

Failliet, en nu?

Zelfs bij faillissementen met 'een luchtje' blijft nader onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid nu meestal uit. Gerichte inzet van forensisch accountants werpt zijn vruchten af, leert de ervaring van de belastingdienst in Almelo.

JAN DUURSEMA*

Enige tijd geleden concludeerde MKB Nederland in een onderzoek dat de rol van accountants bij faillissementen een grotere kan zijn dan nu het geval is (zie 'de Accountant', september 2003). Een terechte aanbeveling.

Maar die rol kan een bredere zijn dan tegen spel bieden aan de fiscus of het vervullen van een taak als curator. Een van de in dit verband meest in het oog springende aspecten aan faillissementen is het begrip 'kennelijk onbehoorlijk bestuur'. Juist op dit terrein kunnen accountants, met name forensisch accountants, een veel uitgebreider en actievere rol vervullen dan nu gebeurt.

Uit onderzoek blijkt dat bij tweederde van de faillissementen een vermoeden van misbruik bestaat. In één derde van deze gevallen zijn de aanwijzingen ernstig genoeg om tot vervolging over te gaan.

Op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) kunnen bestuurders van een vennootschap aansprakelijk worden gesteld als belastingschulden van de vennootschap onbetaald blijven. Vaak kan worden volstaan met het beoordelen van formele aspecten,

vooral als er sprake is van niet (tijdig) melden van betalingsonmacht. Toch bezit de ontvanger voldoende mogelijkheden om de aansprakelijkstelling ook inhoudelijk te onderzoeken.

Bewijslast

De bestuurdersaansprakelijkheid voor onbetaald gebleven belastingschulden is geregeld in artikel 36 van de Invorderingswet 1990.

De bestuurder van een commerciële rechtspersoon is hoofdelijk aansprakelijk voor onder meer de onbetaald gebleven loonbelasting en omzetbelasting, als aannemelijk is dat deze belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. Als de betalingsonmacht tijdig is gemeld dan ligt de bewijslast bij de ontvanger, die het kennelijk

Almelo behaalt met deze aanpak uitstekende resultaten, zowel financieel als preventief.

onbehoorlijk bestuur moet aantonen.

In de praktijk vindt een materiële toetsing van dit onbehoorlijk bestuur echter zelden plaats. Zelfs bij faillissementen waarbij wel meer vragen kunnen worden gesteld dan die over het wel of niet tijdig melden van de betalingsonmacht, blijft nader onderzoek meestal uit. En dat is te betreuren, omdat juist voor deze gevallen de antimisbruikwetgeving is geschreven.

Preventief

Waarom blijft dit soort materiële onderzoeken naar de bestuurdersaansprakelijkheid achterwege? Mocht het komen door de vrees dat de bewijslast voor het aantonen van onbehoorlijk bestuur te zwaar is, dan is dat onterecht. Er is namelijk voldoende jurisprudentie die laat zien dat de ontvanger bij de rechter wel degelijk gehoor vindt voor zijn positie. Ook in de praktijk blijkt het voor de Belastingdienst wel degelijk mogelijk om faillissementsonderzoeken in te stellen die verder gaan dan alleen de formele aspecten.

Zo beoordeelt de (voormalige) eenheid ►



Jan Duursema: 'De forensisch accountant is bij uitstek geschikt om te communiceren met de curator en de ontvanger die een eventuele procedure gaat voeren.'

FOTO: SIMONE VAN ES

Samenwerken met curatoren

De forensisch accountant kan bij faillissementen - al dan niet via de ontvanger - ook contact zoeken met de curator. Forensisch accountant en curator onderzoeken namelijk grotendeels dezelfde (juridische) aspecten. De Belastingdienst heeft ervaren dat faillissementsonderzoeken efficiënter verlopen als met dezelfde curator zaken kunnen worden gedaan. De communicatie tussen de verschillende partijen verloopt dan soepeler. In het oog moet worden gehouden dat de curator optreedt voor *alle* schuldeisers, dus niet alleen de preferente. Hoewel de curator een eigen verantwoordelijkheid heeft en zelfstandig een onderzoek kan instellen, vermeldt de Leidraad Invordering expliciet dat het onwenselijk is dat bestuursaansprakelijkheid bij faillissement- en bestuurdersaansprakelijkheidprocedures naast elkaar lopen (hoofdstuk VI, artikel 36). Bij samenloop moet in beginsel slechts één van de twee procedures worden gevolgd. Dit houdt in dat de forensisch accountant van meet af aan intensief contact met de curator moet onderhouden.

