

Accountant, continuïteitsveronderstelling en het wetenschaps criterium

TvI 2018/17

Regelmatig wordt door curatoren een beroep gedaan op de op het faillissement toegespitste regeling voor vernietiging van door de schuldenaar verrichte rechtshandelingen waardoor schuldeisers zijn benadeeld. In het kader van dat beroep kan het zinvol zijn om ook aandacht te besteden aan de door de entiteit gehanteerde continuïteitsveronderstelling. De accountant dient te controleren of de entiteit deze continuïteitsveronderstelling al dan niet terecht heeft gehanteerd. Hij zal daarbij diverse wet- en regelgeving moeten naleven en de financiële rapportages van de entiteit in zijn controle moeten betrekken. Die financiële rapportages, het oordeel en de overwegingen van de accountant kunnen informatie verschaffen over de (financiële) toestand van de entiteit en het toekomstperspectief en van belang zijn bij de invulling van het wetenschaps criterium in het kader van de pauliana.

1. Inleiding

1.1 Regelmatig wordt door curatoren een beroep gedaan op de op het faillissement toegespitste regeling voor vernietiging van door de schuldenaar verrichte rechtshandelingen waardoor schuldeisers zijn benadeeld. Met een beroep op de faillissementspauliana wordt gepoogd om rechtshandelingen ten behoeve van de boedel te vernietigen. Naast het vereiste van benadeling, geldt bij onverplicht verrichte rechtshandelingen eveneens het vereiste van wetenschap van benadeling. Aan de voorwaarden voor een geslaagd beroep op de pauliana is en wordt in diverse publicaties aandacht besteed.

1.2 In het algemeen worden in die publicaties de voorwaarden van de pauliana benaderd vanuit een juridisch perspectief. De gegevens die kenbaar zijn uit financiële rapportages en waarover de accountant beschikt (of zou moeten beschikken) in het kader van de controle van een jaarrekening, spelen vaak een ondergeschikte rol in de analyses van curatoren. Het kan echter wel degelijk zinvol zijn bijvoorbeeld te onderzoeken op welke gronden het bestuur heeft geconcludeerd dat de jaarrekening van de entiteit met in-

achtneming van het 'going concern'-principe² kan worden opgemaakt en aan de hand van welke (controle)werkzaamheden de accountant vervolgens heeft geconcludeerd dat die conclusie van het bestuur terecht was. Dat onderzoek kan bijvoorbeeld bijdragen aan de beantwoording van de vraag of betalingen aan (al dan niet gelieerde) vennootschappen inderdaad nog gerechtvaardigd waren en/of de verkoop van bepaalde activa aan de voorwaarden van de pauliana voldeed.

1.3 In dit artikel zal worden verkend in hoeverre financiële rapportages en financiële overzichten van een entiteit, met name als het gaat om de gehanteerde continuïteitsveronderstelling, nadere informatie kunnen verstrekken die kan bijdragen aan het beantwoorden van de vraag of aan het vereiste van 'wetenschap van benadeling' is voldaan. Daarbij zal in deze bijdrage als uitgangspunt worden genomen de door de accountant in het kader van de afgifte van de controleverklaring te verrichten werkzaamheden ten aanzien van het al dan niet terecht hanteren van het 'going concern'-principe.

1.4 De overige vereisten³ waaraan een geslaagd beroep op de pauliana zal moeten voldoen, worden in het bestek van dit artikel buiten beschouwing gelaten. Voorts wordt opgemerkt – maar in dit artikel niet verder uitgewerkt – dat indien waardering op basis van 'going concern' ten onrechte is toegepast, dit reden kan zijn voor aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in verband met het openbaar maken van een onware of misleidende jaarrekening.⁴

1.5 Opgemerkt wordt voorts dat de momenten waarop wordt getoetst of sprake is van wetenschap van benadeling in het kader van de pauliana en het moment waarop de accountant toetst of de entiteit de continuïteitsveronderstelling terecht heeft gehanteerd, van elkaar kunnen verschillen. Dat verschil in momentum en de gevolgen daarvan worden in het kader van dit artikel eveneens niet behandeld.

1.6 Eerst zal (paragraaf 2) worden ingegaan op een recent arrest van de Hoge Raad (7 april 2017) waarin de door de Hoge Raad in het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*⁵ geformuleerde maatstaf voor de invulling van het voor de pau-

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: E.L. Zetteler en M. Pheijffer, 'Accountant, continuïteitsveronderstelling en het wetenschaps criterium', TvI 2018/17. Mr. E.L. Zetteler is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten te Utrecht. Prof. dr. mr. Marcel Pheijffer RA is Hoogleraar Accountancy en Forensische Accountancy aan respectievelijk Nyenrode Business Universiteit en Universiteit Leiden.

2 In het taalgebruik wordt vaak het begrip 'going concern' gehanteerd. Feitelijk gaat het echter om de continuïteitsveronderstelling ex artikel 2:384 lid 3 BW en NV COS 570. De NV COS (de Nadere voorschriften, Controle- en Overige Standaarden, zoals opgenomen in de Handleiding Regelgeving Accountancy ('HRA')) vormen één van de bronnen die gelden voor de goede uitoefening van de werkzaamheden van accountants. De HRA is te raadplegen via www.nba.nl.

3 Een onverplichte rechtshandeling van de schuldenaar en degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling heeft verricht, kan in bepaalde omstandigheden met een beroep op de pauliana worden vernietigd (artikel 42 Fw).

4 Op grond van artikel 2:139/2:150 BW.

5 HR 22 december 2009, JOR 2011/19, m.nt. N.E.D. Faber.

liana geldende vereiste 'wetenschap van benadeling' wordt bevestigd. Vervolgens zal worden geanalyseerd in hoeverre de door de entiteit gehanteerde continuïteitsveronderstelling, de controlewerkzaamheden van de accountant en de in dat kader gehanteerde begrippen en criteria, relevante informatie kunnen verschaffen ten aanzien van het vereiste omtrent die wetenschap van benadeling. Daarbij zal aandacht worden besteed aan de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving die bij het opstellen van de financiële overzichten van belang zijn.⁶ Daarna zal worden ingegaan op de waarderingsgrondslagen in het algemeen en de 'going concern'-waardering in het bijzonder (paragraaf 3). Vervolgens wordt de rol van de accountant bij het beoordelen van de continuïteitsveronderstelling besproken (paragraaf 4). Ook worden enkele concrete praktijkvoorbeelden (DSB, Eurocommerce en Esperite) besproken waarin de toetsing van de continuïteitsveronderstelling een belangrijke rol speelde (paragraaf 5). Er zal worden afgesloten met een conclusie (paragraaf 6).

