

Problemen met de aanpak van faillissementsfraude van tafel?

*Mr. drs. M. van der Linden **

In steden als Venetië en Florence was het vroeger gebruik om de tafel van ondernemers die bankroet gingen door midden te breken om te laten zien dat zij niet getolereerd werden in de samenleving.¹ 'Bankroet' was vroeger wat tegenwoordig 'bankbreuk' heet: een strafbaar faillissement. Faillissementsfraudeurs worden nog steeds niet getolereerd en bedrieglijke bankbreuk – ofwel faillissementsfraude – staat weer volop in de aandacht.

Zo hebben de media de strafzaak tegen 'bedrijvendokter' Joep van den Nieuwenhuyzen niet onbelicht gelaten en presenteert het kabinet het uitgebreide wetgevingsprogramma 'Herijking van het faillissementsrecht'. Ter bevordering van de bestrijding van faillissementsfraude is het kabinet voornemens de rol van de curator te versterken, een civielrechtelijk bestuursverbod te introduceren en de wettelijke mogelijkheden om strafrechtelijk tegen faillissementsfraude op te treden te verbeteren. In deze bijdrage staat dit laatste voornemen centraal.

Op 18 juli 2014 is het Wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude (hierna: 'het wetsvoorstel') ingediend. Daarmee wordt niet alleen een modernisering en een vereenvoudiging van de huidige strafbepalingen beoogd, maar ook een aanvulling daarop. Zo wordt een nadere strafrechtelijke bescherming tegen overtreding van de inlichtingen-, administratie-, bewaar- en afgifteplicht voorgesteld en wordt de mogelijkheid geïntroduceerd ook strafrechtelijk te kunnen optreden tegen laakbaar handelen dat een onderneming in ernstige financiële problemen brengt met een faillissement als mogelijk – maar niet als noodzakelijk – gevolg.²

In beginsel zal een ieder de ambitie om de aanpak van faillissementsfraude te versterken onderschrijven. De vraag is echter of dit wetsvoorstel inderdaad dat doel dient en een vereenvoudiging en geslaagde aanvulling van de huidige faillissementsbepalingen met zich brengt. Dat er meer nodig is dan de enkele invoering van dit wetsvoorstel is in de literatuur in ieder geval onomstreden; ook de deskundigheid, capaciteit en

prioritering van de opsporingsinstanties zal in de goede richting mee moeten bewegen.³

In deze bijdrage zal allereerst het begrip 'faillissementsfraude' van enige context worden voorzien. Vervolgens zal per onderdeel worden gesignaleerd wat er zal veranderen na invoering van het wetsvoorstel en wat de mogelijke gevolgen daarvan kunnen zijn. Achtereenvolgens zal worden stilgestaan bij de inlichtingen-, administratie-, bewaar- en afgifteplicht, het strafbaar handelen bij het faillissement van een rechtspersoon en het laakbaar handelen onafhankelijk van het faillissement.

Faillissementsfraude in context

In 1886 werden de faillissementsdelicten in het Wetboek van Strafrecht opgenomen en gekwalificeerd als een bijzondere vorm van bedrog. Sinds die tijd is het aantal faillissementen aanzienlijk toegenomen alsook de schuld die deze bedrijven achterlaten.⁴ Dat er aandacht is voor de aanpak van faillissementsfraude is begrijpelijk, maar opmerkelijk is daarbij wel dat de daadwerkelijke maatschappelijke schade ten gevolge van deze faillissementsfraude niet is vastgesteld.⁵ Het Openbaar Ministerie (OM) schat deze schade kennelijk op 1,28 miljard euro over het jaar 2013,⁶ maar deze schatting vraagt wel enige nuancering gezien het feit dat een zorgvuldige en volledige administratie vaak ontbreekt, evenals de financiële middelen voor een grondig onderzoek door de curator. Dit geldt temeer nu bij slechts een zeer gering percentage van de faillissementen ook wordt overgegaan tot strafrechtelijke vervolging en daadwerkelijk door een rechter wordt vastgesteld dat sprake is van faillissementsfraude.⁷

In het Wetboek van Strafrecht (Sr) is de strafbaarstelling van faillissementsfraude te vinden onder Titel XXVI 'Benadeling van schuldeisers of rechthebbenden'. Wanneer activa met frauduleuze bedoelingen uit de onderneming zijn gehaald en verhaal daardoor niet meer mogelijk is na faillissement, kan

* Mr. drs. M. van der Linden is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. <www.etymologiebank.nl/trefwoord/bankroet>, met verwijzing naar M. Philippa e.a. (red.), Etymologisch woordenboek van het Nederlands: A-E, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003.

