

Preadvies
van de Adviescommissies Insolventierecht en Strafrecht
inzake
het concept wetsvoorstel

Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude)

Inleiding

Het wetsvoorstel is in concept een onderdeel van de door het Kabinet geïntensiveerde bestrijding van faillissementsfraude (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74). Andere onderdelen betreffen de versterking van de rol van de curator, de invoering van de mogelijkheid van een civiel bestuursverbod en een verbetering van het toezicht teneinde misbruik van rechtspersonen te voorkomen.

De Adviescommissies Insolventierecht en Strafrecht ("de Adviescommissies") zijn het met de Minister van Veiligheid en Justitie ("de Minister") eens dat fraude bij faillissementen een ontwrichtende werking op de economie kunnen hebben en daarom maatschappelijk nadeel kunnen opleveren. Een effectieve bestrijding van faillissementsfraude is daarom onmiskenbaar van groot belang. Rechtszekerheid en rechtsbescherming zijn dat ook. Een en ander dient in balans te blijven.

De Adviescommissies namen kennis van het afzonderlijke (concept-)preadvies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie ("de Gecombineerde Commissie").

Ook de Adviescommissies vinden het een bezwaar dat de regelingen die moeten bijdragen tot bestrijding van faillissementsfraude in verschillende voorontwerpen zijn neergelegd en wat de versterking van de positie van de curator betreft nog zullen worden neergelegd.

Gelijk de Gecombineerde Commissie menen de Adviescommissies dat de verschillende regelingen in hun onderlinge samenhang moeten worden gezien en daarom het beste in één wetsvoorstel zouden kunnen worden opgenomen. Op die wijze kunnen mogelijke tegenstrijdigheden worden voorkomen en zou ook een duidelijke systematiek tussen de verschillende vormen van sanctionering moeten kunnen worden bereikt.

Vanuit insolventierechtelijk perspectief roept het onderhavige wetsvoorstel in concept relatief weinig vragen of opmerkingen op. Vanuit strafrechtelijk perspectief is dat ten aanzien van bepaalde aspecten anders.

Artikel 84a Sr

Zo wordt voorgesteld het begrip "*bestuurder*" van een gefailleerde rechtspersoon te verruimen. De bestaande jurisprudentie gaat reeds van een autonome betekenis uit. Onder dit begrip valt niet alleen de civielrechtelijk op correcte wijze benoemde bestuurder, maar bij formele gebreken in de

wijze van aanstelling kan bij bedrieglijke bankbreuk ook van een “bestuurder” sprake zijn ingeval de verdachte feitelijk als bestuurder optrad (HR 3 december 1974, NJ 1975/229).

De Minister stelt voor om dit in een nieuw artikel 84a Sr te “verduidelijken” door in zijn algemeenheid te bepalen dat onder een “bestuurder van een rechtspersoon” mede wordt begrepen “zij die feitelijk optreden als bestuurder van een rechtspersoon”. Daarmee lijkt de autonome betekenis van het begrip “bestuurder” in de context van faillissementsdelicten een veel breder bereik te kunnen krijgen. Zo zal deze verruiming zich uit kunnen gaan strekken tot alle kwaliteitsdelicten voor een “bestuurder van een rechtspersoon” in het strafrecht, waaronder in artikel 336 Sr (Bedrog met balans en winst- en verliesrekening). Deze verruiming kan bezwaarlijk gerechtvaardigd worden met het enkele doel om het instrumentarium tot bestrijding van faillissementsfraude te verbeteren, want het opzettelijk toestaan van een onwaarheid in de jaarstukken, hoe onwenselijk en ontoelaatbaar ook, behoeft geenszins tot een faillissement van de betrokken rechtspersoon te leiden. Artikel 336 Sr ligt al min of meer in het verlengde van de civielrechtelijke procedure voor het opmaken en openbaar maken van de jaarrekening. Bij misleiding bieden de artikelen 2:139 en 2:150 respectievelijk 2:149 en 2:260 BW de grondslag voor aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van NV’s en BV’s.