2. Wetenschap van benadeling

2.1 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 7 april 2017⁷ bevestigd – in lijn met zijn arrest inzake *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* – dat van wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw (pauliana) sprake is indien ten tijde van de rechtshandeling het faillissement en een tekort daarin met een 'redelijke mate van waarschijnlijkheid' waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte. Deze maatstaf geldt ook indien die rechtshandeling wordt verricht in het kader van een poging om door een reorganisatie het faillissement af te wenden. Door te overwegen dat de vennootschap en de aandeelhouder die tegen zekerheid krediet verschaft (via een overwaarde-arrangement) redelijkerwijs niet behoeften te begrijpen dat een faillissement onafwendbaar was en dat niet gezegd kan worden dat de reorganisatie gedoemd was te mislukken, is het hof uitgegaan van een onjuiste maatstaf, aldus de Hoge Raad.

2.2 Voor een geslaagd beroep op de pauliana zal de curator dus moeten aantonen dat – naast de vereiste benadeling – ten tijde van de gewraakte rechtshandeling het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien.

2.3 A-G Timmerman stelt in paragraaf 3.10-3.11 van zijn conclusie terecht dat de vraag of sprake is van wetenschap van benadeling niet gemakkelijk te beantwoorden is:⁸

“3.10 (...) Dat geldt zowel voor de partijen die zich vooraf afvragen of een bepaalde handeling de pauliana-toets kan doorstaan (bijvoorbeeld in het kader

van een reddingsoperatie) als voor de curator en de rechter die de desbetreffende handeling achteraf (na de faillietverklaring) moeten beoordelen. De te maken afweging is complex. Aan de ene kant zijn er de belangen van de onderneming in zwaar weer en de kredietverleners. Zij staan voor de moeilijke taak het toekomstperspectief van de onderneming te beoordelen. Er moet rekening worden gehouden met diverse onzekerheden en vaak moet onder tijdsdruk worden beslist. Aan de andere kant zijn er de belangen van de schuldeisers. Ook met hun belangen dient zorgvuldig te worden omgegaan. Bepaalde transacties kunnen immers voor hen tot gevolg hebben dat in faillissement een (nog) kleiner deel van hun vordering inbaar is. 3.11 Het toetsingscriterium voor wetenschap van benadeling moet daarom niet te soepel, maar ook niet te streng zijn. Een te soepele maatstaf (bezien vanuit het perspectief van de curator) zou een ongunstig effect hebben op de bereidheid van banken en andere financiers om participatie in een reddingsplan te overwegen. Een te strenge maatstaf zou leiden tot uitkomsten die niet te rechtvaardigen zijn tegenover schuldeisers.”

2.4 In het eerdergenoemde arrest van de Hoge Raad inzake *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* bevestigde de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.10 het oordeel van het hof dat een bank die op verzoek van een in financiële problemen verkerende onderneming overweegt (aanvullend) krediet tegen zekerheid te verschaffen, de beschikbare financiële gegevens dient te analyseren met het oog op de vraag of een faillissement en een tekort daarin, en derhalve benadeling van de schuldeisers, met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien.

Praktisch houdt dit door de Hoge Raad geformuleerde criterium het volgende in, aldus A-G Timmerman in paragraaf 3.14 van zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad van 7 april 2017:

“Beoordeeld dient te worden wat ten tijde van de 'verdachte' handeling het toekomstperspectief van de onderneming was. Indien kon worden voorzien dat de onderneming, ondanks een eventueel reddingsplan en eventueel nieuw krediet, waarschijnlijk failliet zou gaan, is er sprake van wetenschap van benadeling. Indien daarentegen kon worden voorzien dat de onderneming waarschijnlijk niet failliet zou gaan maar er weer bovenop zou komen, is niet voldaan aan het vereiste van wetenschap van benadeling. Bij de genoemde beoordeling kunnen alleen feiten en omstandigheden een rol spelen die bekend waren of hadden kunnen zijn ten tijde van de handeling.”⁹

6 In paragraaf 3 van het artikel 'Enige aspecten van het accountantstuchtrecht' van onze hand is de verhouding tussen de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving en de bepalingen van BW 2 titel 9 nader toegelicht.

7 HR 7 april 2017, *JOR* 2017/213, m.nt. Bergervoet. Bergervoet schrijft dan ook in zijn annotatie dat er met dit arrest van de Hoge Raad er dus niets nieuws onder de zon is op het gebied van de faillissementspauliana.

8 HR 10 februari 2017, ECLI:NL:PHR:2017:112 (concl. A-G L. Timmerman).

9 Over het onderwerp 'hindsight bias' is het nodige geschreven. Dit leerstuk kwam bijvoorbeeld aan de orde in de beschikking van de Ondernemingskamer inzake de overname van ABN AMRO door Fortis (Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0991). De Hoge Raad oordeelde dat de Ondernemingskamer op dit punt het juiste toetsingskader heeft gehanteerd (HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1586), namelijk dat 'het handelen en nalaten van Fortis dient te worden beoordeeld naar de maatstaven die golden ten tijde van het te beoordelen beleid en de kennis en ervaring die Fortis toen had of behoorde te hebben'.

Verder is van belang dat het gaat om een beoordeling naar objectieve maatstaven.”

De Hoge Raad volgt in zijn arrest niet de door Timmerman gekozen bewoording dat in het kader van een reddingspoging sprake is van wetenschap van benadeling “indien kon worden voorzien dat de onderneming, ondanks een eventueel reddingsplan en eventueel nieuw krediet, waarschijnlijk failliet zou gaan” en houdt vast aan het in zijn arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* geformuleerde criterium dat er sprake is van wetenschap van benadeling “indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte”.¹⁰ Van der Weijden besteedt aandacht aan een punt van kritiek dat met de norm uit het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* onvoldoende rekening kan worden gehouden met de omstandigheid dat bepaalde rechtshandelingen worden verricht in het kader van een reddingspoging van een onderneming in financiële moeilijkheden (in welk geval de lat voor een succesvol beroep op artikel 42 Fw hoger zou moeten liggen dan in andere gevallen).¹¹ Voor een dergelijk succesvol beroep op artikel 42 Fw is een bepaalde mate van voorzienbaarheid vereist met betrekking tot het aanstaande faillissement van de schuldenaar. Welke mate van voorzienbaarheid redelijk is om de vernietiging van de aangevochten rechtshandeling te kunnen rechtvaardigen, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de rechtshandeling, de omvang van het nadeel, de aanleiding en het achterliggende doel van de transactie en de onderlinge relatie van partijen.¹²