2. Kamerstukken II 2013/14, 33994, 3 (MvT) [hierna: MvT].

3. Zie o.a. C.M. Hilverda, De aanpak van faillissementsfraude, Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving 2014, afl. 1, p. 9-16; noot van J. Italianer bij Rb. Rotterdam 19 juli 2013, JOR 2013/322 (Joep van den Nieuwenhuyzen); Kamerstukken II 2013/14, 33994, 4 (Advies Raad van State).

4. J. Brouwer, Fraude en misbruik bij faillissementen: investeren in een aanpak die wél werkt, TvI 2014/16, afl. 3, p. 2.

5. F. Kemp, Faillissementsfraude: een hardnekkig fenomeen. Pleidooi voor een preventieve aanpak, Justitiële verkenningen 2014, afl. 3, p. 58-59.

6. Kamerstukken II 2014/15, 33994, 5, p. 2.

7. B. Bloem & A. Hartevelde, Horizontale fraude. Verslag van een onderzoek voor het Nationaal dreigingsbeeld 2012, Zoetermeer, november 2012, p. 118.

men in het strafrecht terechtkomen. Dit kan ook het geval zijn als de onderneming ten onder is gegaan door ernstig wanbeheer. Interessant bij deze delicten is dat daarbij sprake is van een hoge mate van 'hineininterpretieren';⁸ in de wetenschap dat de onderneming failliet is gegaan, is het lastig te beoordelen of sprake is van een faillissementsfraudeur of van een wanhopige ondernemer met de beste bedoelingen. In deze bijdrage zal faillissementsfraude bij ondernemingen centraal staan en zullen de bepalingen die zien op faillerende natuurlijke personen en op degenen ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling wordt toegepast buiten beschouwing worden gelaten.

De inlichtingenplicht

Het eerste artikel in het Wetboek van Strafrecht dat specifiek ziet op overtredingen bij faillissementen is artikel 194 Sr. Dit artikel stelt het niet geven van inlichtingen bij faillissement strafbaar. Zowel bestuurders als commissarissen van de failliete onderneming zijn onder omstandigheden verplicht alle gewenste inlichtingen te verschaffen op grond van de artikelen 105, 106, 116 en 117 van de Faillissementswet (Fw). Deze inlichtingenplicht is essentieel voor de vereffening, aangezien de boedel zonder deze informatie niet verdeeld kan worden. Voorgesteld wordt om deze delictsomschrijving te vereenvoudigen en in plaats van een gedetailleerde opsomming van de situaties waarin de bestuurder of commissaris verplicht is informatie te verstrekken, te volstaan met de vermelding 'wettelijk verplicht'.

Gezien recente ontwikkelingen in de jurisprudentie is een complicerende factor bij de strafbaarstelling van de inlichtingenplicht dat schending van het *nemo tenetur*-beginsel daarbij op de loer ligt. In principe mag iemand namelijk niet worden gestraft voor het schenden van een inlichtingenverplichting, als niet kan worden uitgesloten dat informatie die in de toezichtsfere van hem is gevorderd bijvoorbeeld in een strafzaak tegen hem wordt gebruikt. Er dienen waarborgen te bestaan om te voorkomen dat informatie die op grond van een wettelijke verplichting door een toezichthouder is vergaard – buiten de afwikkeling van het faillissement –, wordt gebruikt voor beboeting of strafrechtelijke vervolging. Dit is in het kader van een faillissement best ingewikkeld, aangezien de gefailleerde op grond van de Faillissementswet verplicht is alle gevraagde inlichtingen te verstrekken.⁹ De Hoge Raad heeft geconstateerd dat bovengenoemde procedurele waarborgen in de Nederlandse regelgeving ontbreken en overwogen onder welke voorwaarden inlichtingen die zijn verkregen onder dreiging van een sanctie wel gebruikt mogen worden in het kader van

een strafvervolging.¹⁰ Zolang in lijn wordt gehandeld met deze rechtspraak, zal in principe geen sprake zijn van strijdigheid met het *nemo tenetur*-beginsel. De toepassing van artikel 194 Sr zal naar verwachting in praktijk wel kunnen rekenen op veel complexe vragen.

