

Nieuwe wetgeving ter bestrijding van faillissementsfraude

Prof.mr. P.A.M. Verrest & mr.dr. T. Heukels*

1 Inleiding

De aanpak van faillissementsfraude staat de afgelopen jaren volop in de belangstelling. In 2015 werden 5266 bedrijven failliet verklaard. Weliswaar is dat minder dan in de voorgaande jaren, maar het ging nog altijd om ongeveer 100 bedrijven per week.¹ Grove schattingen luiden dat in ongeveer een vijfde van die faillissementen op enigerlei wijze sprake is van fraude.² Daarmee kan gesproken worden van een maatschappelijk probleem. Een faillissement is voor direct betrokkenen, zoals schuldeisers en werknemers die hun baan verliezen, vaak een ramp: de situatie wordt nog schrijnender als de oorzaak van een faillissement ligt in de sfeer van fraude. Ook de overheid – bijvoorbeeld het UWV en de Belastingdienst – is vaak de dupe van een faillissement.

Op 1 juli 2016 zijn twee wetten in werking getreden die beide zien op verbetering van de mogelijkheden om faillissementsfraude te bestrijden. Het gaat om de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude (*Stb.* 2016, 154) en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod (*Stb.* 2016, 153). In deze bijdrage gaan we nader in op deze nieuwe wetgeving. Maar eerst besteden we aandacht aan de aanleiding.

2 De aanpak van faillissementsfraude en het wetgevingsprogramma

Van verschillende zijden werd in 2012 aandacht gevraagd voor de aanpak van faillissementsfraude. In een tijd waarin wegens de slechte financiële en economische omstandigheden een grote stijging plaatsvond van het aantal faillissementen, kwamen uit de praktijk veel signalen van

fraude. Daarbij werd gesteld dat de handhaving, zowel op het vlak van wet- en regelgeving als van inzet van curatoren en opsporingsdiensten, te wensen overliet.

In haar oratie schetste de Nijmeegse hoogleraar faillissementsfraude Tineke Hilverda een ontluisterend beeld van de praktijk rond de opsporing van frauduleuze faillissementen: door een gebrek aan prioriteit in de opsporing en weinig effectieve wetgeving bleef fraude volgens haar in bijna alle gevallen onbestraft.³

Wat Hilverda beschreef was een kloof tussen alle betrokken actoren. De curator die ten behoeve van de schuldeisers de boedel van een failliet bedrijf vereffent is niet als vanzelf gespist op faillissementsfraude. Sterker, bij frauduleuze faillissementen is de boedel vaak leeg, en de administratie vaak met opzet kwijt gemaakt of lacuneus, waardoor er voor de curator weinig aanknopingspunten zijn om aan de slag te gaan. De curator zal dan waarschijnlijk geneigd zijn snel te stoppen met zijn werkzaamheden, al was het maar door het vooruitzicht dat hij voor zijn werkzaamheden vaak nauwelijks of geen vergoeding krijgt; die vergoeding moet immers uit de (lege) boedel komen. Fraudeurs ontsprongen op die manier nogal eens de dans. Daarbij werkte ook de geringe prioriteit die politie en Openbaar Ministerie gaven aan het aanpakken van zaken van faillissementsfraude demotiverend: curatoren gaven aan geen heil te zien in het doen van aangifte als daarmee toch niets zou worden gedaan. Verder werd gewezen op knelpunten bij de opsporing van faillissementsfraude. Bij de politie was bijvoorbeeld niet altijd voldoende financiële expertise voorhanden.⁴ Bovendien werden de strafbepalingen inzake faillissementsfraude in het Wetboek van Strafrecht als moeilijk leesbaar ervaren,

* Pieter Verrest en Ton Heukels zijn werkzaam als respectievelijk raadgever en coördinerend raadgever bij de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het ministerie van Veiligheid en Justitie. Pieter Verrest is daarnaast hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de EUR. Auteurs schrijven dit artikel op persoonlijke titel.

1 Bron: CBS 2016.

2 Eind 2016 zal het CBS nieuwe schattingen bekendmaken van het percentage faillissementen waarbij sprake is van onrechtmatig of strafbaar handelen.

3 C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude, waar een wil is, ...* (oratie Nijmegen),

Deventer: Kluwer 2012, p. 9-24.

4 Daar werd overigens wel wat gedaan, o.a. met een 'Leidraad eenvoudige faillissementsfraude' ontwikkeld door de politie (regio Brabant-Zuidoost) in samenwerking met m.n. prof. Hilverda.

en sloten ze in een aantal opzichten ook te weinig aan bij de verschijningsvormen van faillissementsfraude in de praktijk. Gevolg van dit alles was dat fraudeurs nogal eens straffeloos bleven, zelfs als ze – voor curatoren en de opsporing zichtbaar – regelmatig ondernemingen moedwillig op de fles lieten gaan.

Het kabinet reageerde eind 2012 met de aankondiging van een serie maatregelen om de aanpak van faillissementsfraude te verbeteren.⁵ Een belangrijk onderdeel van die maatregelen was een wetgevingsprogramma tot herijking van het faillissementsrecht, waarvan een betere faillissementsfraudebestrijding een belangrijke pijler vormde. Ter verbetering van de aanpak van faillissementsfraude werden drie wetsvoorstellen aangekondigd:

- een wetsvoorstel tot herziening van de strafbaarstelling van faillissementsfraude;
- een wetsvoorstel inzake invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod; en
- een wetsvoorstel ter versterking van de positie van de curator, dat de curator onder andere een fraude-signalerende taak geeft.