2.7 De analyse van Timmerman omtrent het toekomstperspectief van een onderneming heeft raakvlakken met de analyse die een bestuur – en een accountant in het geval van een opdracht tot controle van de jaarrekening – omtrent de waarderingsgrondslagen dient te maken. Bij een voldoende toekomstperspectief kunnen de activa en passiva tegen ‘going concern’-waarde worden gewaardeerd. Indien er sprake is van ‘gerede twijfel’ omtrent de continuïteit, dient het bestuur in de jaarrekening bij de toelichting op de waarderingsgrondslagen toe te lichten waarom zij

(toch) van mening is dat er kan worden gewaardeerd op basis van ‘going concern’-uitgangspunten. Bij ‘onontkoombare discontinuïteit’ dienen de activa en passiva tegen liquidatiewaarde te worden gewaardeerd. Dit begrippenkader wordt hierna in paragraaf 3 uitgewerkt.

2.6 Bij de beoordeling van het toekomstperspectief is informatie omtrent de door het bestuur van de entiteit gemaakte afweging ten aanzien van de gehanteerde waarderingsgrondslagen noodzakelijk. De accountant speelt in de toetsing van die informatie een belangrijke rol. De accountant dient niet alleen oog te hebben voor de belangen van de door hem gecontroleerde entiteit; hij dient bijvoorbeeld ook de belangen van crediteuren mee te wegen. In de navolgende paragraaf zal dan ook nader worden ingegaan op de waarderingsgrondslagen en de rol van de accountant in het kader van de controle van financiële overzichten.

3. Waarderingsgrondslagen in het algemeen en de ‘going concern’-waardering in het bijzonder

Kernbepalingen

3.1 In titel 9 van Boek 2 BW zijn de bepalingen omtrent de jaarrekening en het jaarverslag opgenomen. Artikel 2:362 lid 1 BW bepaalt dat een jaarrekening volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dient te geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat van een rechtspersoon. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat de balans getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het vermogen daarvan weergeeft. Voorts dient de winst- en verliesrekening met de toelichting getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het resultaat van de rechtspersoon in het boekjaar weer te geven.

3.2 Artikel 2:362 BW bepaalt dat een jaarrekening volgens de normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dient te geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat. Bij de waardering speelt de maatstaf ‘normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd’ een grote rol. In afdeling 6 van titel 9 Boek 2 BW zijn de voorschriften omtrent de grondslagen van waardering en bepaling van het resultaat opgenomen. In het kader van de verkenning van de door het bestuur van een vennootschap gehanteerde continuïteitsveronderstelling in het licht van de pauliana, is met name artikel 2:384 BW lid 3 van belang:

“Bij de waardering van activa en passiva wordt uitgegaan van de veronderstelling dat het geheel der werkzaamheden van de rechtspersoon waaraan die activa en passiva dienstbaar zijn, wordt voortgezet, tenzij die veronderstelling onjuist is of haar juistheid aan gerede twijfel onderhevig is; alsdan wordt dit onder mededeling van de

10 Bergervoet ziet het als een gemiste kans dat de Hoge Raad geen verdere toelichting geeft bij deze maatstaf waar feitenrechtens en de praktijk mee uit de voeten kunnen. In zijn annotatie bij het arrest licht hij toe dat er nogal verschillend gedacht kan worden gedacht over wanneer het faillissement met een tekort daarin “met een redelijke mate van waarschijnlijkheid” was te voorzien. Pannevis beschrijft in het kader van de beoordeling van reddingspogingen van bedrijven een rationele benadering, waarin gekeken wordt naar de verwachtingen die schuldeisers rationeel mogen hebben van hun verhaalsmogelijkheden. Die verhaalsverwachting kan ook een verhelderend licht werpen op de toepassing van de actio pauliana bij een reddingspoging, aldus Pannevis. Zie: N.B. Pannevis, ‘Een rationele benadering van kansen en uitkomsten bij reddingspogingen’, *Tvl* 2017/37 (p. 219-224).

11 R.J. van der Weijden, ‘Wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar’, *MvV* 2017/10.1, p. 285-289.

12 Zie ook R.J. van der Weijden, noot bij Hof Leeuwarden 14 februari 2017, *JOR* 2017/244 (*Pol q.q./HPS Beheer*).

invloed op vermogen en resultaat in de toelichting uitgezet.”

3.3 Ten aanzien van de keuzes van het bestuur omtrent de verslaggeving en ten aanzien van de continuïteitsveronderstelling – de basis voor de waardering op grond van artikel 2:384 lid 3 BW – dient te worden nagegaan of die keuzes en veronderstelling als aanvaardbaar moeten worden beschouwd volgens de normen die in het maatschappelijk verkeer gelden. Daarbij dient niet alleen te worden getoetst aan de diverse detailbepalingen van BW 2 titel 9, maar ook aan het inzichtvereiste van artikel 2:362 BW en aan de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving. De Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving kunnen een belangrijk oriëntatiepunt en gezaghebbende kenbron vormen voor wat in het concrete geval als aanvaardbaar heeft te gelden, aldus de Hoge Raad in het arrest *KPN/SOBI* d.d. 10 februari 2006.¹³

3.4 Het gaat erom dat bij de waardering en de resultaatbepaling wordt verondersteld dat het geheel van de werkzaamheden van de onderneming wordt voortgezet. Indien die veronderstelling onjuist is of aan gerede twijfel onderhevig is, dient het bestuur dit in de toelichting bij de door de entiteit gehanteerde waarderingsgrondslagen nader toe te lichten. Uit de memorie van toelichting¹⁴ bij artikel 2:384 lid 3 BW blijkt dat indien continuïteit niet verzekerd is, er reden kan bestaan tot waardering op een andere grondslag dan de gebruikelijke, bijvoorbeeld op basis van liquidatiewaarde. RJ 170¹⁵ (“Discontinuïteit en ernstige onzekerheid over continuïteit”) geeft nadere handvatten indien *“ernstige onzekerheid over de continuïteit van het geheel van de werkzaamheden van de rechtspersoon bestaat (‘ernstige onzekerheid’) of de discontinuïteit van het geheel van de werkzaamheden van de rechtspersoon onontkoombaar is (‘onontkoombare discontinuïteit’)*”. In tegenstelling tot artikel 2:384 lid 3 BW waarin gesproken wordt over *‘gerede twijfel’* omtrent de continuïteit, spreekt RJ 170 over *‘ernstige onzekerheid over de continuïteit’*. RJ 170.106 bepaalt hierover het volgende:

“Onder het in artikel 2:384 lid 3 BW opgenomen begrip ‘gerede twijfel’ en het in de praktijk gebruikte begrip ‘ernstige onzekerheid’ wordt in het kader van dit hoofdstuk hetzelfde verstaan.”