De administratie-, bewaar- en afgifteplicht

Naast de inlichtingenplicht die ontstaat in geval van een faillissement, dient de onderneming een zorgvuldige administratie te voeren, deze te bewaren en deze in geval van faillissement af te dragen aan de curator. De administratie is bij faillissementen van cruciaal belang; zowel om de activa te achterhalen, als om vast te stellen of sprake is van strafbare onttrekking van goederen aan de boedel. Een ontbrekende dan wel onvolledige administratie maakt deze reconstructie vaak onmogelijk, waardoor niet alleen schuldeisers worden benadeeld, maar ook 'fraudeurs vaak de dans ontspringen'.¹¹

Op dit moment zijn het niet voldoen aan de administratieve en de bewaarplicht voor de onderneming en haar bestuurders en commissarissen verspreid over verschillende strafbepalingen strafbaar gesteld. In de eerste plaats als onderdeel van de bedrieglijke bankbreukbepaling – de 'opzetvariant' van de bankbreukbepalingen. Dit artikel heeft zowel betrekking op de rechtspersoon als op zijn bestuurders en commissarissen en vereist dat ten tijde van het overtreeden van deze administratieve verplichtingen het vooruitzicht op een faillissement moet bestaan; er is immers opzet vereist op benadeling van schuldeisers. In de praktijk blijkt dat het soms moeilijk te bewijzen is dat er een 'vooruitzicht' bestond op het faillissement, waardoor de geslaagde vervolgingen voor dit delict op één hand te tellen zijn.¹²

In de tweede plaats is het niet voldoen aan de administratie- en bewaarplicht als onderdeel van de 'eenvoudige bankbreukbepaling' strafbaar gesteld. Dit is een lichtere strafbaarstelling met betrekking tot de failliet waarvoor – in plaats van opzet – slechts vereist is dat het aan zijn schuld te wijten is dat schuldeisers worden benadeeld. In tegenstelling tot de administratie- en bewaarplicht uit de bedrieglijke bankbreukbepaling geldt de verplichting uit de eenvoudige bankbreukbepaling alleen voor bestuurders en commissarissen.

Voorgesteld wordt om een nieuw overkoepelend artikel te introduceren voor de overtreding van de administratie-, bewaar- en afgifteplicht. Daarmee zou de strafbaarstelling van deze civielrechtelijke normen geconcentreerd worden in een nieuw artikel 344a Sr. In dit artikel zal het strafbaar worden gesteld om, in geval van faillissement, niet te voldoen aan de administratie- of bewaarplicht dan wel de plicht om deze administratie vervolgens aan de curator af te dragen. Opzet op de benadeling van schuldeisers is daarbij niet vereist; voldoende is dat er verwijtbaar is gehandeld, waarbij het gevolg van het strafbare handelen wel zal moeten zijn dat de afhandeling van het faillissement wordt bemoeilijkt. Voorts zal dit artikel – in

8. N. van der Laan, Wetsvoorstel 'herziening strafbaarstelling faillissementsfraude' een doekje voor het bloeden, Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht in Praktijk 2013/51, p. 20.

9. A.A. Feenstra & G.M. Boezelman, Bestrijding van faillissementsfraude insolvent?, Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht 2013, afl. 6/7, p. 6 verwijzend naar Conclusie A-G Wattel bij HR 1 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ3640; Kamerstukken II 2013/14, 33994, 4 (Advies RvS), p. 3. Zie ook nader: S.R. van Breukelen & T.R. van Roomen, De gefailleerde in een Catch-22 positie, Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance 2014, nr. 2/3, p. 106 e.v.

10. MvT, p. 8, met verwijzing naar HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161.

11. MvT, p. 1.

12. Van der Laan 2013, p. 27; MvT, p. 11.

zijn volledigheid – zowel betrekking hebben op ondernemingen als op bestuurders en commissarissen.

Met de introductie van dit nieuwe ‘verzamelartikel’ zal de bovengenoemde bewijsproblematiek worden opgelost, aangezien opzet op de benadeling van schuldeisers niet langer is vereist. Ook worden de mogelijkheden om het niet voldoen aan de administratie- en bewaarplicht strafrechtelijk te sanctioneren voor rechtspersonen en zijn bestuurders en commissarissen met dit nieuwe artikel 344a Sr volledig gelijkgetrokken. Al met al veel verschuivingen op papier met weinig interessante wijzigingen voor de praktijk.

