

53 Wetsvoorstel 'herziening strafbaarstelling faillissementsfraude' een doekje voor het bloeden

MR. N. VAN DER LAAN

In tijden van crisis maakt gelegenheid nog meer de dief. Van de gewiekste interim-manager tot de wanhopige eigenaar van een familiebedrijf; velen zijn er gevoelig voor. Geen wonder dat de bestrijding van faillissementsfraude hoge prioriteit heeft. Dergelijke fraude zorgt voor financiële schade, verstoort de concurrentie en schaadt bovenal het vertrouwen in het handelsverkeer. Optreden hiertegen blijkt geen sinecure. Curatoren en opsporingsinstanties worstelen. Het kabinet komt nu met wetsvoorstellen om het de fraudeur moeilijker te maken. Het risico bestaat echter dat dolfijnen verstrikt raken in de netten.

1 De faillissementsfraudeketen

1.1 De faillissementsfraudeur

Een duidelijk profiel van 'de faillissementsfraudeur' bestaat niet. Aan de ene kant van het spectrum maakt het Openbaar Ministerie ('OM') jacht op de ingevlogen interim-manager of 'bedrijvendokter'¹ die orde op zaken komt stellen in 'hoofdpijn-B.V.'s'.² En aan de andere kant ontkomt ook de moegestreden ondernemer die op oneigenlijke wijze nog iets van zijn investeringen probeert veilig te stellen, niet aan de aandacht van de opsporende instanties.

Maar daar waar geen duidelijk profiel bestaat, is de grens tussen strafbaar en niet strafbaar gedrag veelal moeilijk te trekken. Een prachtig plan van genoemde interim-manager dat niet succesvol blijkt, wordt niet zelden achteraf als frauduleus gekwalificeerd. En de moegestreden ondernemer die als een kat in het nauw onhandige financiële keuzes maakt, moet soms de rechter ervan overtuigen dat het vooral dom- en onwetendheid was.

'Achteraf kijk je de koe in de kont', is een veelgehoorde opmerking van verdachten. Van alle strafbaarstellingen is bij de beoordeling van faillissementsfraude wellicht het meest sprake van 'hineininterpretieren'. Handelingen van voor het faillissement krijgen door het uitspreken van het faillissement met terugwerkende kracht een bepaalde negatieve kleur. Het is vervolgens niet eenvoudig om te beoordelen of die kleur veroorzaakt wordt door (boos) opzet, schuld, nalatigheid, dommigheid of wellicht door (onbewuste) behoefte de (negatieve) kleur te willen zien.

1 Zie 'De joviale bedrijvendokter', interview met officier Wim Bollen, *Opportuun*, 1 januari 2013, p. 13-14.

2 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 7 februari 2013, LJN ECLI:NL:RBAMS:2013:442.

1.2 De curator

Indachtig het voorgaande is de positie van een curator niet te benijden. Hij wordt gezien als de spil in de strijd tegen faillissementsfraude. Het is immers de curator die de boeken inzielt en dus doorgaans als eerste het vermoeden krijgt dat er iets niet deugt. Niet voor niets wordt overwogen om fraudebestrijding tot een van de wettelijke taken van de curator te maken.³

Daarbij moet echter worden opgemerkt dat dergelijke fraudebestrijding, hetgeen een overwegend publieke taak is, (vooralsnog) voornamelijk door de boedel, en dus door de benadeelde crediteuren, wordt gefinancierd.⁴ En daarin schuilt een risico. De curator is immers een partij die zich laat leiden door het belang van de boedel. En het belang van de boedel is zuiver financieel en kan daarmee het publieke belang van opsporing en vervolging overstijgen. De curator is dus geen magistraat of opsporingsambtenaar, een curator is (vrijwel altijd) een advocaat en daarmee weliswaar onafhankelijk, maar tot op zeker hoogte partijdig; op zoek naar geld, fouten, onredelijke uitgaven, bevoor- en benadeling of fraude.

1.3 Het Openbaar Ministerie

Een strafrechtelijk onderzoek naar faillissementsfraude begint meestal met een aangifte van de curator. Tenminste, als er een aangifte komt. Indien we de literatuur moeten

3 Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 26 november 2012, *Kamerstukken II*, 2012/2013, 29 911, nr. 74, p. 3.

4 Mede om die reden wordt ervoor gepleit deze publieke taak ook meer publiek te gaan vergoeden middels bijvoorbeeld het uitbreiden van de Garantstellingsregeling curatoren, zie bijvoorbeeld C.M. Hilverda, *De bestrijding van Faillissementsfraude: waar een wil is, ...*, Kluwer Serie onderneming en Recht, p. 11 (Hilverda 2012).

geloven, komt namelijk veel faillissementsfraude nooit aan het licht. Beweerd wordt dat er in een kwart tot een derde van alle faillissementen sprake zou zijn van fraude.⁵ Tot vervolging komt het echter zelden, laat staan tot veroordelingen.⁶ Een veelgenoemde oorzaak hiervan is het feit dat een verdenking pas ontstaat na bestudering van de administratie. Niet zelden ontbreekt deze, of is onvolledig.⁷ En zelfs als er wel een gedegen administratie is, dan is er veelal een tekort aan financiële middelen voor een grondig onderzoek.

Maar ook als er wel voldoende aanwijzingen zijn voor het doen van aangifte, dan blijkt de aangiftebereidheid van curatoren beperkt. Enerzijds kost het doen van aangifte vaak veel tijd (en dus geld voor de boedel)⁸, maar bovenal klagen veel curatoren dat het OM de aangiften onvoldoende serieus neemt, of in elk geval er onvoldoende capaciteit beschikbaar is. Als gevolg daarvan krijgen curatoren het gevoel dat een aangifte toch nergens toe leidt.⁹

Dat laatste punt is, zeker in tijden van bezuinigingen, een vrijwel onoplosbaar probleem. Daar waar aan de ene kant mag worden aangenomen dat de fraude toeneemt,¹⁰ maar aan de andere kant de geldkraan om deze op te sporen wordt dichtgedraaid, ontstaat een niet te onderschatten spanningsveld.

