

Krachten gebundeld in strijd tegen faillissementsfraude

Het eerste kwartaal van 2009 laat een toename zien van 85% in het aantal faillissementen ten opzichte van het eerste kwartaal van 2008. Meestal zijn er economische oorzaken voor een faillissement of is er sprake van mismanagement maar niet zelden is er kwade opzet in het spel. Er is sprake van faillissementsfraude als bijvoorbeeld geld wordt weggesluisd of als er activa van het bedrijf voor een veel te lage prijs wordt doorverkocht aan bekenden. Andere wijzen van faillissementsfraude zijn het laten verdwijnen van de boekhouding, of het opzetten danwel gebruiken van een onderneming voor moedwillige benadeling van schuldeisers zoals de Belastingdienst of het UWV.

Actie nodig in strijd tegen faillissementsfraude

De schade die voortvloeit uit faillissementen treft zowel de overheid, het bedrijfsleven als particulieren. Door faillissementsfraude wordt bovendien het vertrouwen in het financiële en economische verkeer geschaad. Redenen voor de toenmalige minister van Justitie Donner om in september 2004 een Actieplan bestrijding faillissementsfraude toe te zenden aan de Tweede Kamer. Dat Actieplan en het in januari 2006 door het Wetenschappelijk onderzoeks- en documentatiecentrum (WODC) uitgebrachte onderzoeksrapport Fraude en misbruik bij faillissement, hebben in februari 2009 een Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude opgeleverd.

Aangifte door curatoren

Ondanks dat curatoren over diverse civielrechtelijke middelen beschikken om onttrekking van activa aan de boedel ongedaan te maken of bestuurders aansprakelijk te stellen, komt het voor dat geen actie wordt ondernomen. Dit heeft onder andere te maken met de taakopvatting van de curator: hij komt in principe alleen in actie als de boedel daarbij gebaat is. De belangrijkste reden om geen actie te ondernemen, is dat de bestuurder met de noorderzon is vertrokken of omdat "er niets meer te halen valt". De curator heeft ook de mogelijkheid om aangifte te doen. Ondanks de ingrijpende gevolgen van faillissementsfraude is uit het onderzoek van het WODC gebleken dat curatoren slechts in 10% van de fraudezaken aangifte doen. Volgens de onderzoekers komt dit onder meer doordat curatoren niet als verlengstuk van politie en justitie willen optreden. Voorts zou er weinig vertrouwen zijn in het effect van aangifte doen. Maatregelen ter bestrijding van faillissementsfraude zijn daarom noodzakelijk geworden.

Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude

In het Actieplan bestrijding faillissementsfraude is aangekondigd dat het Openbaar Ministerie een op maat gesneden vervolgingsbeleid zou presenteren. Met de Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude van 16 februari 2009 is daaraan gevolg gegeven. De beleidsregels in de Aanwijzing zijn sinds 1 maart 2009 in werking getreden. De aanpak kent een tweesporenbeleid. Het eerste spoor betreft de preventieve

aanpak waarbij de nadruk wordt gelegd op regelingen en instrumentaria zoals preventief toezicht en het tegengaan van handel in lege vennootschappen. Het tweede spoor heeft betrekking op de repressieve aanpak, de opsporing en vervolging van faillissementsfraude.

Preventieve aanpak

Ter bestrijding van faillissementsfraude bestaat reeds een aantal instrumenten. Bij de oprichting van een rechtspersoon is al een verklaring van geen bezwaar noodzakelijk. Als de rechtspersoon is opgericht, kunnen bedrijven en overheden aan die rechtspersoon een Verklaring Omtrent het Gedrag voor Rechtspersonen vragen. Dit geeft de mogelijkheid om zich ervan te vergewissen of de rechtspersoon tot dat moment heeft geopereerd zonder zich schuldig te hebben gemaakt aan criminele activiteiten en om inzicht te krijgen in de integriteit daarvan. Tevens kunnen bedrijven die in kwetsbare sectoren opereren en door bestuursorganen getoetst worden een zwaardere toetsing verlangen door het Bureau Bevordering Integriteits Beoordelingen door het Openbaar Bestuur (BIBOB). De Garantstellingsregeling (faillissements)curatoren maakt het mogelijk dat curatoren in faillissementen van vennootschappen van de minister van Justitie bij ontoereikendheid van de boedel een voorschot krijgen ter bestrijding van kosten, die zij moeten maken om een rechtsovername in te stellen tegen de bestuurders van die vennootschappen of ten behoeve van een voorafgaand onderzoek. Daarnaast is de databank Centraal Insolventieregister (CIR) opgericht waarin

belanghebbenden online alle faillissementen en surséances van betaling kunnen opvragen. Als aanvulling op het bestaande instrumentarium is het toezicht op rechtspersonen verbeterd. De databank Vennoot van het ministerie van Justitie maakt mogelijke relaties tussen rechtspersonen en natuurlijke personen inzichtelijk. Voorts ligt er een wetsvoorstel voor een strafrechtelijk bestuursverbod voor bestuurders die zich schuldig hebben gemaakt aan delicten als witwassen en fraude en wordt gekeken naar de mogelijkheden voor een bestuursrechtelijke of civielrechtelijke variant. In de Aanwijzing is apart aandacht besteed aan het tegengaan van handel in lege vennootschappen.