Bijzonder onderzoek

Faillissementsonderzoeken lenen zich minder dan andere onderzoeken voor een traditionele risicoanalyse. Een bedrijf gaat meestal failliet tussen twee meetpunten (of aangiften) in. Aangiften worden vaak in een laat stadium ingediend, zeker als optimaal gebruik wordt gemaakt van de uitstelregeling. Wanneer de ontvanger signalen krijgt van een (verwacht) faillissement, moeten direct maatregelen worden genomen, zoals het leggen van conservatoir beslag. Nadat de ontvanger heeft vastgesteld welk belang is gemoeid met een faillissement en welke verhaalsmogelijkheden er op voorhand zijn, kan het belastingnadeel worden geschat dat optreedt als er geen aanvullende maatregelen worden genomen. Bij voldoende belang moet hij kunnen beschikken over een motivering om misbruik af te straffen. De bouwstenen daarvoor kan de forensisch accountant door nader onderzoek mogelijk leveren.

Grote ondernemingen Almelo sinds 1 januari 1998 ieder faillissement op materiële aspecten. Dit in een samenwerkingsverband tussen ontvangers, juristen en (forensisch) accountants. Met deze aanpak zijn uitstekende resultaten behaald. Niet alleen financieel - door het tijdig leggen van bodembeslag, het tegengaan van constructies en de daadwerkelijke aansprakelijkstelling van bestuurders - maar ook in preventief opzicht. Al snel werd bekend dat de Belastingdienst bij faillissementen ook echt inhoudelijk kijkt naar de oorzaken en omstandigheden.

Forensisch

Voor zulk faillissementsonderzoek is de inzet van een forensisch accountant vaak onmisbaar. De forensisch accountant is een specialist in financieel rechercheren en beschikt doorgaans ook over voldoende juridische kennis en vaardigheden. Zijn manier van denken en aanpak verschillen daarom van de vooral bedrijfseconomische benaderingswijze van een 'gewone' accountant. Daar komt nog bij dat de rechtsvragen rond de invordering aan andere 'spelregels' zijn onderworpen dan de verslaggevings- en fiscaal-technische regels.

Bij tweederde van de faillissementen bestaat een vermoeden van misbruik.

Invorderingsonderzoeken vereisen ook kennis van het civiele en strafrecht. De forensisch accountant heeft deze expertise en is daarom bij uitstek geschikt om te communiceren met de curator (zie kader) en de ontvanger die een eventuele procedure gaat voeren.

Gegevensgericht

Forensisch accountantsonderzoek is ook nog om een andere reden van belang: de administratieve organisatie en interne controle (AO/IC) van een bedrijf verliezen bij een dreigend faillissement namelijk in hoge mate hun waarde als controlemiddel. In de aanloopperiode naar een faillissement is de positie van een bedrijf wankel. Besluiten worden ad hoc genomen, er wordt naarstig gezocht naar overlevingskansen, en de gangbare organisatorische en administratieve paden worden vaak verlaten. Daardoor wordt de effectiviteit

van de AO/IC meestal aangetast. Het onderzoek van de forensisch accountant is in dit verband primair gegevensgericht en concentreert zich op de volledigheid van de aanwezige activa op de faillissementsdatum. Voor de normpositie kan daarbij worden aangesloten bij de inventarisatie door de curator of - als de ontvanger al conservatoir beslag heeft gelegd - de beschrijving door de deurwaarder. De forensisch accountant maakt bij zijn onderzoek naar de gang van zaken vóór het faillissement vooral gebruik van interne vastleggingen, zoals de notulen van vergaderingen van het management en de raad van commissarissen. Verder wordt geprobeerd optimaal gebruik te maken van informatie van derden, om ook inzicht te krijgen in zaken die mogelijk niet in de notulen zijn terug te vinden.

Schakelfunctie

De forensisch accountant vervult al met al een schakelfunctie tussen ontvanger en curator. Daarbij behoren de formele aspecten van een faillissementsonderzoek in eerste instantie tot het terrein van de ontvanger, die daar dan ook over zal oordelen. De materiële aspecten - het inventariseren van feiten en omstandigheden die zich vóór en tijdens het faillissement hebben voorgedaan - behoren tot het vakgebied van de forensisch accountant: Wat heeft zich in werkelijkheid afgespeeld, wie is daarvoor verantwoordelijk en hoe zijn deze aspecten terug te vinden in of buiten de administratie van de gefailleerde?

Een faillissementsonderzoek bestaat in essentie uit *fact finding* in en om de administratie van de gefailleerde. Dit vergt veel tijd, maar dat mag geen argument zijn om zo'n onderzoek niet in te stellen. De antimisbruikwetgeving is niet voor niets ingevoerd en handhaving ervan vereist naleving en controle. De forensisch accountant kan in die behoefte voorzien. Dat geldt in de publieke sector, zoals de afgelopen jaren bij de Belastingdienst in Almelo is gebleken. Maar ook in de private sector kan de forensisch accountant een belangrijke rol vervullen ten behoeve van de curator en de schuldeisers van een failliete onderneming. Om misbruik van de faillissementswetgeving een halt toe te roepen, moeten ontvanger, curator en forensisch accountant als een team met elkaar samenwerken. De resultaten zijn er naar. ■

Noot

* Jan Duursema is forensisch accountant bij de Belastingdienst/Oost/Kantoor Almelo, team Zeer Grote Ondernemingen.