Dat het OM dit spanningsveld serieus neemt, blijkt. Zo werd in 2009, mede naar aanleiding van onvrede in de Tweede Kamer, de 'Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude' gepubliceerd. Daarmee werd een 'op maat gesneden vervolgingsbeleid' gepresenteerd.¹¹ Voorts werd het Centraal Meldpunt faillissementsfraude opgericht en kwamen ook individuele parketten in actie om de opsporing en vervolging beter te stroomlijnen.¹²

5 Hilverda 2012, p. 5. Zij verwijst naar A.C. Berghuis en G. Paulides, *Failissemten bij besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Een studie naar misbruik van rechtspersonen*, Interim rapport WODC, Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 1982; W. Aerts, 'De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude', *TvI* 2005/1, p. 7. Overigens dient bij gebreke aan daadwerkelijke strafbare veroordelingen heel genuanceerd naar dit soort cijfers en onderzoeken te worden gekeken.

6 Hoewel weinig empirisch, een simpele zoektocht op rechtspraak.nl leert dat er krap 150 veroordelingen zijn gepubliceerd in de afgelopen 5 jaar.

7 Onder omstandigheden kan dat overigens een afzonderlijk strafbaar feit opleveren, zie paragraaf 2.5.1.

8 Weliswaar kunnen curatoren een vergoeding krijgen voor het doen van aangifte, maar die vergoeding is beperkt en aan stringente voorwaarden verbonden.

9 Zie bijvoorbeeld *Het Financieel Dagblad* 20 december 2012, 'Curatoren knelpunt faillissementsfraude', *NRC Handelsblad* 11 juli 2009, 'Gesjoemel bij faillissement amper bestraft' en *De Stentor* 24 december 2010, 'Aangifte BV-fraude nauwelijks zinvol'.

10 De afgelopen jaren is het aantal faillissementen enorm gestegen, zo blijkt bijvoorbeeld uit onderzoek van het CBS (zie ook memorie van toelichting bij het concept wetsvoorstel 'Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude' ('MvT') <http://www.internetconsultatie.nl/faillissementsfraude>, p. 2). Hoewel empirisch onderzoek ontbreekt, mag worden aangenomen dat daar waar het aantal faillissementen stijgt, de daarmee samenhangende faillissementsfraude (evenredig) stijgt.

11 Zie 'Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude', 2009A001.

12 Zo begon het parket in Den Haag een eigen project om curatoren, opsporingsambtenaren en rechters te activeren meer en sneller werk te maken van de opsporing en vervolging van faillissementsfraude, zie:

Allemaal nuttige en waardevolle initiatieven, vrijwel allemaal gericht op een betere samenwerking, maar uiteindelijk niet meer dan lapmiddelen. Feit blijft dat het OM simpelweg onvoldoende capaciteit heeft om de groeiende fraudeberg het hoofd te bieden.

1.4 De wetgever

De hoge prioriteit voor de bestrijding van deze vorm van fraude is niet nieuw.¹³ Echt concreet werd de aanpak van de wetgever echter nooit. Het waren vooral 'vage plannen en veel omhaal van woorden, beloftes en intenties', aldus Hilverda die in haar functie als hoogleraar faillissementsfraude de wetgever aanspoorde tot actie.¹⁴

Geconcludeerd kan worden dat de voorgestelde wetswijzigingen weinig toevoegen aan het huidige instrumentarium

De wetgever lijkt nu in beweging te komen en heeft eind juli ter consultatie een wetsvoorstel voorgelegd, de 'Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude',¹⁵ gericht op het verbeteren van de huidige 'complexe en op punten verouderde' wetgeving.¹⁶ Een wetsvoorstel dat overigens inhoudelijk weinig vernieuwend is. Reeds in november 2007 bood de Commissie insolventierecht een 'Voorontwerp Insolventiewet' aan aan de toenmalige minister. Daarbij bevond zich een addendum van een door Hilverda opgesteld voorstel voor wijziging van de nieuwe strafbaarstellingen. Dezelfde vergaande voorstellen deed Hilverda ruim een jaar geleden in aangepaste vorm opnieuw.¹⁷ Die voorstellen worden nu grotendeels, zij het iets gematigder, door de minister overgenomen. Het is echter de vraag of het voorstel de vinger wel op de juiste (zere) plek legt.

2 Wetsvoorstel

2.1 Art. 84a Sr – verruiming bestuurdersbegrip

Artikel 84a (nieuw)

1. Onder bestuurder van een rechtspersoon worden mede begrepen zij die feitelijk optreden als bestuurder van een rechtspersoon.
2. Onder bestuurder van een rechtspersoon worden voor de toepassing van titel XXVI van het Tweede Boek tevens begrepen bestuur-

<http://www.bcmacademy.nl/nl/nieuws/category/latest-news/article/aanpak-faillissementsfraude-den-haag-succesvol>.

13 Zie bijvoorbeeld: N. van der Laan, 'OM bindt strijd aan tegen faillissementsfraude', *NJB* 2010/593, p. 739-740; zie ook C.M. Hilverda, 'Het bedrieglijke van de bankbreuk ontrafeld', *DD* 2012/2, p. 116-119.

14 C.M. Hilverda, *De bestrijding van Faillissementsfraude: waar een wil is...*, oratie van 25 mei 2012 (Hilverda Oratie 2012).

15 Zie noot 10.

16 Aldus de minister in de MvT p. 1.

17 Hilverda 2012, p. 57.

ders van een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.