De in artikel 2:384 BW en in RJ 170 gebruikte begrippen sluiten derhalve op elkaar aan.

‘Onontkoombare discontinuïteit’

3.5 Indien discontinuïteit onontkoombaar is, dient de balans te worden opgesteld uitgaande van liquidatie van de entiteit en de liquidatiewaarde van het geheel der werkzaamheden van de rechtspersoon. Dat geldt ook indien de discontinuïteit of gerede twijfel over continuïteit ontstaat ná de balansdatum aan de hand van feiten en omstandigheden die zich voordoen na het einde boekjaar. De accountant kan zijn controle van de gehanteerde continuïteitsveronderstelling dus vastleggen op de datum van het einde van het boekjaar, maar zal relevante gebeurtenissen na balansdatum – maar voor afgifte van zijn verklaring – moeten meewegen bij de vraag of de continuïteitsveronderstelling terecht is gehanteerd.¹⁶ Indien die feiten en omstandigheden leiden tot twijfel omtrent de continuïteit, zal het bestuur daaraan in de jaarrekening aandacht moeten besteden en de accountant zal erop moeten aandringen dat dat inderdaad gebeurt.

‘Ernstige onzekerheid omtrent de continuïteit’

3.6 De invulling van de norm *‘ernstige onzekerheid omtrent de continuïteit’* vindt (ook) nader plaats in RJ 170. In RJ 170.301 is bepaald dat – tenzij discontinuïteit onontkoombaar is – de jaarrekening in het algemeen kan worden opgesteld op basis van de continuïteitsveronderstelling. RJ 170.302 bepaalt vervolgens:

“Wel kan sprake zijn van ernstige onzekerheid over de continuïteit van het geheel van de werkzaamheden van de rechtspersoon, waarbij de rechtspersoon niet meer op eigen kracht aan zijn verplichtingen zal kunnen voldoen. Zolang onzekerheid bestaat of de aanvullende medewerking van belanghebbenden zal worden verkregen of voldoende zal zijn maar er wel een reële kans¹⁷ bestaat dat het geheel van de werkzaamheden van de rechtspersoon zal kunnen worden voortgezet, wordt de jaarrekening opgesteld op basis van de continuïteitsveronderstelling.”

‘Onontkoombare discontinuïteit’ versus ‘ernstige onzekerheid omtrent de continuïteit’

3.7 Van onontkoombare discontinuïteit is sprake als uit omstandigheden blijkt dat duurzame voortzetting van de werkzaamheden van de rechtspersoon onmogelijk is ge-

13 HR 10 februari 2006 (*KPN/SOBI-arrest*), ECLI:NL:HR:2006:AU7473 en paragraaf 5 van het artikel ‘Enige aspecten van het accountantstuchtrecht’ van onze hand, *Tvl* 2016/12 (p. 86-94)

14 *Kamerstukken II* 1979/80, 16326, 3, p. 21.

15 Er wordt uitgegaan van RJ 170 (“Discontinuïteit en ernstige onzekerheid over continuïteit”), zoals die van toepassing was op verslagjaren die aanvangen op of na 1 januari 2015. De richtlijn omtrent de continuïteitsveronderstelling is in de afgelopen jaren diverse malen gewijzigd. Zo gold voor de verslagjaren die aanvangen op of na 1 januari 2008 RJ 120 (“Prijsgroundslagen”) waarin aandacht werd geschonken aan “de toepassing van de veronderstelling van continuïteit respectievelijk discontinuïteit en gerede twijfel over continuïteit”.

16 De beroepsorganisatie van accountants (NBA) verwoordt het als volgt: “Twaalf maanden na de controleverklaring is dus geen absolute norm. Het is ook geen oplossing om de verklaring ‘op te houden’ totdat twaalf maanden na de einddatum van de verslagperiode zijn verstreken, tenzij hierdoor twijfels over de continuïteit worden weggenomen. Want de accountant moet rekening houden met alle beschikbare toekomstgerichte informatie en eventuele onzekerheden omtrent de continuïteit” (Helpdesk NBA, maart 2014).

17 Wij merken op dat inzake het begrippenpaar ‘reële kans’ in de wet, RJ, jurisprudentie en/of (accountants)literatuur nauwelijks verdere handvatten worden gegeven.

worden. Dit blijkt onder meer uit een uitspraak van de Accountantskamer van 19 februari 2016.¹⁸

3.8 In die uitspraak werd geoordeeld over de verwijten van de klager ten aanzien van het ontbreken van een nadere uiteenzetting in de toelichting op de jaarrekening ten aanzien van de continuïteitsveronderstelling en het onvermeld laten van de afwegingen van de accountant bij die veronderstelling. Nadat de Accountantskamer artikel 2:384 lid 3 BW aanhaalt, wordt het volgende overwogen:

“In hoofdstuk A2 van de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving voor kleine rechtspersonen (hierna: RJkl) wordt onderscheid gemaakt tussen gerede twijfel (zijnde ernstige onzekerheid) over de continuïteit van het geheel van de werkzaamheden van de rechtspersoon en onontkoombare discontinuïteit van het geheel van de werkzaamheden. Indien discontinuïteit onontkoombaar is, vervalt de continuïteitsveronderstelling. Van onontkoombare discontinuïteit is sprake als uit omstandigheden blijkt dat duurzame voortzetting van de werkzaamheden van de rechtspersoon onmogelijk is geworden. Er bestaat gerede twijfel over de continuïteit van de rechtspersoon, indien de rechtspersoon niet meer op eigen kracht aan haar verplichtingen kan voldoen. Dit houdt in dat zonder medewerking van belanghebbenden de discontinuïteit van de werkzaamheden van de rechtspersoon onvermijdelijk is, terwijl nog niet vaststaat of verdergaande medewerking zal worden verkregen. In dit geval kan in het algemeen de jaarrekening nog worden opgesteld op basis van de continuïteitsveronderstelling. In de toelichting wordt alsdan een adequate uiteenzetting gegeven van de omstandigheden waarin de onderneming verkeert.”

