend te zijn.

Over de auteurs

E.R. Lankester RA en drs. T.C.E. Boringa RA zijn beiden vennoten van Boringa & Lankester registeraccountants en mediators in Nieuwveen, een financieel advieskantoor met onder meer als specialisatie het adviseren in echtscheidingszaken waarbij ondernemers zijn betrokken.