Het eerste voorstel is de invoering van een nieuw art. 84a Wetboek van Strafrecht ('Sr') dat tot doel heeft te komen tot verruiming van het bestuurdersbegrip. Voorgesteld wordt wettelijk vast te leggen dat onder bestuurder mede wordt begrepen 'zij die feitelijk optreden als bestuurder van een rechtspersoon'. Volgens de minister een wijziging die niet meer behelst dan een verduidelijking van de reeds bestaande uitleg van het begrip 'bestuurder' zoals thans geldt in de faillissementswetgeving. Dat begrip staat volgens de minister nu ook al los van formele criteria als inschrijving in de hoedanigheid van bestuurder in het handelsregister.¹⁸

De minister laat echter na om nader toe te lichten wat onder 'feitelijk optreden als bestuurder' wordt verstaan. Dat klemt nu de redactie van het voorstel neigt naar een vergelijking met het begrip 'feitelijk leidinggeven' uit art. 51 Sr, hetgeen een vergaande verruiming van het bestuurdersbegrip zou betekenen. Aangenomen mag echter worden dat het voorstel niet zover gaat. Feitelijk leidinggeven is immers iets anders dan 'zich zowel binnen als buiten de vennootschap materieel gedragen (...) als bestuurder, d.w.z. zonder in enig opzicht afhankelijk te zijn van instructies of aanwijzingen van anderen', zoals Wachter het bestuurdersbegrip inkleedde in zijn noot onder HR 3 december 1974, NJ 1975, 229, een arrest waar de minister naar verwijst.¹⁹ De waarde van deze wijziging voor de strijd tegen faillissementsfraude lijkt overigens niet erg groot. Het is immers lastig om zonder medeweten van de zittende bestuurder(s) als 'buitenstaander' faillissementsfraude te plegen. Ook nu kan doorgaans een verdachte die de betreffende kwaliteit mist via de band van het medeplegen worden vervolgd.

2.2 Art. 194 – inlichtingenplicht

Onder vernummering van het derde tot vierde lid komen de eerste drie leden van artikel 194 te luiden:

Artikel 194 (nieuw)

1. Hij die in staat van faillissement is verklaard en wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen, hetzij zonder geldige reden opzettelijk wegblijft, hetzij weigert de vereiste inlichtingen te geven, hetzij opzettelijk onjuiste of onvolledige inlichtingen geeft, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie.

2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die in het faillissement van een ander wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen en hetzij zonder geldige reden opzettelijk wegblijft, hetzij weigert de vereiste inlichtingen te geven, hetzij opzettelijk onjuiste of onvolledige inlichtingen geeft.

3. Met dezelfde straf wordt gestraft hij ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard en wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen, of die op grond van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen ten aan-

zien van een ander wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen, hetzij zonder geldige reden opzettelijk wegblijft, hetzij weigert de vereiste inlichtingen te geven, hetzij opzettelijk onjuiste of onvolledige inlichtingen geeft.

Voorgesteld wordt om art. 194 Sr, dat strafbaar stelt het niet voldoen aan de inlichtingenplicht, te vereenvoudigen door niet langer uitputtend op te nemen op wie de verplichting rust, maar enkel te verwijzen naar 'hij die wettelijk verplicht is tot het geven van inlichtingen', waarmee wordt gedoeld op de inlichtingenplichten ex artt. 105, 106, 116 en 117 Faillissementswet (Fw).²⁰ Tevens wordt het formalistische vereiste van een wettelijke oproep tot het geven van inlichtingen losgelaten en wordt uitdrukkelijk toegevoegd dat ook het geven van *onvolledige* inlichtingen strafbaar is. Dat was een uitdrukkelijk voorstel van Hilverda, die overigens evenmin als de minister uitgebreid toelicht waarom die wijziging van belang is.²¹

Dat is te betreuren, omdat deze toevoeging wellicht onschuldig lijkt, maar naar mag worden aangenomen tot de nodige interpretatiediscussies zal leiden. Want wanneer is een mededeling onvolledig? Het zal in aanzienlijke mate afhangen van de exacte vraag die de failliet, of ieder ander op wie de inlichtingenplicht rust, is gesteld. Niet uitgesloten is dat wordt meegewogen wat de inlichtingengever 'had moeten begrijpen' als gevolg waarvan een mijneveld ontstaat waarbij de grens tussen opzettelijke onvolledigheid en onopzettelijke nalatigheid niet eenduidig is te trekken.

2.3 Opzet

Artikel 341 (huidig)

Als schuldig aan bedrieglijke bankbreuk wordt gestraft hetzij met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren en geldboete van de vijfde categorie, hetzij met één van deze straffen, hij:

a. die in staat van faillissement is verklaard, indien hij ter bedrieglijke verkorting van de rechten van zijn schuldeisers:

(...)

Artikel 343 (huidig)

De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon welke in staat van faillissement is verklaard, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien hij ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers van de rechtspersoon:

(...)

Artikel 341 lid 1 (nieuw)

1. Hij die in staat van faillissement is verklaard en die, wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:

(...)

Artikel 343 lid 1 (nieuw)

De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die in staat van

¹⁸ Zie HR 3 december 1974, NJ 1975, 229.

¹⁹ Zie verder ook civiele jurisprudentie op het gebied van de uitleg van het bestuurdersbegrip: HR 5 juni 1998, NJ 1998, 668 en HR 23 november 2001, NJ 2002, 95.

²⁰ MvT p. 4.

²¹ Zie MvT, p. 11, Hilverda 2012, p. 57, 61-61, Hilverda 2009 p. 451, 460-461.

faillissement is verklaard en die, wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers van de rechtspersoon in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:

(...)