Het lijkt de Adviescommissies dan ook beter om bij de strafbaarstelling van faillissementsfraude zoveel mogelijk aan te sluiten bij het begrippen- en definitiekader van de antimisbruik bepalingen in de artikelen 2:138 e.v. en 2:248 BW e.v., waar het gaat om degene die handelt als ware hij bestuurder (c.q. commissaris).

Daarnaast kan uiteraard het bepaalde in artikel 51 Sr zijn huidige betekenis behouden.

Aldus wordt ook een potentiële onduidelijkheid voorkomen ten opzichte van de inlichtingen-, administratie-, bewaar- en afgifteplichten op grond van de voorgestelde artikelen 194 en 344a Sr.

Artikel 194 Sr

De Adviescommissies zijn het met de Minister eens dat het voor de afwikkeling van een faillissement van groot belang is dat de curator kan beschikken over de volledige administratie van de failliet. Ook dienen de failliet en andere direct betrokkenen beschikbaar te zijn om vragen van de curator en andere betrokkenen (bij de verificatievergadering) te beantwoorden.

Terecht stelt de Minister dat deze medewerking essentieel kan zijn voor de mogelijkheden tot vereffening: zonder adequate informatie en medewerking kan de boedel van de failliet niet deugdelijk worden verdeeld en kunnen schuldeisers worden benadeeld.

Het bestaande artikel 194 Sr voorziet reeds in sanctionering van de inlichtingenplichten op grond van de Fw. Voorgesteld wordt de delictsomschrijving te vereenvoudigen, meer in het bijzonder door in de bepaling te spreken van “wettelijk verplicht”. Daarmee wordt verwezen naar de artikelen 105 en 106 Fw, alsmede naar de artikelen 116 en 117 Fw. Dit heeft de charme van de eenvoud en dient de rechtszekerheid.

De inlichtingenplicht richt zich tot de failliet (het voorgestelde eerste lid van artikel 194 Sr) en tot de persoon die in enige gemeenschap van goederen is getrouwd met de failliet of de persoon die met de failliet in enige gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap is aangegaan (het voorgestelde tweede lid van dit artikel).

De voorgestelde zinsnede “in het faillissement van een ander” in het tweede lid betreft voorts mede een rechtspersoon, waardoor de bepaling eveneens van toepassing is op bestuurders en

commissarissen van een failliete rechtspersoon, aldus de Minister. Het gaat daarbij in ieder geval om degenen die ten tijde van het faillissement bestuurder of commissaris waren (Hoge Raad 17 november 1972, NJ 1973, 133), maar deze wettelijke inlichtingenplicht geldt niet zondermeer voor elke feitelijk bestuurder die de formele hoedanigheid van bestuurder of commissaris mist. Via het begrippen- en definitiekader van de anti misbruikbepalingen uit het BW kan ook in deze lacune passend voorzien worden.

Artikel 340 Sr

De Minister stelt voor om artikel 340 Sr zodanig te wijzigen dat nog maar één strafbare gedraging overblijft, te weten het doen van buitensporige uitgaven voorafgaande aan een faillissement, ten gevolge waarvan een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld. Dit komt de duidelijkheid van het huidige begrip “*eenvoudige bankbreuk*” ten goede.

De afgifteplicht in het huidige derde onderdeel van artikel 340 Sr wordt overgeheveld naar het voorgestelde nieuwe artikel 344a Sr.

De Minister had hiermee kunnen volstaan. Zoals hij onderkent, is volgens de huidige jurisprudentie opzet op het gevolg van benadeling van schuldeisers niet vereist (Hoge Raad 13 december 2011, NJ 2012, 9). Die benadeling zal wel na het intreden van het faillissement moeten worden vastgesteld, maar hoeft niet onherstelbaar te zijn – bijvoorbeeld doordat succesvol een Actio Pauliana kan worden ingezet, zo onderkent de Minister eveneens. Niet goed valt daarom in te zien waarom tevens een hogere strafbedreiging van maximaal twee jaren gevangenisstraf in plaats van een jaar wordt voorgesteld. De meerwaarde ervan blijkt niet en de beoogde verzwarende van de strafbedreiging wordt niet overtuigend gemotiveerd. Daar waar de Minister met name streeft naar een verbeterde structuur en inrichting van de onderhavige bepalingen zou hij een proliferatie van strafbedreiging achterwege kunnen laten.

