

Het insolventiemoment

Een nieuwe insolventiewet gaat de 'eeuwenoude' Faillissementswet vervangen. Tot 15 september 2008 is nog inspraak mogelijk. Karin Luttkhuis vindt expliciete financieel-economische criteria voor insolventie hard nodig, evenals een grotere rol voor financieel deskundigen, bijvoorbeeld als 'stille bewindvoerder'.

TEKST KARIN LUTTIKHUIS* | BEELD CORBIS/DANIEL SMITH



Zowel in het geldende ondernemingsrecht als in het Voorontwerp insolventiewet en het Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht worden aan het insolvent zijn van een bedrijf vergaande rechtsgevolgen gekoppeld. Op dit moment bestaan er echter geen financieel-economische criteria die het moment van insolventie bepalen. Zelfs voor het uitspreken van het faillissement zijn er geen expliciete financieel-economische criteria om vast te stellen wanneer iemand in staat van insolventie verkeerd.

In de huidige faillissementsprocedure geldt als criterium dat 'summierlijk dient te blijken dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen'. Bijvoorbeeld als de schuldenaar diverse schuldeisers onbetaald laat.

WAARDERINGSPARADOX

Ook de makers van het Voorontwerp insolventiewet hebben zich niet gewaagd aan expliciete financieel-economische criteria voor het bepalen van het moment van insolventie. Dit moment is echter van groot belang voor de werkzaamheden en aansprakelijkheid van de accountant. Het probleem voor de accountant is dat hij niet goed uit de voeten kan met de ruwe faillissementsverklaring. Er ontstaat een waarderingsparadox. De accountant moet immers kiezen of hij een ongezonde onderneming waardeert tegen de liquidatiewaarde of continuïteitswaarde. Als de accountant verklaart dat de onderneming gezond is en kort daarop wordt toch een faillissement uitgesproken, dan dreigt er aansprakelijkheid. Andersom is het echter ook niet goed. Waardeert de accountant tegen liquidatiewaarde, dan wil niemand meer zaken doen met die onderneming. Het gevolg is

dat accountants terughoudend zijn, als een scherpe diagnose juist nodig is.

HANDVATTEN NODIG

Als het Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht in zijn huidige vorm wordt aangenomen, ontstaat voor de accountant een bijkomend probleem. In artikel 216 van dit wetsvoorstel worden bestuurders aansprakelijk gesteld indien zij overgaan tot instemming met een bestemmingsbesluit tot uitkering, terwijl zij wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de vennootschap door de uitkering niet zou kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Voordat het bestuur de vereiste instemming geeft tot uitkering zal het bestuur zich met een financieel deskundige beraden over de mogelijkheid tot uitkering.

Ook in dit wetsvoorstel worden geen expliciete financieel-economische criteria gegeven waaraan kan worden getoetst of een bedrijf insolvent is. Dit brengt wederom de accountant in het beschreven spanningsveld.

Tegen deze achtergrond is het van groot belang dat deze financieel deskundige (c.q. de accountant) concrete handvatten worden geboden, en dat hij wordt beschermd door een ander (dual) aansprakelijkheidsregime, dat past bij dit hogere risicoprofiel van deze werkzaamheden.

FINANCIEEL DESKUNDIGEN

Naast dit alles rijst de vraag of, zoals nu het geval is, in de rechtspraak alleen juristen dienen te oordelen over het insolventiemoment. Enkele uitzonderingen daargelaten, zijn er tot op dit moment geen financieel deskundigen (zoals accountants) benoemd tot rechter in insolventie- en ondernemingsrechtzaken. Toch kunnen zij vanuit hun professie bij uitstek beoordelen of aan financieel-economische criteria is voldaan. Financieel deskundigen hebben een heel ander en inhoudelijk complexer oordeel over de levensvatbaarheid van een onderneming

dan het go-nogo moment in het voorontwerp insolventiewet. Niettemin bestaat de rechtbank die oordeelt over de faillietverklaring nu doorgaans uit juristen. In dit verband is vermeldenswaardig dat de Raad voor Rechtspraak niet uitsluit dat in de toekomst deskundigen wel een plaats krijgen in rechterlijke colleges.

In het boek *Corporate Recovery, de weg naar effectief insolventierecht* opper ik het invoeren van de stille rechter-commissaris. Deze kan optreden als toezichthouder op de informele voorfase en kan vaststellen of er sprake is van insolventie. Zo'n stille rechter-commissaris zou dan een jurist kunnen zijn met financiële deskundigheid, of een financiële deskundige met juridische kennis. Op deze wijze

Er bestaan geen financieel-economische criteria die het moment van insolventie bepalen.

valt de aansprakelijkheid van de financieel deskundige onder de paraplu van de rechterlijke macht.

TWEDE KANS

Het Voorontwerp insolventiewet biedt meer ruimte aan financieel deskundigen, zowel in de formele insolventieprocedure als in de voorfase. In het Voorontwerp worden de huidige faillissementsprocedure, surseance van betaling en schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen samengevoegd tot één procedure. Hiermee wordt het werk van de huidige curator als het ware gelijkgesteld aan dat van de huidige bewindvoerder bij schuld-

saneringen van natuurlijke personen.

Deze laatste heeft doorgaans geen juridische opleiding.

Het voorontwerp betreft nadrukkelijk ook de fase vóór het faillissement, om bedrijven (en banen) een tweede kans te geven. De Commissie insolventierecht poogt het insolventiemoment aanzienlijk naar voren te schuiven, teneinde het reorganiserend vermogen van bedrijven te vergroten en het bedrijf een tweede kans te geven. Een nieuwe stille bewindvoerder met wettelijke bevoegdheden kan daarbij een rol spelen.

ANDERE AANSPRAKELIJKHEID

Zoals gezegd is het van belang dat de aansprakelijkheid van de financieel deskundige als stille bewindvoerder wordt beperkt. Bij een insolvent bedrijf kunnen de belangen van bestuurders, werknemers, bedrijf, schuldeisers, financiers en maatschappij

uiteen lopen, net als bij een faillissement. Het handelen in de voorfase en het geven van een oordeel over het insolventiemoment kent mede daardoor een hoger risicoprofiel. Daarbij past ook een hierop toegespitste aansprakelijkheidsnorm, net zoals voor een curator ook een ander aansprakelijkheidsregime geldt dan voor een advocaat.

Het is aan de financiële deskundigen, c.q. accountants, om van zich te laten horen om hun werkterrein te verbreden en hun aansprakelijkheid af te schermen. Samen met het NIVRA onderzoek ik de rol van de accountant in het buitenland in het insolventierecht. De resultaten zullen door het NIVRA worden meegenomen in zijn reactie in september 2008 op het voorontwerp insolventiewet. □

NOOT

* Karin Luttkhuis, registeraccountant en jurist, is advocaat bij advocatenkantoor I & E en onderzoeker aan de Universiteit van Tilburg.

Rol accountants in buitenland

In het buitenland wordt de financiële deskundige al veel vaker onmisbaar geacht bij insolventie. Zo kent het Hong Kong Institute of CPA's sinds kort een insolventiefaculteit. In Nederland domineert nog altijd de gespecialiseerde advocaat als insolventiespecialist, terwijl insolventie in wezen primair een economisch proces is.