3.9 Juist die toelichting is voor de gebruiker van de jaarrekening van belang. Die toelichting geeft immers inzicht in de overwegingen van het bestuur omtrent de continuïteit en het toekomstperspectief van de entiteit. Het bestuur kan (uiteraard) niet volstaan met de enkele mededeling dat *“gezien de financiële positie van de vennootschap*

haar voortbestaan onzeker [is]”. De Accountantskamer heeft geoordeeld dat een dergelijke alinea niet wordt aangemerkt als een adequate uiteenzetting. Want:

“... uit deze vermelding blijkt niet aan welke verplichtingen de vennootschappen niet meer konden voldoen en welke verdere medewerking van belanghebbenden nodig was om discontinuïteit van de werkzaamheden van de vennootschappen af te wenden. Betrokkene had dit moeten onderkennen.”

De Accountantskamer overweegt daarbij nog dat het niet is vereist dat de accountant zijn ‘eigen afwegingen’ bij de beoordeling van de continuïteitsveronderstelling in de jaarrekening opneemt.¹⁹

3.10 Die toelichting die het bestuur dient op te nemen in de jaarrekening kan van belang zijn voor de analyse van de feiten en omstandigheden ten aanzien van de (al dan niet) paulianeuze rechtshandeling. In een situatie dat sprake is van onontkoombare discontinuïteit zoals bepaald in RJ 170 – er is dan sprake van de situatie waarin duurzame voortzetting van het geheel van de werkzaamheden van de rechtspersoon onmogelijk is geworden doordat de rechtspersoon niet meer op eigen kracht aan zijn verplichtingen zal kunnen voldoen en aanvullende medewerking van belanghebbenden niet kan worden verkregen – is het niet ondenkbaar dat (ook) ten tijde van de handeling het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Immers, de rechtspersoon kan in dat geval niet meer aan haar verplichtingen voldoen.

3.11 Indien er sprake is van gerede twijfel omtrent de continuïteit (of zoals in RJ 170 is bepaald: “ernstige onzekerheid over de continuïteit”), kunnen de feiten en omstandigheden die reden geven tot die twijfel ook relevant zijn bij de invulling van het door de Hoge Raad geformuleerde criterium. Onzes inziens is het in de situatie omtrent ernstige onzekerheid over de continuïteit niet in alle gevallen zonder meer helder dat dan is voldaan aan de maatstaf van de Hoge Raad. Immers, RJ 170.302 – zoals hiervoor verwoord in paragraaf 3.6 – verwoordt dat er weliswaar sprake is van een situatie waarbij de rechtspersoon niet meer op eigen kracht aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen, maar daarbij wordt wel rekening gehouden met het feit dat een reële kans kan bestaan dat het geheel van de werkzaamheden van de rechtspersoon kan worden voortgezet. In dat geval wordt de jaarrekening opgesteld op basis van de continuïteitsveronderstelling, met een toelichting in de jaarrekening ten aanzien van de gehanteerde waarderings-

18 In het bestek van dit artikel wordt primair ingegaan op de werkzaamheden van een accountant in het kader van de controle van de jaarrekening. In veel gevallen is een (relatief kleine) entiteit niet controleplichtig maar laat die zich bijstaan door een accountant in het kader van het *samenstellen of beoordelen* van een jaarrekening. In de door ons hier aangehaalde uitspraak van de Accountantskamer gaat het om een samenstelopdracht. De verantwoordelijkheden van een accountant bij een samenstellingsopdracht zijn omschreven in NV COS 4410 (“Opdrachten tot het samenstellen van financiële overzichten”). Een accountant is ook bij samenstelwerkzaamheden verplicht die met professionele deskundigheid en zorgvuldigheid uit te voeren en mag, wanneer hij constateert, althans behoort te constateren, dat de aan hem verstrekte gegevens onjuist, onvolledig of anderszins onbevredigend zijn, deze gegevens niet zonder meer verwerken. In dat geval dient de accountant – in overeenstemming met het bepaalde in paragrafen 13 en 14 van NV COS 4410 – nadere inlichtingen in te winnen en verkregen informatie en ontvangende toelichtingen te verifiëren. De verantwoordelijkheden van een accountant bij een beoordelingsopdracht zijn omschreven in NV COS 2400 (“Opdrachten tot het beoordelen van financiële overzichten”). Deze controlestandaard bevat ook een aantal bepalingen inzake de continuïteitsveronderstelling (paragraaf 53-57 NV COS 2400).

19 Die afwegingen hoeven ook niet te worden vermeld in een door de accountant afgegeven samenstellingsverklaring. Bij een samenstellings- en een beoordelingsopdracht is een paragraaf ter benadrukking van aangelegenheden in de verklaring in situaties van continuïteitsonzekerheid niet verplicht, maar deze leidt dan wel tot een oordeelonthouding van de accountant (zie ook: A. Dieleman, *Continuïteitsonzekerheid en beoordelingsverklaring: toelichtende paragraaf gewenst!*, www.accountant.nl/artikelen/2016/4).

grondslagen (conform artikel 2:384 lid 3 BW). De redenen op grond waarvan is geconcludeerd dat de jaarrekening mag worden opgesteld op basis van de continuïteitsveronderstelling kunnen van belang zijn bij de beoordeling van de (al dan niet) paulianeuze rechtshandeling. De accountant zal met voldoende diepgang hebben moeten controleren of het bestuur er terecht van is uitgegaan dat er een reële kans bestaat dat het geheel van de werkzaamheden kan worden voortgezet ondanks het feit dat sprake is van een situatie waarbij de rechtspersoon niet meer op eigen kracht aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen. De controledocumentatie en –informatie waarover de accountant in het kader van zijn controlewerkzaamheden over beschikt, kunnen eveneens informatie verschaffen over de (financiële) situatie van de entiteit ten tijde van de gewraakte rechtshandeling.

Indicatoren “gerede twijfel omtrent de continuïteit”

3.12 De in RJ 170 genoemde ernstige onzekerheid over de continuïteit wordt vastgesteld aan de hand van diverse indicatoren, die bij de invulling van de wetenschap van benadeling ook een rol kunnen spelen. RJ 170.303 noemt een aantal voorbeelden van gebeurtenissen die afzonderlijk of tezamen mogelijk een indicatie vormen dat sprake is van een ernstige onzekerheid over de continuïteit van het geheel van de werkzaamheden van de rechtspersoon:

Financieel

- een relatief gering of negatief eigen vermogen;
- het niet langer voldoen aan financieringsconvenanten zonder dat duidelijk is wat de gevolgen zijn voor de voortzetting van de financiering;
- aanwijzingen dat debiteuren niet aan hun verplichtingen zullen voldoen en/of dat crediteuren verstrekte financiële steun zullen intrekken;
- negatieve operationele kasstromen blijvend uit actuele of toekomstgerichte financiële overzichten;
- aanzienlijke negatieve bedrijfsresultaten of belangrijke waardedalingen van activa die worden aangewend om kasstromen te genereren.