Artikel 341 Sr

De voorgestelde wijzigingen van de omschrijving voor het huidige delict “*bedrieglijke bankbreuk*” strekken vooral tot verduidelijking van de strafbepaling, hoewel de jurisprudentie deze ook al in grote mate biedt. De Minister is zich ervan bewust dat de Hoge Raad recent overwoog dat voor het vervullen van het delictsbestanddeel “*ter bedrieglijke verkorting*” voorwaardelijk opzet volstaat; het bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat door de gedraging schuldeisers benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden (Hoge Raad 11 mei 2010, LJN: BL7662 en Hoge Raad 9 februari 2010, NJ 2010, 104).

In zoverre lijkt het enigszins overbodig om een deel van de delictsomschrijving te herformuleren tot “*wetende dat hierdoor schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld*”.

De Adviescommissies sluiten zich aan bij de eerdere kritiek van mr. N. van der Laan in: OM bindt strijd aan tegen faillissementsfraude, *NJB* 2010/593, p. 739-740. Terecht signaleert hij dat in de praktijk het opzetvereiste en het benadelingcriterium communicerende vaten zijn. Het gaat bij faillissementsfraude niet zelden om grote onderzoeken. Daar waar minder vast staat dat de boedel door de verweten gedraging benadeeld is zullen zwaardere eisen aan het bewijs voor het opzet gesteld worden, terwijl bij overtuigend nadeel ook de bewijsdrempel voor het opzet relatief eenvoudig overwonnen kan worden.

Een afzonderlijk onderdeel van de delictsomschrijving heeft betrekking op de bevoordeling van een schuldeiser ten nadele van andere schuldeisers. Voor zover de bevoordeling plaatsvindt voorafgaande aan het faillissement sluit de voorgestelde strafbaarstelling aan bij de normen die het

faillissementsrecht stelt, in het bijzonder de artikelen 42 en 47 Fw. Daarnaast wordt verwezen met de term “*wederrechtelijk*”; de situatie omschreven in deze artikelen kan niet alleen een vernietigbare rechtshandeling opleveren, maar tevens een onrechtmatige daad.

De Adviescommissies achten het niet onbegrijpelijk dat de Minister op deze wijze de nieuwe formulering van bedrieglijke bankbreuk koppelt aan de Fw. Ook dit dient de rechtszekerheid.

Artikel 342 Sr

De delictsomschrijving van artikel 342 Sr wordt, gelijk artikel 340 Sr gereduceerd tot strafbaarstelling van één gedraging, zij het voor de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon en vooral geplaatst in de sleutel van de vereisten van behoorlijk bestuur, aldus het concept voorstel.

Het huidige onderdeel, dat ziet op het strafbaarstelling van het verwijtbaar niet voldoen aan de administratieplicht, wordt verplaatst naar artikel 344a, derde lid, Sr-nieuw, eveneens conform de systematiek van het voorgestelde artikel 340 Sr.

Om de aangegeven redenen had de Minister ook hier beter kunnen aansluiten bij het begrippen- en definitiekader van de antimisbruik bepalingen in het BW en ontbreekt de noodzaak tot verhoging van het strafmaximum.

Artikel 343 Sr

Ten aanzien van artikel 343 Sr wordt voorgesteld om overeenkomstige wijzigingen als bij bedrieglijke bankbreuk in de zin van artikel 341 Sr door te voeren. De observaties van de Adviescommissies zijn dan ook dezelfde.

Naast de wijzigingen die in dat verband worden voorgesteld, worden de gekwalificeerde handelingen in artikel 343 Sr ook meer gericht op de specifieke situatie en context van de rechtspersoon. Dit resulteert onder andere in een nieuw onderdeel waarin het “*buitensporig verbruiken, uitgeven of vervreemden van middelen van de rechtspersoon*” wordt strafbaar gesteld. Het gaat dan volgens de Minister om een gedraging die identiek is aan het hierboven besproken artikel 342-nieuw Sr, zij het dat het de bestuurder bij zijn handelen het opzet moet hebben gehad op de benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden. De Adviescommissies verwijzen naar hun kritiek, zoals hiervoor verwoord.