Doel van het wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude was allereerst om de bestaande strafbaarstelling van faillissementsfraude te stroomlijnen door de structuur en de inhoud te vereenvoudigen. Naast modernisering van de strafrechtelijke faillissementsbepalingen achtte het kabinet een aanvulling van het strafrechtelijke instrumentarium wenselijk om de effectiviteit van de strafrechtelijke bestrijding van faillissementsfraude te vergroten. Dit laatste gold in het bijzonder de handhaving van de inlichtingenplicht en de administratieplicht. De Tweede Kamer drong met een motie aan op een zelfstandige strafbaarstelling van overtreding van de administratieplicht.⁶ Ten slotte werd het voor een effectieve aanpak van faillissementsfraude van belang geacht dat in ernstige gevallen strafrechtelijk kan worden opgetreden tegen laakbaar handelen dat een rechtspersoon in ernstige financiële problemen brengt, met de ondergang van een onderneming en benadeling van schuldeisers als mogelijk, maar niet noodzakelijk gevolg. De mogelijkheid om daartegen strafrechtelijk te kunnen optreden is gerechtvaardigd, ook wanneer het faillissement (nog) niet is ingetreden. Hiermee wordt tevens de preventieve werking die het strafrecht kan hebben bij het voorkomen van faillissementen versterkt.⁷

Het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod had onder meer als doel om te voorkomen dat frauderende bestuurders hun gang konden blijven gaan, bijvoorbeeld door bedrijven leeg te halen waardoor ze failliet gaan, om vervolgens eenzelfde constructie weer uit te halen met een

volgende rechtspersoon. Zij kunnen in beginsel worden gestopt door een strafrechtelijk beroepsverbod, maar moeten dan wel eerst onherroepelijk veroordeeld zijn voor een (of meerdere) zaken van faillissementsfraude.⁸ Bij een civielrechtelijk bestuursverbod is dat niet het geval.

Het derde wetsvoorstel, dat op het moment van schrijven van deze bijdrage nog in behandeling is bij de Tweede Kamer, ziet op versterking van de positie van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude.⁹ Dit wetsvoorstel verlangt dat de curator bij de afwikkeling van een faillissement expliciet let op mogelijke onregelmatigheden en daarover rekenschap aflegt in het verslag van zijn werkzaamheden. Constateert de curator onregelmatigheden, dan moet hij de rechter-commissaris daarover informeren. Daartegenover staan meer bevoegdheden voor de curator om zijn werk te verrichten, onder andere een ruimere medewerkings- en inlichtingenplicht van de failliet en derden, zoals administratiekantoren die de administratie van de gefailleerde in de uitoefening van hun beroep of bedrijf (gedeeltelijk) onder zich hebben.

In onderlinge samenhang kunnen de drie nieuwe wetten een belangrijke impuls geven aan een adequatere faillissementsfraudebestrijding.

3 Herziening van de strafbaarstelling van faillissementsfraude

3.1 Inleiding

Een bijzonder kenmerk van de strafrechtelijke faillissementsbepalingen – naast de fraudebepalingen ook de sanctivering van overtreding van de inlichtingenplicht in artikel 194 Sr – is dat zij in beginsel in direct verband staan met normen neergelegd in de Faillissementswet (Fw). Artikel 194 Sr zorgt voor sanctivering van overtreding van de inlichtingenplicht, neergelegd in de artikelen 105 en 106 Fw.¹⁰ De artikelen 340 tot en met 344 Sr (ook wel aangeduid als eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk) stellen vormen van opzettelijk ‘paulianeus handelen’ strafbaar (onttrekking aan de boedel en wederrechtelijke benadeling van schuldeisers, art. 42 en 47 Fw). Een ander kenmerk van de faillissementsbepalingen is dat zij, net als de Faillissementswet, in hoofdzaak zien op bescherming van de schuldeiser.

De faillissementsfraudebepalingen in het Wetboek van Strafrecht (art. 340 tot en met 344) waren sinds hun introductie in het Wetboek van Strafrecht in 1886 nagenoeg ongewijzigd gebleven. Voorstellen tot modernisering werden wel gedaan, onder andere door Keulen en Hilverda,¹¹ maar

5 *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, 74.

6 Motie van het lid Helder c.s., *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, 75.

7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33994, 3, p. 2.

8 Het Openbaar Ministerie heeft in het verleden ook in weinig zaken een strafrechtelijk beroepsverbod geëist: in 2014 bijvoorbeeld slechts in drie gevallen (*Handelingen II* 2014/15, p. 97-6-13). Daar lijkt echter verandering in te komen, zie ‘Failliet gaan om van schulden af te komen’,

Opportuun 2015, afl. 3, p. 10.

9 *Kamerstukken* 34253.