Een belangrijke wijziging is de voorgestelde nieuwe redactie van het opzetbegrip in de strafbaarstellingen van de artt. 341 en 343 (alsmede vergelijkbaar in art. 344 Sr). Thans wordt dit opzet ingelezen in het bestanddeel 'ter bedrieglijke verkorting', waarvan langdurig werd gedacht dat hieronder slechts onvoorwaardelijk opzet werd begrepen. Een gedachte die sinds een aantal uitspraken van de Hoge Raad in 2010 tot het verleden behoort.²²

In het wetsvoorstel wordt 'ter bedrieglijke verkorting' gewijzigd in 'wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld', waarmee volgens de minister tot uitdrukking wordt gebracht dat voorwaardelijk opzet voldoende is. Daarbij stelt de minister wetenschap kennelijk gelijk aan 'welbewust aanvaarden'. De vraag is of die vergelijking zonder meer gerechtvaardigd is. Niet uitgesloten is dat zich een situatie kan voordoen waarin iemand wel wetenschap heeft van de benadeling, maar de benadeling desalniettemin nimmer welbewust heeft aanvaard. Onder het voorstel wordt die gedraging strafbaar, hetgeen zorgt voor een uitbreiding van de huidige strafbaarstelling.

Aan de andere kant wordt met het voorstel de reikwijdte beperkt. Daar waar thans slechts noodzakelijk is dat ten tijde van de gedraging de kans op benadeling aanmerkelijk is, is in het voorstel daadwerkelijke benadeling vereist.²³ Een gedraging met het opzet op benadeling, maar zonder dat die benadeling is gevolgd, kan alsdan enkel worden vervolgd als poging.²⁴

2.4 De onzakelijke bestuurder

2.4.1 Art. 342 Sr

Artikel 342 (nieuw)

De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon welke in staat van faillissement is verklaard, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie:

1°. indien hij heeft medegewerkt of zijn toestemming gegeven tot enige handeling, in strijd met enige wettige bepaling van statuten of reglementen, waaraan de door de rechtspersoon geleden verliezen geheel of grotendeels zijn te wijten;

2°. indien hij, met het oogmerk om het faillissement van de rechts-

persoon uit te stellen, wetende dat het daardoor niet kon worden voorkomen, heeft medegewerkt of zijn toestemming gegeven tot het doen van geldopnemingen op bezwarende voorwaarden;

3°. indien aan hem te wijten is, dat aan de in artikel 10, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 15i, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of artikel 5, eerste lid, van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen in samenhang met artikel 10, eerste lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek omschreven verplichtingen niet is voldaan of dat de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, waarmee volgens die artikelen administratie gevoerd is, en de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers die ingevolge die artikelen zijn bewaard, niet in ongeschonden staat worden te voorschijn gebracht.

Artikel 342 (nieuw)

De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien hij voor de intreding van het faillissement buitensporig middelen van de rechtspersoon heeft verbruikt, uitgegeven of vervreemd, dan wel hieraan heeft meegewerkt, daarvoor zijn toestemming heeft gegeven of anderszins daaraan heeft bijgedragen, ten gevolge waarvan een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld.

Niet valt in te zien waarom met de huidige stand van de wetgeving onbehoorlijk bestuur, wanbeheer of frauduleus handelen niet zou kunnen worden vervolgd

Ingrijpende wijzigingen worden voorgesteld in art. 342 Sr. Art. 342 Sr stelt thans strafbaar de bestuurder of commissaris van de failliet die heeft gehandeld in strijd met enige wettige bepaling van statuten of reglementen, aan welke gedraging de geleden verliezen geheel of grotendeels zijn te wijten (onderdeel 1°), het doen van geldopnemingen op bezwarende voorwaarden met het oogmerk het faillissement uit te stellen wetende dat dit niet meer kon worden voorkomen (onderdeel 2°), alsmede het niet voldoen aan de administratieplicht (onderdeel 3°).

Voorgesteld wordt nu om de onderdelen 1° en 2° samen te voegen en strafbaar te stellen het voor intreding van het faillissement buitensporig verbruiken, uitgeven of vervreemden van middelen 'ten gevolge waarvan een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld'. Het huidige onderdeel 3° wordt verplaatst naar het nieuwe art. 344a Sr (zie paragraaf 2.5.1). Tevens wordt voorgesteld om het strafmaximum te verdubbelen van één naar twee jaar gevangenisstraf.

Het wetsvoorstel zorgt voor een aanzienlijke verruiming van de strafbepaling. Niet langer is vereist dat een bepaalde gedraging in strijd is met de statuten of reglementen, enkel is vereist dat de uitgaven 'buitensporig' zijn, waarmee volgens de minister wordt bedoeld op 'volstrekt

22 HR 16 februari 2010, LJN BK4797. Opmerking verdient overigens dat de Hoge Raad wel casseert omdat het enkele feit dat geen deugdelijke administratie is gevoerd nog niet zonder meer (voorwaardelijk) opzet op het benadelen van schuldeisers oplevert, zie ook paragraaf 2.5.2.

23 Daarover laat de minister geen discussie bestaan: '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.' MvT, p. 4.

24 Daarvoor werd reeds eerder gepleit. Zie N. van der Laan, 'OM bindt strijd aan tegen faillissementsfraude', *NJB* 2010/593, p. 739-740 en Hilverda 2009, p. 467.

onredelijk handelen'. Daarmee wordt art. 342 Sr, dat ziet op bestuurders en commissarissen, in overeenstemming gebracht met art. 340 Sr, dat nu reeds buitensporige verteringen van een natuurlijk persoon strafbaar stelt.²⁵

Die vergelijking is echter niet volledig terecht. De positie van een natuurlijk persoon in zijn eigen privé 'boedel' is immers niet identiek aan die van een bestuurder of commissaris bij een rechtspersoon. Daar waar een natuurlijk persoon veelal ongecontroleerd kan doen en laten wat hij wil, is een bestuurder of commissaris gebonden aan statuten en reglementen die doorgaans juist zijn opgesteld ter controle (en binding) van zijn handelen. Voor een bestuurder of commissaris ontstaat, indien het wetsvoorstel wordt aangenomen, een onzekere situatie nu handelen in overeenstemming met de statuten en reglementen hem geen bescherming biedt tegen strafbaarheid.²⁶

Ook is losgelaten het thans noodzakelijke causale verband tussen de handeling en de 'door de rechtspersoon geleden verliezen'. Enkel bewezen hoeft te worden dat 'ten gevolge' van de buitensporige uitgave de verhaalsmogelijkheden zijn beperkt, waarbij onduidelijk is wat precies wordt bedoeld met 'ten gevolge'. Immers, elke uitgave (buitensporig of niet) zorgt voor beperking van de verhaalsmogelijkheden. Geld dat is uitgegeven, is niet meer beschikbaar. De toegevoegde waarde van dit causaliteitsvereiste is dus onhelder.