Artikel 344 Sr

Artikel 344 Sr stelt een derde strafbaar die voor of tijdens het faillissement goederen uit het faillissement van een ander onttrekt. Tevens wordt de schuldeiser van de failliet strafbaar gesteld indien deze zich voor of tijdens het faillissement op wederrechtelijke wijze laat bevoordelen boven andere schuldeisers. Hoewel de Minister het voorstel presenteert als het enkele “*spiegelbeeld*” van de voorgestelde artikelen 341, onderdeel 3^o, en 343, onderdeel 3^o, Sr, kunnen de consequenties voor crediteuren verstrekkend zijn. Immers, de voorgestelde strafbepaling heeft (ook) betrekking op een in beginsel onbepaalde periode voorafgaand aan een faillissement. Dat kan aanzienlijke onderzoeksplichten meebrengen naar de liquiditeit, solvabiliteit en het betalingsgedrag van de debiteur ingeval de crediteur op enig moment bewust is van de aanmerkelijke kans dat andere schuldeisers door zijn contractspartij benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden.

Daarentegen is het de Adviescommissies niet duidelijk waarom de huidige onderdelen 2^o en 4^o van artikel 344 Sr (het ter verificatie indienen van een niet bestaande of te hoge vordering) niet terugkeren. De voorgestelde formulering van de delictsomschrijving bestrijkt deze onderdelen niet

zondermeer. Het ten onrechte indienen van vorderingen kan echter niet alleen tot rechtstreeks nadeel voor schuldeisers leiden (de betrokkene krijgt meer uit het faillissement uitgedeeld dan waarop hij recht heeft), maar ook tot een indirect nadeel, indien de “*valse*” vordering gebruikt wordt voor het uitoefenen van stemrecht in crediteurenvergaderingen en het recht om vorderingen van andere schuldeisers te betwisten. Dat laatste hoeft niet zondermeer binnen het bereik van de voorgestelde strafbepaling te vallen.

Artikel 344a Sr

De huidige strafrechtelijke handhaving van de administratie-, bewaar- en afgifteplichten is verspreid over verschillende delictomschrijvingen. Ze laten volgens de Minister te wensen over, vooral omdat deze bepalingen alleen gedragingen strafbaar stellen indien het vooruitzicht op het intreden van het faillissement, en in het verlengde daarvan het opzet op de benadeling van schuldeisers, kan worden bewezen.

Buiten die omstandigheden is de instandhouding van een onvolkomen administratie, en daarmee ook “*bewuste onwetendheid*”, straffeloos, aldus de Minister. Maar dat is niet voor niets. Een gebrekkige administratie hoeft geen schuldeisers te benadelen zolang de crediteuren deugdelijk voldaan worden. Maar zelfs indien dat laatste niet het geval is, lijkt de Minister onvoldoende oog te hebben voor het uitgangspunt dat de onderhavige strafbaarstellingen gereserveerd dienen te blijven voor de gevallen van “*faillissementsfraude*” in de eigenlijke zin van het woord.

In de bestaande artikelen 341, onderdeel a, onder 4^o, en 343, onderdeel 4^o, Sr is handhaving van de administratieplicht en bewaarplicht strafbaar gesteld als vormen van bedrieglijke bankbreuk. Voor deze misdrijven geldt in ieder geval dat ten tijde van de strafbaar gestelde gedraging – het niet voeren of bewaren van de administratie – op z’n minst het vooruitzicht van een faillissement moet hebben bestaan (vgl. Hoge Raad 5 april 2011, LJN: BP4391; Hoge Raad 16 februari 2010, LJN: BK4797). Dit laatste zal weliswaar niet altijd gemakkelijk bewijsbaar zijn, maar de Minister stelt voor om het opzet op het benadelen van de schuldeisers geheel te laten vervallen.