10 Door de nieuwe redactie van art. 194, eerste en tweede lid, Sr (‘degene die wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen’) vallen ook de uitbreidingen van de inlichtingenplicht die het Wetsvoorstel versterking positie curator (34253) realiseert in de Faillissementswet onder de reikwijdte van de strafbaarstelling.

11 Zie B.F. Keulen, *Bankbreuk, ons strafrechtelijk*

faillissementsrecht, Arnhem: Gouda Quint 1990; C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude: een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, Deventer: Kluwer 2009. Zie ook de voorstellen van Hilverda als onderdeel van de advisering door de Commissie Insolventierecht (bijlage bij Voorontwerp Insolventiewet, Deventer: Kluwer 2007).

niet opgepakt door de wetgever. Met het wetsvoorstel werd nu wel gekozen voor een grote herziening.

Het bestek van deze bijdrage staat het niet toe om uitgebreid op alle onderdelen van de nieuwe wet in te gaan. We beperken ons tot de belangrijkste wijzigingen.

3.2 De eigenlijke fraudemisdrijven (art. 340-343 Sr)

De misdrijven van de artikelen 340 tot en met 343 Sr zijn opnieuw vormgegeven. Uitgangspunt was om niet over te gaan tot volledig nieuwe delictomschrijvingen – daarmee zou de op grond van de bestaande strafbaarstellingen ontwikkelde jurisprudentie overboord worden gezet en ook het verband met de Faillissementswet opnieuw moeten worden gedefinieerd. Zo is de onderverdeling in de artikelen 340 tot en met 343 Sr behouden: artikel 340 Sr stelt eenvoudige faillissementsfraude strafbaar, terwijl artikel 341 Sr faillissementsfraude strafbaar stelt waarbij sprake is van opzettelijke benadeling. De artikelen 342 en 343 Sr stellen wederom dezelfde misdrijven strafbaar, maar dan wanneer deze worden gepleegd door de bestuurders van een rechtspersoon die failliet gaat. In alle gevallen treedt strafbaarheid pas in wanneer het faillissement wordt uitgesproken.

Het misdrijf van artikel 340 Sr is duidelijker opgezet als ‘gevolgmisdrijf’: het ziet in essentie op opzettelijke verkwisting (‘buitensporige uitgaven’) die de verdachte heeft gedaan, ten gevolge waarvan een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld. Het bijzondere van dit gevolgmisdrijf is dat het causaal verband tussen de verkwisting en het intreden van het faillissement niet behoeft te worden bewezen: strafbaar is de verdachte die zich schuldig heeft gemaakt aan buitensporige uitgaven, indien een faillissement volgt. Dit is logisch, als wordt bedacht dat de strafbaarstelling beoogt bij te dragen aan bescherming van de schuldeiser: de schuldeiser is benadeeld wanneer door verkwisting de boedel van de failliet kleiner is geworden en hij daardoor in zijn verhaalsmogelijkheden wordt beperkt. Dat laatste is het strafbare gevolg. Voor de uitleg van de term ‘buitensporige uitgaven’ is aangesloten bij de rechtspraak van de Hoge Raad.¹² Daarin wordt aan het ‘buitensporige’ karakter van uitgaven onder andere de betekenis gegeven dat de uitgaven hetzij niet met de inkomsten in verhouding hebben gestaan, hetzij bij verminderde inkomsten onnodig groot gehouden of vermeerderd zijn.

In artikel 341 Sr wordt opzettelijke faillissementsfraude strafbaar gesteld. De bestaande bepaling liet in veel opzichten aan helderheid te wensen over. De delictomschrijving was lang en bevatte alleen voor experts begrijpelijke termen als ‘het verdichten van lasten’. Voor problemen zorgde ook de onduidelijke term om het opzet aan te duiden: ‘ter bedrieglijke verkorting’ werd lange tijd als ‘oogmerk’ beschouwd, de zwaarste vorm van opzet. Dit betekende dat opzettelijke faillissementsfraude slechts kon worden

bewezen indien buiten kijf stond dat de verdachte ten tijde van strafbaar gestelde handelingen, zoals het beneden de waarde vervreemden van goederen, reeds doelbewust op het faillissement en benadeling van schuldeisers aanstuurde. Pas recent had de Hoge Raad bepaald dat ‘ter bedrieglijke verkorting’ een mindere vorm van opzet behelsde, die ook kon worden ingevuld met ‘voorwaardelijk opzet’ van de dader (het bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden).¹³ In de nieuwe delictomschrijving is dit tot uitdrukking gebracht door ‘wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld’. Voor beoordeling van dit opzet is het moment waarop het strafbare handelen plaatsvindt bepalend. Anders dan in de huidige strafbepalingen wordt door de nieuwe formulering wel vereist dat een of meer schuldeisers in het faillissement daadwerkelijk zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Deze benadeling moet op enig moment hebben bestaan, doch behoeft niet onherstelbaar te zijn.¹⁴

De artikelen 342 en 343 Sr zijn, als pendant van respectievelijk de artikelen 340 en 341 Sr, van toepassing op bestuurders van rechtspersonen. Ook deze bepalingen zijn op veel punten verbeterd. De strafbaarstellingen richten zich – net als de oude artikelen – ook op gedragingen gepleegd vóór intreding van het faillissement. Dit is nu met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht. Het gegeven dat het kan gaan om gedragingen vóór het faillissement, betekent tevens dat op grond van deze strafbepalingen ook strafbaar zijn personen die bij het intreden van het faillissement reeds geen bestuurder of commissaris van de rechtspersoon meer zijn, maar eerder toen zij nog wel die hoedanigheid hadden zich schuldig hebben gemaakt aan strafbare gedragingen. Daarnaast zorgt het nieuwe artikel 348a Sr voor gelijkenschakeling van bestuurders van de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap met bestuurders van rechtspersonen: ook op deze bestuurders zijn de artikelen 342 en 343 Sr dus van toepassing.