Tot slot roept ook de onbeperkte van de strafbaarstelling door het woordgebruik 'voor de intrede van het faillissement' vragen op. Als gevolg daarvan kan elke buitensporige uitgave, ongeacht hoe ver deze voor het faillissement wordt verricht, in potentie tot strafbaarheid leiden.²⁷

2.4.2 Art. 347 Sr

Artikel 347 (huidig)

De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die, buiten het geval van artikel 342, zijn medewerking heeft verleend of zijn toestemming gegeven tot enige handeling in strijd met enige wettige bepaling van de statuten of reglementen, tengevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt, wordt gestraft met geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 347 (nieuw)

Er worden twee leden toegevoegd, luidende:

2. De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die, buiten het geval van artikel 342, buitensporig middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft of vervreemdt, dan wel hieraan medewerkt, daarvoor zijn toestemming geeft of anderszins daaraan bijdraagt,

ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.

3. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die, buiten het geval van artikel 342, buitensporig middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft of vervreemdt, dan wel hieraan medewerkt, daaraan zijn toestemming geeft of anderszins eraan bijdraagt, met het oogmerk zichzelf of een ander te bevoordelen, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt.

Art. 347 Sr stelt strafbaar handelingen van de bestuurder of commissaris in strijd met wettige bepalingen in statuten of reglementen ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. Een faillissement is hiervoor geen vereiste. De gedraging wordt niet met gevangenisstraf bedreigd, maar enkel met een geldboete van de vijfde categorie.

Hoewel dit artikel ruime mogelijkheden biedt tot vervolging, wordt er in de praktijk amper gebruik van gemaakt. De oorzaak hiervan is onduidelijk. De minister licht dat ook niet toe. Desalniettemin wordt voorgesteld de strafbaarstelling uit te breiden middels de toevoeging van een nieuw lid 2 waarin strafbaar wordt gesteld de bestuurder of commissaris die buitensporig de middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft of vervreemdt, met ernstig nadeel voor de rechtspersoon tot gevolg. Overtreding wordt bestraft met een gevangenisstraf van maximaal twee jaar of een geldboete van de vijfde categorie en zelfs vier jaar indien de gedraging is verricht met het oogmerk zichzelf of een ander te bevoordelen (het nieuwe lid 3).

Door deze toevoeging lijkt de strafbaarstelling enorm aan kracht te winnen. Een bestuurder die er vrij gezegd 'een potje van maakt' kan worden vervolgd, ongeacht de vraag of kan worden aangetoond dat zijn handelen in strijd was met statuten en reglementen en ongeacht de vraag of het uiteindelijk tot een faillissement leidt. Ratio hierachter is volgens de minister dat onbehoorlijk bestuur ook indien het faillissement niet is gevolgd, bijvoorbeeld omdat het bedrijf door de overheid of een private partij is gered, strafbaar wordt gesteld, terwijl in zo'n situatie ook sprake kan zijn van 'wanbeheer of frauduleus handelen'.²⁸ Bovendien meent de minister dat het voor een effectieve aanpak van faillissementsfraude van belang is dat reeds strafrechtelijk kan worden gereageerd wanneer het faillissement nog niet is ingetreden, omdat dit een handvat biedt om al in een vroeg stadium 'op te treden tegen de "foute" bestuurders'.²⁹ Op het voorstel kan de nodige kritiek worden geleverd. Zo opent het de mogelijkheid om allerhande civiele geschillen over de band van het strafrecht uit te vechten. Niet zelden rollen immers oude en nieuwe bestuurders met elkaar over straat waarbij men elkaar onzakelijk en onredelijk

25 Hieronder vallen ook rechtspersonen, maar rechtspersonen worden hier (vrijwel) nooit voor vervolgd omdat deze immers failliet zijn verklaard en vervolging weinig zinvol is.

26 Zie overigens ook paragraaf 2.4.2 over de vraag hoe ver die bescherming strekt.

27 Anders dan bij de voorgestelde strafbaarstelling van de overtreding van de administratieplicht (zie paragraaf 2.5.4) lijkt het causaliteitsvereiste hier niet te leiden tot inperking van de strafbare termijn waarbinnen de gedraging kan plaatsvinden, omdat zoals betoogd elke uitgave zorgt voor een beperking van de verhaalsmogelijkheden en dit causaliteitsvereiste een overbodig vereiste lijkt en derhalve geen inperking inhoudt.