Bedrijfsvoering

- het verlies van een belangrijke afzetmarkt, concessie, licentie of een essentiële leverancier;
- personeelsproblemen of een tekort aan belangrijke grondstoffen.

3.13 Daarbij bepaalt RJ 170.304 dat door gebeurtenissen na balansdatum ook ernstige onzekerheid over de continuïteit kan ontstaan. Verslechtering in operationele resultaten en/of de financiële positie na de balansdatum kan aanleiding geven tot het heroverwegen van de continuïteitsveronderstelling.

3.14 Bovengenoemde indicatoren kunnen van belang zijn voor het antwoord op de vraag of ten tijde van de rechtshandeling het faillissement en het tekort daarin met

een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Als voorbeeld noemen wij het niet langer voldoen aan financieringsconvenanten zonder dat duidelijk is wat de gevolgen daarvan zullen zijn, al dan niet in combinatie met het opschorten van betalingen door debiteuren en het opeisen van betalingen door crediteuren. Er ontstaat dan een situatie waarin het niet ondenkbeeldig is dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen, waardoor de kans op een faillissement (aanzienlijk) toeneemt. Of er in dat geval sprake is van de situatie waarin het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien zal ook afhankelijk zijn van andere feiten en omstandigheden. Zo kan in het genoemde voorbeeld een rol spelen of het bestuur het gerechtvaardigde vertrouwen had dat de financier alsnog de financiering zou doorzetten en/of de crediteur met een betalingsregeling genoeg zou nemen. De accountant zal in het kader van zijn controlewerkzaamheden moeten toetsen of het bestuur dat vertrouwen inderdaad mocht hebben. Daartoe zal de accountant onderliggende stukken moeten vergaren en beoordelen.

4. De rol van de accountant bij het beoordelen van de continuïteitsveronderstelling

4.1 De accountant dient op grond van artikel 2:393 lid 3 BW te onderzoeken of de jaarrekening het in artikel 2:362 BW bedoelde inzicht geeft. Voor controleopdrachten zijn de voorschriften die de accountant daarbij in acht dient nemen vastgelegd in de Nadere Voorschriften Controle- en Overige Standaarden (NV COS).²⁰

4.2 De richtlijnen die de accountant in het kader van een controleopdracht ten aanzien van de continuïteitsveronderstelling in acht dient te nemen zijn omschreven in NV COS 570.²¹ Paragraaf 2 van deze standaard bepaalt het volgende:

“De continuïteitsveronderstelling houdt in dat een entiteit wordt geacht haar activiteiten in de voorzienbare toekomst voort te zetten. Financiële overzichten voor algemene doeleinden worden opgesteld op basis van continuïteit, tenzij het management voornemens is de entiteit te liquideren of de activiteiten te beëindigen dan wel hiervoor geen realistisch alternatief heeft. (...) Wanneer

20 Tot en met het boekjaar 2013 gold de zogenoemde Audit Alert 20, “De verklaring van de accountant in een verslechterend economisch klimaat”, waarin gewezen wordt op het feit dat de kredietcrisis en de gevolgen daarvan kunnen leiden tot grote onzekerheid over de continuïteit van ondernemingen. Een NBA Alert (voorheen Audit Alert) is bedoeld om accountants aanwijzingen te geven bij de uitoefening van een specifiek onderdeel van het accountantsberoep. Van accountants wordt verwacht dat zij kennisnemen van deze aanwijzingen en deze gebruiken als dat relevant is voor een opdracht. Een accountant die deze aanwijzingen niet toepast, moet erop voorbereid zijn om uit te leggen hoe niettemin is voldaan aan de verplichtingen, basisprincipes en essentiële werkzaamheden uit wet- en regelgeving, die nader zijn behandeld in deze aanwijzingen. De NBA Alert heeft niet de status van beroepsreglementering. De NBA Alerts worden gepubliceerd door de NBA op www.nba.nl.

21 Als uitgangspunt voor dit artikel is de NV COS gehanteerd, die van toepassing was per 1 april 2016.

het hanteren van de continuïteitsveronderstelling passend is, worden activa en passiva opgenomen uitgaande van de veronderstelling dat de entiteit in staat zal zijn in het kader van de normale bedrijfsvoering haar activa te realiseren en haar verplichtingen na te komen.”

4.3 NV COS 570.6 bepaalt dat het de verantwoordelijkheid van de accountant is om voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen met betrekking tot de geschiktheid van het hanteren van de continuïteitsveronderstelling door het management. De accountant dient te overwegen of er gebeurtenissen of omstandigheden zijn die ‘gerede twijfel’ kunnen doen ontstaan over de mogelijkheid van de entiteit om haar continuïteit te handhaven.²² Bovendien dient de accountant de beoordeling door het management met betrekking tot de mogelijkheid van de entiteit om haar continuïteit te handhaven, te evalueren.²³ Indien het management daarbij een periode van minder dan twaalf maanden vanaf de einddatum van de financiële overzichten (over het algemeen einde boekjaar) hanteert, dient de accountant het management te verzoeken om zijn beoordelingsperiode uit te breiden tot ten minste twaalf maanden. NV COS 570 noemt – gelijk RJ 170 – diverse voorbeelden van gebeurtenissen of omstandigheden die, afzonderlijk of collectief, gerede twijfel kunnen doen ontstaan over de continuïteitsveronderstelling. De toelichting vermeldt dat de opgesomde voorbeelden niet limitatief zijn.

4.4 In NV COS 570 (paragraaf A2) worden onder meer de volgende financiële gebeurtenissen en omstandigheden genoemd die voor de beoordeling van de gehanteerde continuïteitsveronderstelling van belang kunnen zijn:

- leningen met een vaste looptijd die de vervaldatum naderen zonder dat een realistisch uitzicht op vernieuwing of aflossing bestaat;
- het feit dat er sprake is van negatieve operationele kasstromen in historische of toekomstgerichte financiële overzichten;
- achterstanden in of onderbreking van dividenduitkeringen;
- het feit dat het niet mogelijk is om crediteuren op de vervaldatum te betalen.