Tegengaan van handel in lege vennootschappen

Als een BV geen activiteiten meer ontplooit wordt er ook wel gesproken van een "lege BV". Er bestaat een handel in lege BV's, omdat door het overnemen van een BV de strenge eisen die worden gesteld aan de oprichting van een BV, kunnen worden omzeild. Lege BV's vormen om die reden een risico voor misbruik, waaronder faillissementsfraude, omdat de bestuurders of eigenaren niet gescreend worden op criminele en financiële antecedenten en er geen preventieve controle plaatsvindt op de doelstellingen van de BV. Ontbinding van lege BV's kan misbruik helpen voorkomen, omdat daarmee een middel om fraude te plegen wordt weggenomen. Sinds op 1 september 1994 een wet in werking is getreden op grond waarvan de Kamers van Koophandel lege rechtspersonen dienen te ontbinden, is het aantal ontbindingen aanzienlijk toegenomen. Omdat het aantal ontbindingen door de rechter echter juist is teruggelopen, wordt bekeken of nieuw beleid nodig is om het misbruik van rechtspersonen tegen te gaan of dat kan worden volstaan met actualisering van de door de Belastingdienst, de Kamers van Koophandel, het OM, de FIOD/ECD en het ministerie van Justitie gehanteerde aanpak.

Stichtingen

Ook stichtingen zijn als rechtsvorm kwetsbaar voor verschillende vormen van criminaliteit, zoals faillissements- en subsidiefraude, en witwassen. Voor stichtingen is het eenvoudig om buiten het zicht van het publiek en overheidsinstanties te blijven. Dat is een reden voor de huidige staatssecretaris van Justitie om ter verbetering van de transparantie en de verantwoording van stichtingen een publicatieplicht voor hen in te stellen. Op dit moment heeft het bestuur van een stichting al te maken met een interne verslagleggingsplicht. Deze verplichting houdt in dat binnen zes maanden na het einde van het boekjaar een staat van baten en lasten, en een balans dient te worden opgesteld. Door de uitgebreidere publicatieplicht zullen

civiele aanpak van de faillissementszaak, waarbij de bestuurder persoonlijk aansprakelijk gesteld kan worden voor de schade die ten gevolge van fraude is ontstaan. Een vonnis kan daardoor – naast straffen en maatregelen – vergaande financiële consequenties hebben voor de verdachte/veroordeelde gefailleerde.

Conclusie

Faillissementsfraude kan zowel civielrechtelijk als strafrechtelijk aangepakt worden.

Bij civielrechtelijk optreden staat het voorkomen van misbruik van rechtspersonen en faillissementsfraude voorop en het (terug) in de boedel brengen van vermogenbestanddelen. Strafrechtelijk optreden heeft een reactieve rol in die gevallen waarin preventieve, civielrechtelijke

Aangezien faillissementsfraude ernstige schade aan belangen van burgers en samenleving brengt, wordt deze fraude ook met het strafrecht bestreden.

stichtingen de staat van baten en lasten en de balans moeten deponeren in het openbare Handelsregister van de Kamer van Koophandel.

Repressieve aanpak

Aangezien faillissementsfraude ernstige schade aan belangen van burgers en samenleving brengt, wordt deze fraude ook met het strafrecht bestreden. Complexe zware zaken zijn ondergebracht bij het Functioneel Parket. Dit zijn bijvoorbeeld zaken die elementen hebben van misbruik van de rechtspersoon, een ondoorzichtig geheel van eigendomsverhoudingen en bestuurdersrelaties en/of het gebruik van een stroman of georganiseerd verband. Eenvoudige zaken, zoals het ontbreken van de administratie, worden op parketniveau afgedaan. Met een strafrechtelijke veroordeling van een bestuurder of feitelijke leidinggever komt de curator sterker te staan in de

lijke actie onvoldoende effecten teweeg kan brengen en er sprake is van normschendingen, waardoor grote schade aan belangen van burgers en samenleving wordt toegebracht.

Er is reeds een aantal instrumenten dat een bijdrage kan leveren aan de bevordering van de integriteit van het bedrijfsleven in het algemeen en meer in het bijzonder aan de voorkoming dan wel bestrijding van faillissementsfraude. Met de voorgestelde aanvullende preventieve maatregelen en de repressieve strafrechtelijke aanpak van opsporing en vervolging, kan faillissementsfraude nu effectiever aangepakt worden, waarbij de belangen van zowel de schuldeisers als die van het OM optimaal worden gediend.

Mr. S.L. (Sybeline) Braam
Procesrecht

T 030 – 2121 758

E sybeline.braam@cms-dsb.com