Hetzelfde geldt voor de strafbaarstelling van het niet voldoen aan de verplichting tot afgifte van de boekhouding van de failliet (natuurlijke persoon of rechtspersoon) aan de curator (de huidige artikelen 340, onderdeel 3^o, en artikel 342, onderdeel 3^o, Sr alsmede de artikelen 341, onderdeel a, onder 4^o, en 343, onder 4^o Sr). De afgifteplicht, die ook wel als onderdeel van de inlichtingenplicht gezien kan worden, ligt vooral in het verlengde van de administratieplicht en de bewaarplicht.

De Adviescommissies onderkennen het belang ervan, maar juist daarom dient het strafrecht ook aan te (blijven) sluiten bij het BW en de Fw zodat alle actoren in geval van een faillissement uit oogpunt van rechtszekerheid en rechtsbescherming weten wat hun rechten en plichten zijn.

Door de grenzen van het strafrecht te verruimen conform het concept voorstel stelt de Minister bijvoorbeeld ook de eenvoudige winkelier ten tijde van de economische crisis eerder bloot aan strafrechtelijke opsporing, vervolging en sanctionering ingeval deze middenstander bij de indeling van zijn werkdag en de aanwending van zijn teruglopende inkomsten verkeerde keuzes maakt. Zo zal een dergelijke middenstander absolute prioriteit kunnen en willen geven aan het bedienen van zijn klanten. Dit kan ten koste gaan van de benodigde aandacht voor zijn administratie en boekhouding. Ingeval een faillissement volgt zal hij uiteraard verantwoording moeten afleggen aan de curator en zullen onverkort zijn verplichtingen krachtens de Fw gaan gelden. Maar het strafrecht lijkt in zo’n situatie toch gereserveerd te moeten blijven voor het geval dat er het opzet tot benadeling van schuldeisers bestond, ook ingeval de curator zich belemmerd ziet bij zijn werkzaamheden wegens een gebrekkige administratie.

Een strafrechtelijke verdenking is reeds bij de huidige formulering van bedrieglijke bankbreuk relatief eenvoudig ontstaan ingeval de betreffende middenstander niet alleen prioriteit toekende aan het bedienen van zijn klanten en zijn administratieplicht eraan ondergeschikt maakte, maar, al dan niet noodgedwongen, ook, achteraf gezien, verkeerde keuzes maakte tussen zijn crediteuren. In de praktijk is niet ondenkbaar dat in zo'n situatie een hogere prioriteit toegekend werd aan een cruciale leverancier ten opzichte van een financier die, ondanks bestaande zekerheden tot verhaal, aanspraak bleef maken op stipte betaling van rente. Daarmee is de delictomschrijving van de bestaande bepalingen al snel vervuld ingeval een faillissement volgt.

De Adviescommissies betwisten niet dat de opsporing en vervolging minder gecompliceerd behoeft te zijn bij een volledige en correcte administratie van de failliet, maar het lijkt de Adviescommissies een illusie te menen dat een verruimde strafbaarstelling van de administratie-, bewaar- en afgifteplichten kwaadwillende fraudeurs ervan zal weerhouden een gebrekkige administratie en boekhouding te voeren. Daarom kan naar het inzicht van de Adviescommissies volstaan worden met een verbeterde koppeling met het BW en de Fw.

Daar waar de Minister in de voorgestelde nieuwe delictomschrijving met "*wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken*" aansluiting zoekt bij de civielrechtelijke normen van de artikelen 2:10, eerste lid, en 3:15i BW, alsmede artikel 5, eerste lid, juncto artikel 1, tweede lid, van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen ondersteunen de Adviescommissies dat.

De Adviescommissies onthouden zich echter van een oordeel of het niet-voeren van administratie, ook onafhankelijk van het intreden van een faillissement, zelfstandig strafbaar gesteld dient te worden als een economisch delict in de zin van de Wet op de Economische Delicten (WED).

De Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) bevat reeds een vergelijkbare strafbaarstelling die in het verband van het voldoen aan verplichtingen tot betaling van belasting is opgenomen. De meerwaarde van de invoering van het voorgestelde economisch delict zal daarom in de praktijk van alledag beperkt zijn.