4.5 De beoordeling van operationele gebeurtenissen en omstandigheden is van belang om te kunnen vaststellen dat er op terechte gronden wordt uitgegaan van de continuïteit van de onderneming. Indien het management intenties heeft om de entiteit te liquideren of om activiteiten te beëindigen, is het overduidelijk dat er sprake is van gerede twijfel omtrent de continuïteit. Ook het vertrek van kernpersonen in het management zonder dat in hun vervanging wordt voorzien, verlies van een belangrijke markt, belangrijke klant(en), arbeidsconflicten en/of een tekort aan belangrijke voorraden zijn gebeurtenissen die in het kader van

de vaststelling omtrent de continuïteit van de onderneming relevant zijn.

4.6 De impact van de hiervoor genoemde gebeurtenissen of omstandigheden kan vaak door andere factoren worden beperkt. Het effect van de onmogelijkheid om schulden af te lossen kan bijvoorbeeld worden geneutraliseerd door plannen van het management om op andere manieren adequate kasstromen in stand te houden, zoals het afstoten van activa, schuldverschikking dan wel door het verkrijgen van aanvullend kapitaal. Op soortgelijke manier kan het verlies van een belangrijke leverancier worden beperkt door het aanboren van een andere geschikte toeleveringsbron. Bij dergelijke factoren en neutralisaties dient uiteraard wel het realiteitsgehalte daarvan te worden getoetst, zowel door bestuurders en commissarissen als door de controlerende accountant.

4.7 Indien er omstandigheden zijn die ‘gerede twijfel’ kunnen doen ontstaan over de mogelijkheid van de entiteit om haar continuïteit te handhaven, dient de accountant derhalve aanvullende controlewerkzaamheden te verrichten, zoals:²⁴

- het verzoek aan het management om een beoordeling te maken van de mogelijkheid van de entiteit om haar continuïteit te handhaven. In de praktijk komt het dan vaak neer op een memorandum waarin het bestuur toelicht op welke wijze de hiervoor genoemde operationele en financiële omstandigheden zullen worden geadresseerd;
- het evalueren van de toekomstplannen van het management met betrekking tot de beoordeling van de continuïteit;
- als door de entiteit een kasstroomprognose is opgesteld en die van belang is voor de overweging van de toekomstige plannen: het evalueren van de betrouwbaarheid van de onderliggende gegevens waarop die prognoses zijn gebaseerd en het vaststellen of er een adequate onderbouwing is voor de veronderstellingen die aan de prognoses ten grondslag liggen.

4.8 Dit alles vergt een actieve opstelling van de accountant. Het is niet voldoende dat de accountant de stukken van de entiteit ontvangt; hij zal zelf moeten controleren of de entiteit al dan niet de continuïteitsveronderstelling terecht heeft gehanteerd.²⁵ Zijn bevindingen dienen te zijn vastgelegd in zijn controledossier.

²² NV COS 570.10.

²³ NV COS 570.12.

²⁴ NV COS 570.16.

²⁵ Zie hiervoor NV COS 570, paragrafen 18-24 en A20-A27. En verder: NV COS 706 “Paragrafen ter benadrukking van bepaalde aangelegenheden en paragrafen over overige aangelegenheden in controleverklaring van de onafhankelijke accountant”. In bepaalde gevallen zal de accountant ook zelf in zijn verklaring een toelichtende paragraaf omtrent de continuïteit opnemen.

5. Praktijkvoorbeelden

5.1 De geschetste problematiek komt regelmatig in de praktijk aan de orde. Daarom behandelen we enkele voorbeelden, te weten: DSB, Eurocommerce en Esperite.

DSB

5.2 DSB Bank N.V. (“**DSB**”) ging in 2009 failliet. De gemeenschappen rond dit faillissement veronderstellen wij als bekend. In een tuchtklacht tegen de betrokken accountant van Ernst & Young maakt de AFM deze – samengevat – het verwijt dat de opdracht onvoldoende is voorbereid, dat tijdens de uitvoering van de opdracht onvoldoende controle-informatie is verkregen, dat de interne accountantsdienst onvoldoende is beoordeeld en dat de veronderstelde continuïteit van DSB onvoldoende is beoordeeld. Elk van deze onderdelen hangt samen met de meer algemene klacht dat de accountant geen of onvoldoende rekening heeft gehouden met de invloed van de maatschappelijke onrust rond DSB en de kredietcrisis.

5.3 Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) benadrukt naar aanleiding van de tuchtklacht onder meer de norm:²⁶

“(…) de accountant [dient] gedurende de gehele controle alert te blijven op controle-informatie aangaande gebeurtenissen of omstandigheden alsmede daarmee verband houdende bedrijfsrisico's die gerede twijfel kunnen doen ontstaan omtrent de mogelijkheid tot duurzame voortzetting van de bedrijfsactiviteiten door de entiteit. Indien dergelijke gebeurtenissen of omstandigheden worden onderkend dient de accountant, in aanvulling op de werkzaamheden zoals beschreven in paragraaf 26 van deze Standaard, te beoordelen of deze zijn inschatting van het risico van een afwijking van materieel belang beïnvloeden (paragraaf 12).”

5.4 Het CBb is van oordeel dat de controlerend accountant onvoldoende aandacht voor de continuïteitsrisico's van de bedrijfsactiviteiten van DSB heeft gehad:

“Zoals het College hiervoor reeds heeft overwogen, heeft [de accountant] van meet af aan bij het verkrijgen van kennis over de entiteit nagelaten bepaalde (externe) factoren te onderkennen. Die factoren konden mede van invloed zijn op de liquiditeitspositie van DSB en daarmee de duurzame voortzetting van de bedrijfsactiviteiten. Ook gedurende de controle waren er naar het oordeel van het College voldoende sterke signalen – zoals de invloed van de maatschappelijke onrust en de negatieve berichtgeving in de media over de bedrijfsvoering van DSB en het gehanteerde verdienmodel op de liquiditeitspositie van DSB – die bij [naam] tot gerede twijfel hadden dienen te leiden omtrent de mogelijkheid tot duurzame voortzetting van de bedrijfsactiviteiten door DSB. [naam]

heeft daar ten onrechte onvoldoende oog voor gehad. De grief van AFM slaagt.”