Voor zover mogelijk zijn de in de artikelen 342 en 343 Sr strafbaar gestelde handelingen toegesneden op de context van het besturen van een onderneming. Als maatstaf geldt telkens of het bewuste handelen buitensporig is, in de zin van volstrekt onredelijk; het gaat om geen reëel economisch doel dienende en vanuit het oogpunt van goed ondernemerschap onverklaarbare handelingen. Te denken valt aan de aanschaf van dure sportauto's op kosten van de onderneming terwijl de onderneming verliesgevend is, of het op grote schaal speculeren met de eigen middelen van een onderneming. Bij beoordeling staat het moment van handelen centraal; niet de kennis achteraf dat een bepaalde investering desastreuze gevolgen heeft gehad. Een achteraf bezien veel te dure investering in een vernieuwing van ICT zal niet zomaar vallen onder de reikwijdte van de strafbaarstelling, als deze op het moment waarop ze werd gedaan niet volstrekt onredelijk was. Ook de

¹² HR 13 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4673, NJ 2012/9.

¹³ Zie HR 11 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7662 en HR 9 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:

BI4691, NJ 2010/104 (zie B.F. Keulen, ‘Voorwaardelijk opzet als algemene ondergrens van opzet?’, in: J.W. Fokkens e.a., *Ad hunc modum; opstellen over materieel strafrecht* (liber amicorum

A.J. Machielse), Deventer: Kluwer 2013, p. 183-192 en Hilverda 2012, p. 93-98).

¹⁴ Vgl. HR 9 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BI4691, NJ 2010/104.

(andere) strafbare handelingen in artikel 343 Sr (opzettelijk benadelen schuldeisers) zijn meer gericht op de specifieke situatie en context van de rechtspersoon. Zo wordt, naast het onttrekken en het wederrechtelijke benadelen, in een nieuw onderdeel 2°, het opzettelijk 'buitensporig verbruiken, uitgeven of vervreemden van middelen van de rechtspersoon' strafbaar gesteld.

3.3 Zelfstandige strafbaarstelling overtreding administratieplicht (art. 344a-b Sr)

Van groot belang is dat de curator over een adequate administratie kan beschikken voor afhandeling van het faillissement. Het gaat dan strikt genomen om verschillende regels waar een onderneming zich aan moet houden en die bij een faillissement de curator in staat stellen om de boedel af te wikkelen. Het belangrijkste is uiteraard dat de administratie na het faillissement aan de curator wordt overgedragen: artikel 92 Fw bepaalt dat de curator de boedel inclusief boekhouding van de failliet onder zich moet nemen. De afgifteplicht ligt in het verlengde van de administratieplicht van ondernemingen en de bewaarplicht: de verplichting om een goede boekhouding te voeren en deze ook te bewaren.

De sanctionering van de administratie-, bewaar- en afgifteplicht van de failliet was lange tijd een onderdeel van de faillissementsfraudebepalingen. Een probleem daarbij was dat deze bepalingen alleen gedragingen strafbaar stelden indien het vooruitzicht op het intreden van het faillissement kon worden bewezen en in het verlengde daarvan opzet op de benadeling van schuldeisers.¹⁵ Maar vaak stond juist het ontbreken van een goede administratie in de weg aan de vaststelling van opzettelijke benadeling door de failliet of door de bestuurders van een failliete rechtspersoon. In de nieuwe wetgeving is daarom gekozen voor een zelfstandige strafbaarstelling van het niet-naleven van de administratie-, bewaar- en afgifteplicht, in de nieuwe artikelen 344a en 344b Sr.¹⁶

Artikel 344a Sr valt uiteen in twee delen. In het eerste lid, onderdeel 1°, en tweede lid, onderdeel 1°, wordt het opzettelijk niet-afgeven (door respectievelijk de failliete natuurlijke persoon of bestuurder van een rechtspersoon) van de administratie strafbaar gesteld. Onder de afgifteplicht vallen eveneens de hulpmiddelen om de inhoud van de administratie binnen redelijke termijn leesbaar te maken (bijvoorbeeld een encryptiesleutel). In het eerste lid, onderdeel 2°, en tweede lid, onderdeel 2°, wordt strafbaar gesteld het opzettelijk niet hebben voldaan aan de administratie- of bewaarplicht, *ten gevolge waarvan de afhandeling wordt bemoeilijkt*. Dit strafbare gevolg is niet vereist bij overtreding van de afgifteplicht in onderdeel 1°: het niet-afgeven van de administratie zal altijd nadelige gevolgen voor de rechten van schuldeisers hebben.¹⁷ Het gevolg is onttrokken aan het opzetverband: er behoeft geen opzet ten aanzien van het gevolg te worden bewezen. Voor het te bewijzen nadelige gevolg van het niet-voldoen aan de ingevolge wettelijke verplichtingen geldende ad-