Artikel 347 Sr

Aldus resteert het voorgestelde artikel 347 Sr.

Het huidige artikel (wat het voorgestelde eerste lid wordt) ziet slechts op gedragingen van bestuurders of commissarissen die strijdig zijn met statuten of reglementen van de rechtspersoon buiten het kader van een faillissement.

De voorgestelde vervanging ervan breidt de materiële strafbaarstelling aanzienlijk uit. Meer in het bijzonder wordt voorgesteld om artikel 347 Sr aan te vullen met een nieuw tweede en derde lid.

In het tweede lid wordt het buitensporig verbruiken, uitgeven of vervreemden strafbaar gesteld, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. Daarmee is de delictomschrijving grotendeels gelijklopend aan de nieuw voorgestelde artikelen 342 en 343, onderdeel 2^o Sr, die in het teken staan van handelen in strijd met de vereisten van behoorlijk bestuur. Anders dan bij deze artikelen bepaalt in het voorgestelde artikel 347 Sr het gevolg van het handelen in de zin van "*ernstig nadeel voor de rechtspersoon*" mede de strafwaardigheid en de strafbaarheid van het onbehoorlijk handelen van de bestuurder.

Als voorbeelden geeft de Minister:

‘Gedacht kan worden aan de grootschalige speculatie met het vermogen van de rechtspersoon of investeringen in uiterst risicovolle aangelegenheden. Een ander voorbeeld is het toeschuiven van geld, zonder een reële tegenprestatie te verlangen, aan bevriende (zaken)relaties. Als maatstraf geldt telkens of het bewuste handelen buitensporig is, in de zin van volstrekt onredelijk in verband met de vereisten van behoorlijk bestuur.’

Het derde lid bevat een verhoging van het strafmaximum ingeval van, zakelijk weergegeven, zelfverrijking. Daarvan geeft de Minister het voorbeeld van “kick backs”: een bestuurder van een rechtspersoon die namens de rechtspersoon buitensporige uitgaven doet en die vervolgens door de ontvanger weer deels terug worden gestort in het privé-vermogen van de bestuurder. Deze gedraging situeert zich daarmee dicht tegen verduistering in dienstbetrekking (artikel 322 Sr) en andere delicten aan.

Daar waar de Adviescommissies bij de voorgestelde bepalingen van faillissementsfraude een betere aansluiting bij het BW en de Fw ondersteunen, geldt dat niet voor de introductie van het nieuwe artikel 347 Sr. Immers, als uitgangspunt lijkt hier veeleer een open norm uit het civiele recht te worden geïntroduceerd, hetgeen vanuit strafrechtelijk perspectief ten koste zal gaan van de rechtszekerheid. In dat opzicht wordt aangesloten bij de kritiek van de Gecombineerde Commissie. Ten aanzien van de zelfverrijking voorziet het wetboek reeds in voldoende afzonderlijke strafbepalingen.

Een en ander klemmt temeer nu de praktijk doet vermoeden dat reeds met het bestaande instrumentarium van Titel XXVI een relevant aantal verdenkingen niet strafrechtelijk vervolgd wordt wegens capaciteitstekort bij de opsporingsinstanties en het OM. De Adviescommissies kunnen zich niet aan de indruk onttrekken dat zaken met een belang van minder dan € 100.000,= feitelijk niet snel door het OM in behandeling worden genomen, ondanks eventuele aanwijzingen van curatoren omtrent paulianeus handelen en/of zelfverrijking door de failliet en/of misleiding met de administratie. Voldoende budget voor de opsporing en vervolging zal dus het succes van de wetgevende initiatieven bepalen. Bij gebreke daarvan lijkt met de enkele verbetering van de delictomschrijvingen voor faillissementsfraude zelfs het paard achter de wagen gespannen te kunnen worden.

Amsterdam, 30 september 2013

Adviescommissie Strafrecht
mr. R. van der Hoeven, voorzitter,

Adviescommissie Insolventierecht
mr. W. van Andel

namens beide, mr. R. Croes-Hoogendoorn, secretaris Adviescommissie Strafrecht