28 MvT, p. 11.

29 Zie Brief van 26 november 2012, *Kamerstukken II 2012-2013*, 29 911, nr. 74, p. 6 en MvT, p. 11.

bestuur verwijt dat niet in het belang is (of was) van een rechtspersoon. Mogelijke uitbreiding van de strafbaarstelling lokt wellicht diverse aangiften uit.³⁰

Maar dat is niet de voornaamste kritiek. Bovenal is onduidelijk welke noodzaak bestaat voor deze wijziging. Niet valt in te zien waarom met de huidige stand van de wetgeving onbehoorlijk bestuur, wanbeheer of frauduleus handelen niet zou kunnen worden vervolgd, hetgeen de minister suggereert. Het spreekt immers voor zich dat frauduleus handelen, voor zover dat gekwalificeerd kan worden als enig strafbaar feit zoals verduistering, belastingontduiking of valsheid in geschrift, ook met het huidige instrumentarium niet ongestraft behoeft te blijven. Onbehoorlijk bestuur en wanbeheer zullen voorts over het algemeen in strijd zijn met statuten en reglementen en derhalve vallen onder de huidige redactie van art. 347 Sr. Daarbij moet bovendien worden opgemerkt dat de zinsnede 'enige wettige bepaling van statuten of reglementen' volgens de literatuur zeer ruim kan worden opgevat. De statuten moeten immers een doelomschrijving bevatten en deze doelomschrijving staat in verband met het vennootschapsbelang. Van Schilfgaarde merkt daarover op: 'Een handeling die kennelijk in strijd is met het vennootschapsbelang is daardoor in strijd met het doel, hoe ruim men de doelomschrijving in de statuten ook formuleert.' Doorgeredeneerd zou men, aldus op zijn beurt Keulen, kunnen stellen dat iedere bestuurder die kennelijk in strijd handelt met het vennootschapsbelang, ook in strijd handelt met de statuten.³¹

Hoewel zonder meer getwist kan worden over de houdbaarheid van die vergaande redenering, kan in elk geval worden geconcludeerd dat de huidige redactie, daar waar het om het formele vereiste van strijd met de statuten en reglementen gaat, reeds de nodige ruimte biedt voor vervolging van handelingen waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. Het wetsvoorstel heeft zo gezien weinig meerwaarde.

Maar zelfs indien zou worden aangenomen dat het voorstel iets toevoegt, en bepaalde gedragingen onder het wetsvoorstel alsnog strafbaar worden, dan is het maar zeer de vraag of het strafrecht (als *ultimum remedium*) het geëigende middel is om hiertegen op te treden. Indien immers niet gesproken kan worden van frauduleus handelen (dat wil zeggen: enig ander strafbaar feit) en de handeling ook niet in strijd is met de statuten of reglementen, wat is dan het doel van strafrechtelijk ingrijpen? Hoewel het maatschappelijk buitengewoon onwenselijk is als een bestuurder een bedrijf naar de ondergang helpt, dat gegeven *an sich* zou onvoldoende moeten zijn voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Om nog te zwijgen over de voorgestelde strafbedreiging van maximaal twee tot vier jaar gevangenisstraf.³²

30 Opmerking verdient dat het OM op grond van het opportuniteitsbeginsel de mogelijkheid heeft om deze aangiften terzijde te leggen.

31 Zie B.F. Keulen, *Bankbreuk, ons strafrechtelijk faillissementsrecht*, 1e druk, Groningen 1990, p. 206, waarbij wordt verwezen naar P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, 7e druk, Arnhem 1988, p. 147.

32 Opmerkelijk is bovendien dat de verhouding met het civiele recht (en

Kortom, de suggestie als zou thans de 'foute bestuurder' ongestraft blijven, is onjuist, althans ongefundeerd. Het wetsvoorstel neigt daarmee naar symboolpolitiek gericht tegen de ongewenste 'graacultuur',³³ maar ontbeert de benodigde onderbouwing.

2.5 Administratieplicht

De belangrijkste wijziging in het voorstel is de ondubbelzinnige strafbaarstelling van overtreding van de administratieplicht. Achtergrond daarvan is, zoals reeds gememoreerd, dat faillissementsfraude zelden wordt ontdekt, omdat de curator doorgaans niet over een volledige administratie kan beschikken. De gedachtegang achter de strafbaarstelling is eenvoudig: indien vaker een administratie beschikbaar is, wordt fraude vaker ontdekt en worden schuldeisers minder vaak benadeeld.

Het wetsvoorstel neigt naar symboolpolitiek gericht tegen de ongewenste 'graacultuur', maar ontbeert onderbouwing

De strafbaarstellingen van overtreding van de administratieplicht bevatten thans volgens Hilverda echter 'hinderlijke leemtes' en ze zijn 'te ingewikkeld geformuleerd'. Ook sluiten ze wat betreft inhoud en strafmaxima niet aan 'bij de ratio van de administratieve verplichtingen'.³⁴ Dat bemoeilijkt de strijd tegen faillissementsfraude. Daar is ook de minister van overtuigd:

'De huidige bepalingen (...) laten 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 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.'³⁵

bijvoorbeeld de procedure bij de ondernemingskamer) in de memorie van toelichting geheel onbelicht blijft.

33 De minister noemt als voorbeeld 'kick backs' waarbij een bestuurder buitensporige uitgaven doet die vervolgens door de ontvanger weer deels worden teruggestort in het privévermogen van de bestuurder. Een gedraging die zich, zoals de minister zelf terecht opmerkt, dicht tegen verduistering in dienstbetrekking situeert. Zie MvT, p. 10.

34 Hilverda 2012, p. 40-41. Opmerkelijk is overigens dat Hilverda deze leemten als raadsheer in de meervoudige kamer zelf heeft getracht te dichten middels het formuleren van het besproken feit van algemene bekendheid dat het niet voldoen aan de administratieplicht leidt tot benadeling van de schuldeisers en niet anders dan kan zijn gedaan dan met het opzet op het benadelen van schuldeisers. Zo zat zij in de kamer in het arrest dat de Hoge Raad in stand hield: HR 27 maart 2012, LJN BT8765. Zie paragraaf 2.5.2.

35 MvT, p. 5.

2.5.1 Huidige wettelijk kader administratieplicht

Artikel 2:10 BW (huidig)

1. Het bestuur is verplicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend.

2. Onverminderd het bepaalde in de volgende titels is het bestuur verplicht jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de balans en de staat van baten en lasten van de rechtspersoon te maken en op papier te stellen.

3. Het bestuur is verplicht de in de leden 1 en 2 bedoelde boeken, bescheiden en andere gegevensdragers gedurende zeven jaren te bewaren.