Eurocommerce

5.5 In de kwestie Eurocommerce speelde met name de waardering van het vastgoed van Eurocommerce een doorslaggevende rol. De accountant had bijvoorbeeld zeer beperkte taxatierapporten (klakkeloos) als deugdelijke waardering voor het vastgoed gekwalificeerd. De accountant sloeg verder geen acht op de vastgoedcrisis en op de huurstromen en huurcontracten. Diverse stelselwijzigingen werden door de accountant zonder nadere toelichting geaccepteerd. Alle door Eurocommerce gemaakte en door de accountant niet gecorrigeerde keuzes leidden tot een beeld dat veel positiever dan de werkelijkheid was.

5.6 Door klagers was ook geklaagd over het feit dat de accountant onvoldoende controlewerkzaamheden ten aanzien van de continuïteitsveronderstelling had verricht. De Accountantskamer toetst dat klachtonderdeel in rechts-overweging 4.40.2 aan het volgende kader²⁷:

“Wat betreft de continuïteitsveronderstelling geldt dat Standaard 570 de verantwoordelijkheden behandelt van een accountant teneinde voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen met betrekking tot de geschiktheid van het hanteren door het management van de continuïteitsveronderstelling. In de paragrafen 10 en volgende van deze standaard zijn de vereisten beschreven waaraan voldaan dient te worden; het gaat daarbij onder meer om het uitvoeren van risico-inschattingwerkzaamheden, het evalueren van de inschatting van het management, waarbij de periode na de inschatting van het management dient te worden betrokken. Aanvullende controlewerkzaamheden zijn noodzakelijk wanneer gebeurtenissen of omstandigheden zijn onderkend die gerede twijfel kunnen wekken aan de continuïteit teneinde vast te stellen of er al dan niet een onzekerheid van materieel belang bestaat. De uitkomsten van de (aanvullende) controlewerkzaamheden en de verkregen controle-informatie dienen zichtbaar afgewogen en beoordeeld te worden en een en ander dient in het controledossier te worden vastgelegd.”

5.7 De Accountantskamer toetst vervolgens aan de gebeurtenissen en omstandigheden. Samengevat betrof het moeilijke marktomstandigheden met onzekere vooruitzichten, een toenemende voorraad van onverkochte en/of niet verhuurde panden en een toenemende noodzaak/druk om te voldoen aan vooraf door de financiers gestelde ratio's en voorwaarden, terwijl sprake is van grote afhankelijkheid van externe financiering. Deze gebeurtenissen en omstandigheden konden naar het oordeel van de Accountantskamer serieus twijfel doen ontstaan over het vermogen van de Eurocommerce Groep om in het komende jaar

26 CBb 18 november 2015, ECLI:NL:CBB:2015:362, r.o. 2.10.3.

27 Accountantskamer 30 november 2015, ECLI:NL:TACAKN:2015:146. Eerstgenoemde auteur trad in deze zaak op als gemachtigde van de klagers.

zelfstandig aan haar verplichtingen te voldoen. De accountant had in dat geval hiernaar (aanvullende) controlewerkzaamheden dienen uit te voeren. Zo had de accountant bij Eurocommerce moeten aandringen op een nadere analyse van de continuïteitsvooruitzichten en had hij deze intensief moeten beoordelen.

Esperite

5.8 In het derde voorbeeld, Esperite, geeft de accountant een verklaring van oordeelonthouding;²⁸ dit wegens een gebrek aan toereikende controle-informatie. De accountant geeft bijvoorbeeld aan de veronderstellingen die ten grondslag liggen aan de budgetten en cash flow prognoses van het management niet afdoende te kunnen toetsen. Verder wijst de accountant onder meer op het ontbreken van (externe) marktgegevens en op onzekerheden ten aanzien van het businessplan dat is gebaseerd op een significante omzetgroei, verbetering van het werkkapitaal en kostenbesparingen. Daarnaast wijst de accountant op het feit dat de onderneming een historie heeft van het niet behalen van doelstellingen ten aanzien van omzet, resultaten en kasstromen. Bovendien bestaan onzekerheden ten aanzien van het financieringsarrangement.

5.9 Het voorbeeld van Esperite kan voor wat betreft de rol van de controlerende accountant worden gezien als een 'best practice': de accountant geeft duidelijk aan wat op basis van zijn controle de onzekerheden in de jaarrekening zijn en op welke punten het management hem (nog) niet heeft kunnen overtuigen. Daardoor geeft hij – in zijn rol als poortwachter ten behoeve van het maatschappelijk verkeer – een krachtig signaal af over de bestaande onzekerheden en de 'gerede twijfel' over de continuïteit van de door hem gecontroleerde onderneming. Het is vervolgens aan de markt om de onzekerheden te vertalen naar een aandelenprijs. Het management van de betrokken onderneming dient met meer overtuiging en vooral op basis van concrete daden aan te tonen dat zij in staat is de onzekerheden in de toekomst weg te nemen om zodoende het voortbestaan van de onderneming te verzekeren.

6. Conclusie

6.1 In gevallen waarin de jaarrekening geen toelichting omtrent de gehanteerde continuïteitsveronderstelling bevat en de accountant in zijn verklaring geen toelichtende paragraaf hieromtrent heeft opgenomen, kan het voor belanghebbenden relevant zijn om bij het bestuur een nadere toelichting te vragen ten aanzien van de vraag waarom het bestuur van mening was dat er uitgegaan kon worden van het voortzetten van de onderneming tegen 'going concern'-waardering. Dat geldt niet alleen voor benadeelde crediteuren in een faillissement maar eveneens voor de curator in het kader van zijn onderzoek naar eventueel paulianeus handelen.

6.2 Indien er sprake was van onontkoombare discontinuïteit, was duurzame voortzetting van de onderneming kennelijk onmogelijk. Dat oordeel kan bijdragen aan de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf dat ten tijde van de handeling, het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Indien er sprake was van ernstige onzekerheid over de continuïteit van de onderneming, kunnen de aan die conclusie ten grondslag liggende feiten en omstandigheden eveneens relevant zijn bij de invulling van het door de Hoge Raad geformuleerde criterium. Inzage in de overwegingen van het bestuur om de jaarrekening ondanks deze ernstige onzekerheid op basis van de continuïteitsveronderstelling op te stellen en inzage in de door de accountant in dat kader verrichte controlewerkzaamheden, kunnen een bijdrage leveren aan de analyse of al dan niet voldaan is aan de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf ten aanzien van de wetenschap van benadeling in het kader van de pauliana. Bovendien kan aan de hand van de door de accountant verrichte controlewerkzaamheden worden vastgesteld of de accountant op grond van deugdelijke controlewerkzaamheden al dan niet terecht heeft geconcludeerd dat de continuïteitsveronderstelling kon worden gehanteerd.

28 Jaarrekening Esperite 2016.