ministratieplicht of bewaren van de administratie zal een eenvoudig bericht van de curator volstaan dat hij wordt gehinderd in zijn werkzaamheden. Het centraal stellen van het gevolg laat ook de ruimte om overtredingen van de administratie- en bewaarplicht (anders dan de afgifteplicht) die weinig tot geen schade opleveren voor de afwikkeling van het faillissement buiten beschouwing te laten. Verder kan, indien dit is aangewezen wegens afwezigheid van kwade bedoelingen, van strafrechtelijke vervolging van kleine en iets grotere onzorgvuldigheden worden afgezien op grond van het opportunititeitsbeginsel.

In de nieuwe delictomschrijvingen in de artikelen 344a en 344b Sr wordt gesproken van 'wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers'. Hiermee wordt bedoeld op de civielrechtelijke normen die ter zake zijn neergelegd in de artikelen 2:10 en 3:15i BW, alsmede artikel 5, eerste lid, juncto artikel 1, tweede lid, van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.

Naast een opzetvariant van het overtreden van de afgifte-, administratie en bewaarplicht is in artikel 344b Sr het verwijtbaar niet-administreren of niet-bewaren strafbaar gesteld. Daarbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan het uitbesteden van de administratie aan derden, en daar vervolgens onvoldoende toezicht op uitoefenen. Een ander voorbeeld betreft het bewaren van de administratie op een daartoe ongeschikte plaats, zoals in een vochtige schuur op het erf van oma of in de kofferbak van een op een verlaten parkeerplaats achtergelaten auto, met als gevolg dat de administratie verloren gaat.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is door het lid Gesthuizen (SP) een amendement ingediend om de maximumstraf voor het nieuwe artikel 344a Sr te verhogen van twee naar vier jaar gevangenisstraf.¹⁸ Het amendement werd met brede steun aangenomen.

3.4 Straffbaarstelling zonder faillissement (art. 347 Sr)

Een belangrijke vernieuwing betreft ook het strafbaar stellen van dezelfde fraudeleuze handelingen in geval *het (nog) niet tot een faillissement is gekomen*. Daartoe is het bestaande artikel 347 Sr ingrijpend gewijzigd. Uitbreiding van de reikwijdte tot gedragingen die inhoudelijk gelijk zijn aan die welke zijn strafbaar gesteld in geval van faillissement is om twee redenen gewenst. De eerste reden is die van het opheffen van een onwenselijke vorm van rechtsongelijkheid. Laakbare gedragingen (buitensporig middelen vervreemden, verbruiken of uitgeven) blijven thans, hoewel zij materieel overeenkomen, ongestraft, omdat het faillissement bijvoorbeeld met een uiterste krachtsinspanning, ingrijpen door de overheid of een toezichthouder, dan wel financiële injecties van derden waaronder banken kan worden afgewend of het faillissement na een ontbinding ex artikel 2:19, eerste lid, onder-

¹⁵ Vgl. HR 5 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4391; HR 16 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4797.

¹⁶ Zie uitgebreid *Kamerstukken II* 2013/14, 33994, 3, p. 8-12.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 33994, 6, p. 12.
¹⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 33994, 9.

deel a, BW niet meer wordt uitgesproken. Ook kan worden gedacht aan het geval waarin betrokkenen aansturen op een ontbinding van rechtswege van hun rechtspersoon die veel schulden heeft – bijvoorbeeld door het adres van de rechtspersoon bij de Kamer van Koophandel door te laten halen en geen aangifte vennootschapsbelasting meer te doen. De ontbinding van rechtswege die zal volgen voorkomt dat de rechtspersoon failliet gaat. Daarmee lopen de betrokkenen ineens ook geen gevaar meer te worden vervolgd voor faillissementsfraude.

De tweede reden is gelegen in de mogelijkheid om met het oog op een naderend faillissement nog in enige mate proactief te kunnen optreden, wanneer er sprake is van frauduleuze handelingen binnen een onderneming die dreigen uit te monden in een faillissement. Signalen die wijzen op een dergelijke situatie kunnen bijvoorbeeld tot de politie, FIOD en Openbaar Ministerie komen door een aangifte van betrokkenen of informatie van overheidsinstanties als de Belastingdienst. Daarnaast kunnen ook risicomeldingen, gegenereerd door het TRACK-systeem dat wordt gebruikt door de dienst Justis van het ministerie van Veiligheid en Justitie om fraude met rechtspersonen op te sporen,¹⁹ een rol spelen.