Belangwekkender is dat voorts wordt voorgesteld om het niet voeren van een zorgvuldige administratie en het bewaren daarvan zelfstandig strafbaar te stellen via de Wet op de economische delicten (WED) – onafhankelijk van het intreden van het faillissement. Voor een adequate interne controle en om een onderneming gezond te houden, is een zorgvuldige administratie noodzakelijk. Transparantie zal volgens de regering fraude en wanbeheer tegengaan en daarmee ook faillissementen voorkomen. Schending van deze administratie- en bewaarplicht levert evenwel slechts een ‘overtreding’ op en de preventieve werking die daarvan uitgaat, zal in de praktijk nog moeten blijken.¹³

Strafbaar handelen bij het faillissement van een rechtspersoon

Het wetsvoorstel beoogt voorts de faillissementsbepalingen te verduidelijken door een onderscheid te maken tussen faillissementen van natuurlijke personen en rechtspersonen. Hierdoor zouden de bepalingen beter kunnen worden toegesneden op specifiek de gedragingen van de bij het faillissement betrokken bestuurders en commissarissen. Allereerst zou in dat kader het strafrechtelijke begrip ‘bestuurder van een rechtspersoon’ met de introductie van artikel 348a in het Wetboek van Strafrecht worden uitgebreid. Het gaat niet alleen om de bestuurders die in die hoedanigheid staan ingeschreven in het handelsregister, maar ook om degenen die feitelijk de rechtspersoon besturen – zonder een officiële functie als bestuurder dan wel commissaris.¹⁴ Een vergelijking met het begrip ‘feitelijk leidinggeven’ dringt zich op, maar een dergelijke uitbreiding lijkt niet te zijn beoogd. Die mogelijkheid bestond immers al op grond van de rechtspraak. Zonder nadere onderbouwing is dit een ontwikkeling die lastig te volgen is.

Ook de reeds aangehaalde bankbreukbepalingen – respectievelijk artikel 342 en 343 van het Wetboek van Strafrecht –, ontkomen niet aan een herzieningsslag. Naast de eerdergenoemde verschuiving van de administratie-, bewaar- en afgifteplicht geldt een verdubbeling van het strafmaximum voor – de resterende onderdelen van – eenvoudige bankbreuk naar twee jaar en wordt de reikwijdte van beide bepalingen aanzienlijk verruimd. Waar nu nog vereist is dat sprake is van handelen in strijd met de statuten of de reglementen, zou het enkele vereiste worden dat sprake is van het ‘buitensporig’ verbruiken, uitgeven of vervreemden van middelen van de rechtspersoon voor het faillissement. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan grootschalige speculatie met het vermogen van de onderneming of het – zonder reële tegenprestatie – toeschuiven van geld aan bevriende zakenrelaties.¹⁵ In verband met de vereisten van behoorlijk bestuur zal het voor een eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid moeten gaan om ‘volstrekt onredelijk’ handelen.¹⁶

De term ‘buitensporig’ kan worden aangemerkt als een open norm; een duidelijke definitie van deze norm ontbreekt tot op dit moment. Deze duidelijkheid is echter niet alleen wenselijk om te voorkomen dat opsporingsinstanties geen helder beeld hebben van de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om op legitieme gronden een strafrechtelijk onderzoek te kunnen starten, maar ook om bewijsproblemen te voorkomen.¹⁷ Voorts bestaat er geen duidelijkheid over de reikwijdte van het begrip ‘voor het faillissement’, waardoor het onduidelijk is tot welk moment voor het faillissement buitensporig handelen in het strafrecht kan worden betrokken. Van de beoogde ‘vereenvoudiging’ van de faillissementsbepalingen lijkt hier dan ook geen sprake te zijn.

Ten aanzien van de bedrieglijke bankbreukbepaling wordt ook het opzetbegrip in het artikel aangepast. Met de woorden ‘ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers’ wordt in het huidige artikel 343 van het Wetboek van Strafrecht tot uitdrukking gebracht dat het opzet gericht dient te zijn op het intreden van het faillissement en de daarmee gepaard gaande benadeling van de schuldeisers van de rechtspersoon. Aangezien het inmiddels vaste jurisprudentie is dat voor een bewezenverklaring van faillissementsfraude voorwaardelijk opzet voldoende is,¹⁸ wil de regering dit ook duidelijker in de delictomschrijving naar voren laten komen. De voorgestelde formulering is: ‘wetende dat een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld’. Hierbij is nieuw dat de enkele aanmerkelijke kans op benadeling ten tijde van het handelen niet langer voldoende is; een of meer schuldeisers in het faillissement moet(en) daadwerkelijk zijn benadeeld in de verhaalsmogelijkheden. Deze benadeling hoeft niet onherstelbaar te zijn, maar moet wel op enig moment hebben bestaan.¹⁹ In het geval dat deze benadeling zich niet daadwerkelijk voordoet, maar wel de aanmerkelijke kans daarop bestaat, staat natuurlijk wel de mogelijkheid open om te vervolgen wegens een ‘poging’ tot faillissementsfraude.