4. De op een gegevensdrager aangebrachte gegevens, uitgezonderd de op papier gestelde balans en staat van baten en lasten, kunnen op een andere gegevensdrager worden overgebracht en bewaard, mits de overbrenging geschiedt met juiste en volledige weergave der gegevens en deze gegevens gedurende de volledige bewaartijd beschikbaar zijn en binnen redelijke tijd leesbaar kunnen worden gemaakt.

Artikel 3:15i BW (huidig)

1. Een ieder die een bedrijf of zelfstandig een beroep uitoefent, is verplicht van zijn vermogenstoestand en van alles betreffende zijn bedrijf of beroep, naar de eisen van dat bedrijf of beroep, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend.

2. De leden 2 tot en met 4 van artikel 10 van Boek 2 zijn van overeenkomstige toepassing.

Eenvoudige bankbreuk

Artikel 340 Sr (huidig)

Hij die in staat van faillissement is verklaard, wordt, als schuldig aan eenvoudige bankbreuk, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie:

(...)

3°. indien hij de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers waarmee hij ingevolge artikel 15i van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek een administratie gevoerd heeft en de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers die hij ingevolge dat artikel bewaard heeft, niet in ongeschonden staat te voorschijn brengt.

Artikel 342 Sr (huidig)

De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon welke in staat van faillissement is verklaard, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie:

(...)

3°. indien aan hem te wijten is, dat aan de in artikel 10, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 15i, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of artikel 5, eerste lid, van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen in samenhang met arti-

kel 10, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek omschreven verplichtingen niet is voldaan of dat de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, waarmee volgens die artikelen administratie gevoerd is, en de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers die ingevolge die artikelen zijn bewaard, niet in ongeschonden staat worden te voorschijn gebracht.

Bedrieglijke bankbreuk

Artikel 341 Sr (huidig)

Als schuldig aan bedrieglijke bankbreuk wordt gestraft hetzij met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren en geldboete van de vijfde categorie, hetzij met één van deze straffen, hij:

a. die in staat van faillissement is verklaard, indien hij ter bedrieglijke verkorting van de rechten van zijn schuldeisers:

(...)

4°. niet voldaan heeft of niet voldoet aan de op hem rustende verplichtingen ten opzichte van het voeren van een administratie ingevolge artikel 15i van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, en het bewaren en te voorschijn brengen van boeken, bescheiden en gegevensdragers in dat artikel bedoeld;

b. te wiens aanzien de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, indien hij ter bedrieglijke verkorting van de rechten die zijn schuldeisers jegens de boedel kunnen doen gelden:

(...)

4°. niet voldaan heeft of niet voldoet aan de op hem rustende verplichtingen ten opzichte van het voeren van een administratie ingevolge artikel 15i van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, en het bewaren en te voorschijn brengen van boeken, bescheiden en gegevensdragers in dat artikel bedoeld.

Artikel 343 Sr (huidig)

De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon welke in staat van faillissement is verklaard, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien hij ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers van de rechtspersoon:

(...)

4°. niet voldaan heeft of niet voldoet aan de op hem rustende verplichtingen ten opzichte van het voeren van een administratie ingevolge artikel 10, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 15i, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of artikel 5, eerste lid, van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen in samenhang met artikel 10, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, en het bewaren en te voorschijn brengen van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers in die artikelen bedoeld.

Voor een goede beoordeling van de wetswijzigingen is van belang te bezien hoe het huidige juridische instrumentarium invulling geeft aan de behoefte aan een gedegen administratie die beschikbaar is voor de curator.

Kort gezegd, bestaan de administratieve verplichtingen uit drie elementen. De verplichting de administratie te voeren, de verplichting de administratie te bewaren en de verplichting deze ook tevoorschijn te halen ter gelegenheid van een faillissement. De eerste twee verplichtingen (vanaf nu: de administratieplicht) volgen uit de artt. 2:10 en 3:15i

BW, de laatste verplichting (vanaf nu: de afgifteplicht) volgt uit de inlichtingen- en medewerkingsplichten uit de Faillissementswet.³⁶

Een algemene strafbaarstelling die het niet (of ondeugdelijk) voeren van een administratie strafbaar stelt, ontbreekt. Daar heeft de wetgever uitdrukkelijk niet voor gekozen. De toenmalig minister heeft opgemerkt: nu het artikel voornamelijk slechts interne belangen op het oog heeft, [bestaat, NL] voor een rechtstreekse strafsancie geen grond.³⁷

De wet kent wel specifieke bankbreukbepalingen die het niet voldoen aan de administratie- of afgifteplicht onder omstandigheden strafbaar stelt. Zo stelt art. 342 onder 3° Sr strafbaar de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard aan wie te wijten is dat niet is voldaan aan de administratie- of afgifteplicht. Daarbij omvat het begrip 'te wijten' zowel opzet als schuld.³⁸ Overtreding van art. 342 onder 3° Sr is bedreigd met een gevangenisstraf van maximaal één jaar of een geldboete van de vijfde categorie. Een vergelijkbare strafbaarstelling is te vinden in art. 340 dat zich richt tegen natuurlijke en rechtspersonen. Essentieel verschil is dat in art. 340 onder 3° Sr slechts strafbaar is het niet voldoen aan de afgifteplicht; het niet voldoen aan de administratieplicht is op grond van dat artikel niet strafbaar. Overtreding van art. 340 of 342 Sr levert 'eenvoudige bankbreuk' op.

Van 'bedrieglijke bankbreuk' is sprake bij overtreding van de artt. 341 onderdeel a en b onder 4° en 343 onder 4° Sr. Hierin is, vrij vertaald, strafbaar gesteld het 'ter bedrieglijke verkorting' van de rechten der schuldeisers niet hebben voldaan, of niet voldoen, aan de administratie- en afgifteplicht. Overtreding is bedreigd met een gevangenisstraf van maximaal zes jaar of een geldboete van de vijfde categorie.