Als criterium voor strafbaarheid geldt ook bij de strafbaarstelling van artikel 347 Sr wederom het volstrekt onredelijke van het handelen; het gaat om vanuit het oogpunt van goed ondernemerschap onverklaarbare gedragingen. Daarbij geldt dat niet kennis achteraf bepalend is, maar beoordeling van hetgeen op het moment van gedraging redelijk kon worden geacht. Van dergelijke onredelijke handelingen zal doorgaans geen sprake zijn bij een legitieme herstructureringsoperatie, en zeker niet bij toepassing van bijzondere wettelijk geregelde mogelijkheden om in het kader van het gemeenschappelijke belang van de schuldeisers de continuïteit van de onderneming te bewerkstelligen (nader geregeld in het wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I²⁰ en andere onderdelen van het hierboven genoemde wetgevingsprogramma). Maar zou een herstructureringsoperatie gepaard gaan met oneigenlijk handelen of zou deze worden gebruikt om frauduleuze handelingen te camoufleren, dan kan wel degelijk sprake zijn van strafbaar handelen.²¹

De delictomschrijving van artikel 347 Sr is gericht op gevallen waarin de verdachte 'buitensporig middelen van de rechtspersoon heeft verbruikt, uitgegeven of vervreemd, dan wel hieraan zijn medewerking heeft verleend of daarvoor zijn toestemming heeft gegeven, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt en het voortbestaan in gevaar komt'. Ook hier is dus sprake van een gevolgmisdrijf. De strafbaarstelling beperkt zich tot die gevallen waarin sprake is van handelen dat ernstig nadeel oplevert, en waarin tevens het

voortbestaan van de rechtspersoon in gevaar komt. De functie van dit aanvullende vereiste is het nader duiden van het ernstige nadeel: waar discussie kan ontstaan over de vraag wat nu een ernstig nadeel is, brengt het aanvullende vereiste tot uitdrukking dat de ernst gezocht moet worden in het in gevaar brengen van de continuïteit van de onderneming. Daarbij zullen geen ingewikkelde berekeningen behoeven te worden gemaakt van de solvabiliteit en de liquiditeit van een onderneming, noch zal bewezen hoeven te worden dat een faillissement onafwendbaar is en op welke termijn een faillissement zou intreden als was ingegrepen. Voldoende is dat kan worden waargenomen dat het buitensporige verbruik van middelen de bedrijfsresultaten van de onderneming dermate heeft aangetast dat de onderneming op een bankroet afstevent, dan wel actie van buitenaf nodig is of is geweest (bijvoorbeeld een kapitaalinjectie, een reddingsoperatie door banken, interventie van de overheid of sectorale toezichthouder) om de onderneming – in gelijke omvang en met dezelfde activiteiten – voort te kunnen zetten.²²

4 Het civielrechtelijk bestuursverbod

4.1 Inleiding

In civielrechtelijk opzicht staan er een aantal concrete middelen ter beschikking om tegen faillissementsfraude op te treden. De belangrijkste zijn de actio pauliana (art. 42 en 47 Fw) en de vordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:9, 2:138 en 2:248 BW). Verder bestaat in bepaalde gevallen de mogelijkheid om een enquêteprocedure te starten over het beleid van een onderneming (vgl. art. 2:344 BW e.v.).

Het gaat bij deze instrumenten om herstel of toezicht achteraf. Toekomstgerichte maatregelen, in de vorm van een verbod van een falende bestuurder om nog als bestuurder actief te zijn, kenden we in Nederland tot voor kort nog maar zeer incidenteel. Naast het in paragraaf 2 al genoemde strafrechtelijk beroepsverbod na een onherroepelijke veroordeling wegens faillissementsfraude kennen we een specifiek bestuursverbod voor de duur van vijf jaar voor de stichtingsbestuurder die is ontslagen door de rechtbank (art. 2:298 BW). Beide bestuursverboden zijn toekomstgericht en preventief van aard, maar in hun reikwijdte zeer beperkt door de specifieke omstandigheden waarin zij kunnen worden opgelegd.

Tegelijk werd al langere tijd vanuit de praktijk en de literatuur gewezen op de meerwaarde die een breder geformuleerd civielrechtelijk bestuursverbod kan hebben om fraude te bestrijden.²³ Ook in andere landen was men overgegaan tot de invoering, in een of andere vorm,

19 Onderzoek door Justis vindt plaats in het kader van de Wet controle op rechtspersonen. Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, 77 en *Handelingen II* 2014/15, p. 97-6-12.

20 Wetsvoorstel 34218.

21 *Kamerstukken II* 2014/15, 33994, 6, p. 16.

22 *Kamerstukken II* 2014/15, 33994, 3, p. 19 en 6, p. 16-17.

23 Vgl. in algemene zin o.m. M. Bras & J. Winter, 'Het bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2004, afl. 9, p. 328-334; W.J.M. van Veen, 'Toezicht op rechtspersonen, in het bijzonder stichtingen', *WPNR* 2005,

afl. 6633, p. 656-663; B.F. Assink, 'Verbindingen tussen bestuurderschap, bestuurdersaansprakelijkheid en civielrechtelijk bestuursverbod', *WPNR* 2013, afl. 6983, p. 565-580; M. Neekilappillai, 'Naar een effectieve vormgeving van het civielrechtelijk bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2014/84.

van een civielrechtelijk bestuursverbod, zoals in Frankrijk, België, Luxemburg, Polen, Zweden en het Verenigd Koninkrijk.²⁴ Hierbij kon Nederland niet achterblijven.

4.2 Hoofdpijnen Wet civielrechtelijk bestuursverbod

Kader

Als iemand een onherroepelijk civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd, betekent dit dat iemand vijf jaar nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald, niet tot bestuurder of commissaris van een in artikel 2:3 BW genoemde rechtspersoon kan worden benoemd. Een benoeming tot bestuurder of commissaris in strijd hiermee is nietig (art. 106b, eerste lid, Fw).