Laakbaar handelen onafhankelijk van faillissement

Met het wetsvoorstel worden voorts de mogelijkheden uitgebreid ook strafrechtelijk op te kunnen treden tegen laakbaar handelen met als gevolg dat een onderneming in ernstige financiële problemen wordt gebracht met een faillissement als mogelijk – maar niet als noodzakelijk – gevolg. Ook de huidige strafwet bevat al de mogelijkheid om de bestuurder straf-

13. Van der Laan 2013, p. 29; MvT, p. 12.

14. MvT, p. 17.

15. Memorie van Toelichting bij het conceptwetsvoorstel, p. 9.

16. MvT, p. 16.

17. Kamerstukken II 2013/14, 33994, 3, bijlage (Advies van de Raad voor de rechtspraak), p. 2.

18. HR 16 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4797.

19. MvT, p. 7.

rechtelijk te vervolgen als deze handelt in strijd met de statuten en daarbij ernstig nadeel veroorzaakt voor de onderneming.

Voorgesteld wordt om artikel 347 van het Wetboek van Strafrecht te vervangen, zodat ook de bestuurder of commissaris strafrechtelijk kan worden aangepakt, wanneer sprake is van 'buitensporig' handelen – in de zin zoals ook reeds hiervoor besproken – of het bijdragen daaraan met als gevolg dat de onderneming daar ernstig nadeel van ondervindt. De betrokken bestuurder of commissaris riskeert daarmee een maximum gevangenisstraf van twee jaar of een geldboete van maximaal 81.000 euro. In het geval deze bestuurder of commissaris gehandeld heeft met het oogmerk op persoonlijke verrijking, zou zelfs een maximale gevangenisstraf van vier jaar gaan gelden. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het op onverantwoorde wijze overhevelen van grote delen van de activa naar privéprojecten.²⁰

Deze aanvulling wordt allereerst gelegitimeerd door het argument dat op dit moment de bepalingen niet van toepassing zijn in het geval dat bedrijven – zoals banken en woningbouwcorporaties – door de overheid of door private partijen van de ondergang worden gered; dit terwijl in dergelijke gevallen ook op vergelijkbare wijze sprake kan zijn van wanbeheer of frauduleus handelen. Voorts biedt deze aanvulling de opsporingsinstanties de mogelijkheid om eerder in te grijpen bij 'foute' bestuurders, waardoor wellicht een faillissement kan worden voorkomen, aldus de regering.²¹ Ook zou deze aanvulling worden aangemerkt als feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, waardoor de opsporingsinstanties over meer onderzoeksbevoegdheden komen te beschikken.

Het wetsvoorstel brengt op dit punt een aanzienlijke aanvulling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders die in de ogen van de opsporingsinstanties als 'fout' te boek staan met zich mee. Hiervoor is niet langer vereist dat dit gewraakte handelen tot een faillissement heeft geleid en ook is niet langer vereist dat in strijd is gehandeld met de statuten en de reglementen.

De toegevoegde waarde van dit voorstel is lastig te duiden. Als een bestuurder of commissaris echt zijn boekje te buiten gaat, zal dit veelal in strijd zijn met de statuten of de geldende reglementen. Zo dit niet het geval is, ligt het in de rede dat zijn handelen onder een reeds bestaande delictomschrijving zal vallen. Als het gaat om ernstige benadeling van de onderneming, valt hierbij te denken aan valsheid in geschrifte en verduistering in dienstbetrekking. Een uitbreiding van de strafbaarstelling van laakbaar handelen door bestuurders en commissarissen lijkt daarmee dus overbodig, temeer nu een verdenking van deze feiten de opsporingsinstanties ook alle bevoegdheden tot onderzoek geeft. De vraag is dan ook in hoeverre in de praktijk van een daadwerkelijke verruiming sprake zal zijn.

Conclusie

Het Wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude tracht de huidige faillissementsbepalingen te vereenvoudigen en aan te vullen om de mogelijkheden om strafrechtelijk tegen deze vorm van fraude op te treden te verbeteren. De voorgestelde wijzigingen zijn echter lang zo eenvoudig nog niet en de vraag is ook of wel sprake is van een daadwerkelijke verbetering van de aanpak van faillissementsfraude. Geruststellend is wel dat veel van de in deze bijdrage gesignaleerde punten ook te vinden zijn in het verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie.²² Een nadere beschouwing van het wetsvoorstel lijkt daarmee onvermijdelijk; voor alle betrokkenen een goede zaak.

20. MvT, p. 19.

21. MvT, p. 18.

22. Kamerstukken II 2014/15, 33994, 5.