Het civielrechtelijk bestuursverbod is bedoeld als een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties, namelijk een ernstig verzuim of nalaten in of rondom een faillissement. Daarom is gekozen voor een gesloten stelsel van limitatief opgesomde en primair faillissementsgerelateerde gronden, op basis waarvan op grond van artikel 106a, eerste lid, Fw door de curator of het Openbaar Ministerie een bestuursverbod kan worden gevorderd, te weten:

- a in geval van vaststelling van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:138 of 2:248 BW bij onherroepelijke uitspraak,
- b bij paulianeus handelen met aanmerkelijke benadeling van de schuldeisers,
- c bij ernstige verzaking van de medewerkings- en inlichtingenplichten jegens de curator,
- d als iemand al twee keer eerder bij een faillissement betrokken was, of, ten slotte,
- e als aan de rechtspersoon of de bestuurder ervan een onherroepelijke boete wegens een fiscaal vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is opgelegd.

Hiervoor gelden twee additionele voorwaarden. Allereerst moet een bestuurder een of meer van deze gedragingen verricht hebben ‘tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement van die rechtspersoon’ (art. 106a aanhef Fw). Daaruit spreekt het karakter van het bestuursverbod als instrument ter bestrijding van faillissementsfraude. Verder kennen de gedragingen die aanleiding kunnen zijn voor oplegging van een bestuursverbod een bijkomend element, dat het uitzonderlijke karakter van een bestuursverbod benadrukt. Zo moet een voorafgaande rechterlijke uitspraak of beschikking ‘onherroepelijk’ zijn (onderdelen a, b en e), moet paulianeus handelen ‘doelbewust’ hebben plaatsgevonden en de crediteuren ‘aanmerkelijk’ hebben benadeeld (onderdeel b), moet een bestuurder ‘in ernstige mate’ zijn tekortgeschoten in zijn medewerking jegens de curator (onder-

deel c) of moet iemand ‘een persoonlijk verwijt’ treffen van betrokkenheid bij repeterende faillissementen (onderdeel d). In feite komt hierin de mogelijkheid van de bestuurder tot uitdrukking om zich te disculperen.²⁵

Het civielrechtelijk bestuursverbod kan worden opgelegd aan (gewezen) bestuurders van privaatrechtelijke rechtspersonen als bedoeld in artikel 2:3 BW, te weten verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, nv’s, bv’s en stichtingen, alsmede tegen bestuurders van in oorsprong Europeesrechtelijke rechtspersonen, zoals de Europese naamloze vennootschap (aldus art. 106e Fw). Daarentegen vallen kerkgenootschappen, als bedoeld in artikel 2:2 BW, buiten het bereik van het civielrechtelijk bestuursverbod. Hetzelfde geldt voor de vereniging van eigenaren.

De mogelijkheid om een bestuursverbod op te leggen is niet beperkt tot de statutaire bestuurder, maar bestrijkt ook de feitelijke bestuurder en, in het geval van een vennootschap met een monistische bestuursstructuur, de uitvoerende bestuurder (art. 106d Fw). Ook een oudbestuurder kan door een bestuursverbod worden getroffen (art. 106a, 106d en 106e Fw).

Registratie bij het Handelsregister

De onherroepelijke oplegging van een bestuursverbod wordt gevolgd door a) uitschrijving uit het Handelsregister door de Kamer van Koophandel en b) registratie van het bestuursverbod bij het Handelsregister voor de duur waarvoor het is opgelegd (art. 106b Fw). De rechter kan verder, ter verzekering van de naleving van zijn uitspraak, een dwangsom opleggen (art. 106b, vijfde lid, Fw). Transparantie is een belangrijke waarborg voor een effectieve handhaving van het bestuursverbod. Een registratie van opgelegde bestuursverboden is daarvoor het meest effectief. Zo is het voor de Kamer van Koophandel en de notaris van belang om te kunnen weten aan wie voor hoe lang een bestuursverbod opgelegd is. Alleen op die wijze kan immers worden voorkomen dat iemand met een bestuursverbod zich weer als bestuurder of commissaris bij een ander bedrijf laat inschrijven. Verder brengt de eerlijkheid van het handelsverkeer mee dat ook burgers en bedrijven in staat moeten zijn om na te gaan met wie men van doen heeft. De registratie vormt daarmee een belangrijk instrument bij de bestrijding van faillissementsfraude.

Er zijn daarom legitieme en zwaarwegende redenen die de registratie van bestuursverboden rechtvaardigen. Omdat de artikelen 106b, derde lid, en 106c, zesde lid, Fw daarvoor een expliciete wettelijke basis bieden, is de registratie voorts voorzienbaar en kenbaar. Daarom is de registratie, aldus de memorie van toelichting, gerechtvaardigd in het licht van de artikelen 10 Grondwet en 8 EVRM.²⁶ Ook bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk kent een registratie van bestuursverboden in een openbaar toegankelijk register.²⁷

24 Vgl. uitvoerig R.G.J. Nowak, *Directors Disqualification: A Comparative Quick Scan* (rapport Radboud Universiteit Nijmegen m.m.v. Clifford Chance), 2013.

25 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 17 e.v.
26 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, paragraaf 6.
Vgl. o.m. EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*The Sunday Times / Verenigd Koninkrijk*), paragraaf 49

en EHRM 17 december 2009, 16428/05 (*Gardel / Frankrijk*), paragrafen 62-70.
27 Vgl. www.gov.uk/search-the-register-of-disqualified-company-directors.

Nemo-tenetur-beginsel

In de consultatie is aandacht gevraagd voor de verhouding van het civielrechtelijk bestuursverbod tot artikel 6 EVRM. In het bijzonder zou de medewerkingsplicht van de failliet jegens de curator, gecombineerd met de mogelijkheid om dit via de oplegging van een bestuursverbod af te dwingen, op gespannen voet staan met artikel 6 EVRM, in het bijzonder met het beginsel dat een verdachte niet aan zijn eigen veroordeling hoeft mee te werken (het *nemo tenetur*-beginsel). De regering zag dit anders, omdat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) in vaste rechtspraak heeft uitgemaakt dat een wettelijke medewerkings- of informatieplicht voor niet-punitieve doeleinden, zoals de adequate afwikkeling van een failliete boedel ten bate van de schuldeisers en de achterhaling van de oorzaken van een faillissement door de curator, is toegestaan.²⁸ Belangrijker nog is het feit dat de EHRM-rechtspraak duidelijk maakt dat artikel 6 EVRM in casu toepassing mist, omdat het civielrechtelijke bestuursverbod niet kan worden gezien als een ‘criminal charge’ in de zin van artikel 6, eerste lid, EHRM.²⁹

5 Besluit

Bij de behandeling van de in dit artikel besproken wetsvoorstellen in het parlement heeft de minister van Veiligheid en Justitie meermaals benadrukt dat nieuwe wetgeving alleen niet per se voldoende is om de bestrijding van faillissementsfraude te verbeteren. Daarvoor is meer nodig. Allereerst moet worden ingezet op vernieuwing van de bestrijding van faillissementsfraude, door slimmer samen te werken binnen, maar zeker ook buiten de strafrechtketen. Een aansprekend voorbeeld is het ‘spreekuur faillissementsfraude’. Daarin wordt onder leiding van een rechter-commissaris in faillissementszaken, samen met een ervaren curator, en vertegenwoordigers van de

Belastingdienst, de FIOD en het Openbaar Ministerie, gezien welke civielrechtelijke, fiscale en/of strafrechtelijke interventie het beste kan worden gebruikt. Dit spreekuur, ontwikkeld bij de rechtbank Den Haag, krijgt steeds verder navolging in den lande. Inmiddels bestaan ook fraude-spreekuren bij de rechtbanken Rotterdam, Amsterdam, Midden-Nederland, Oost-Nederland en Noord-Nederland.³⁰

Randvoorwaarde is verder het waarborgen van voldoende opsporingscapaciteit en prioriteit voor de strafrechtelijke aanpak van faillissementsfraude. Dit wordt onderkend en benoemd in de Veiligheidsagenda 2015-2018: de politie zal de komende jaren meer zaken van horizontale fraude – waaronder faillissementsfraude valt – oppakken: van 1.500 zaken in 2015 tot 2.300 zaken in 2018. Ook de regie over de inzet van capaciteit is belangrijk. Hiervoor is per 1 september 2015 een nieuwe instructie van het Openbaar Ministerie in werking getreden, die bijdraagt aan een beter overzicht en verdere stroomlijning van de toedeling van zaken aan de politie en de FIOD. Het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude bij de FIOD in Zwolle vervult hierin een belangrijke rol. Bemoedigend is dat de cijfers een stijging laten zien van het aantal zaken van faillissementsfraude dat door het Openbaar Ministerie voor onderzoek is opgepakt (van 56 in 2011, naar 184 in 2014) en dat voor de rechter is gebracht (van 42 in 2011, naar 108 in 2014).³¹

Verder valt te hopen dat curatoren straks vaker gebruik zullen gaan maken van de mogelijkheid tot het doen van aangifte, of – met het Openbaar Ministerie – zullen overgaan tot het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Ten slotte is van belang dat binnen het Openbaar Ministerie, de politie en de FIOD ook op langere termijn prioriteit kan blijven bestaan voor de aanpak van faillissementsfraude. ■

28 EHRM 21 april 2009, 19235/03, *RvdW* 2009/1202 (*Martinnen / Finland*); EHRM 17 december 1996, 43/1994/490/572, *NJ* 1997/699 (*Saunders / VK*) en o.a. EHRM 5 april 2012, 11663/04 (*Chambaz / Zwitserland*).

29 EHRM 14 september 1999, 39031/97 (*D.C., H.S. en A.D. / United Kingdom*), [2000] B.C.C. 710, o.a. bevestigd in EHRM 1 februari 2007, 12277/04 (*Storbraten / Noorwegen*).

30 *Kamerstukken I* 2015/16, 33994, C, p. 4.

31 *Kamerstukken I* 2015/16, 33994, C, p. 2. Zie verder de Fraudemonitor 2015 van het Openbaar Ministerie, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 17050, 530, p. 13-14.