De bedrieglijke bankbreuk-bepalingen (art. 341 onderdeel a en b onder 3°/343 onder 4° Sr) voegen derhalve een bedrieglijk element toe (het opzet op het benadelen van schuldeisers) aan de eenvoudige bankbreukbepalingen (art. 340/342 onder 3° Sr) en kunnen als complementair aan elkaar worden gezien.

2.5.2 Huidige jurisprudentie

Geslaagde vervolgingen voor de bedrieglijke varianten van het niet voldoen aan de administratie- en afgifteplicht ex artt. 341 en 343 Sr zijn op één hand te tellen. Het is vaak moeilijk te bewijzen dat deze plichten niet zijn nageleefd met het opzet (al dan niet in voorwaardelijke vorm) op het benadelen van schuldeisers. Niet elke administratieve rotzooi of verslonsde boekhouding³⁹ is immers veroorzaakt door de wens de schuldeisers te benadelen. Niet uit het oog moet worden verloren dat wettelijke bepalingen waarin

de administratieve verplichtingen zijn opgenomen vaak moeilijk te doorgronden zijn,⁴⁰ en het voor een eenvoudige (boekhouder van een) MKB'er zonder enig frauderend motief al moeilijk is om aan alle verplichtingen te voldoen. Lagere rechters hebben getracht middels het formuleren van feiten van algemene bekendheid dit 'opzetgat' te dichten. Zo overwoog het gerechtshof te Arnhem (zie HR 5 april 2011, LJN BP4391):

'Het hof overweegt dat het een feit van algemene bekendheid is dat de schuldeisers in een faillissement van een rechtspersoon worden benadeeld indien de curator niet (tijdig) kan beschikken over de volledige administratie. Het (welbewust) niet voeren van een administratie ingevolge artikel 10, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en het niet bewaren en/of te voorschijn brengen daarvan tijdens een faillissement kan dus niet anders zijn geschied dan ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers.'

Het is een redenering die op weinig waardering van de Hoge Raad kan rekenen. Meerdere vergelijkbare overwegingen werden gecasseerd met het argument dat het benodigde opzet niet (zonder meer) uit de bewijsmiddelen kon volgen.⁴¹ Niet verwonderlijk overigens, want acceptatie van deze gedachtegang zou ontegenzeggelijk betekenen dat iedereen die nalaat de administratie te voeren of deze ter beschikking te stellen, welbewust de kans zou hebben aanvaard dat crediteuren (kunnen) worden benadeeld. In dat geval zou er praktisch geen of nog nauwelijks verschil bestaan tussen bedrieglijke en eenvoudige bankbreuk van respectievelijk de artt. 342 en 341/343 Sr.⁴²

Een vreemde eend in de bijt is overigens HR 27 maart 2012, LJN BT8765, waarbij een klacht tegen een vrijwel identieke overweging (ook van het Gerechtshof te Arnhem) werd afgedaan met art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie.⁴³

A-G Vegter merkt naar aanleiding daarvan op: 'Ik meen dat bij het bewijs van het opzet in het kader van "ter bedrieglijke verkorting" enerzijds betekenis kan worden toegekend aan het feit van algemene bekendheid dat door het niet nakomen van de administratieplicht rechten van schuldeisers in het faillissement kunnen worden benadeeld en dat iemand die deze verplichting niet nakomt dat ook weet en voorts, anderzijds, dat die wetenschap temeer aanwezig is als het om een samenstel van gedragingen gaat en niet om een incidentele tekortkoming bij de nakoming van verplichtingen in een faillissement.'

De vraag is echter wat een 'incidentele tekortkoming' is en wat tot een relevant samenstel van gedragingen leidt. In de gecasseerde zaken ging het steeds om een verdachte

36 Artt. 105, 106, 116 en 117 Fw, tekst niet integraal opgenomen in het artikel.

37 Bijl. Hand. II, 1973-1974, 110005 onder vraagpunt 11, p. 4.

38 Zie Commentaar Wetboek van Strafrecht, Melai/Groenhuijsen, aantekening bij art. 342.

39 Rb. Breda 27 april 2011, LJN BQ3025.

40 Dat meent ook Hilverda, Hilverda 2012, p. 40.

41 Zie HR 16 februari 2010, LJN BK4797, HR 5 april 2011, LJN BP4391, en HR 9 april 2013, LJN BY5446. Opmerkelijk is overigens dat in HR 16 februari, 2010 LJN BK4797, de woorden 'zonder meer' nog tussen haakjes staan, terwijl de Hoge Raad nadien de haakjes heeft verwijderd in HR 5 april 2011, LJN BP4391, en HR 9 april 2013, LJN BY5446, als gevolg waarvan de uitspraken nog genuanceerder en bovenal casuïstischer worden.

42 Zie in die zin Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 mei 2008, LJN BD8750.

43 Opmerking verdient dat de auteur van dit artikel heeft opgetreden in deze cassatieprocedure.

die vrijwel geen administratie had overgelegd, terwijl in de zaak van HR 27 maart 2012 sprake was van ‘ontbreken vermelding machines in jaarstukken; verstrekken van onvolledige administratie, terwijl bij de doorzoeking nogal wat administratie wordt aangetroffen; niet meedelen van transacties vlak voorafgaande aan het faillissement’, aldus de A-G.

Ten aanzien van de eenvoudige bankbreuk leert de jurisprudentie overigens dat rechtbanken en gerechtshoven veelal weinig moeite hebben te komen tot een bewezenverklaring. Niet zelden wordt indien niet bewezen kan worden dat sprake is van schending van de administratie- of afgifteplicht ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers, teruggegrepen naar de (veelal subsidiair ten laste gelegde) eenvoudige bankbreuk ex art. 342 onder 3° Sr.⁴⁴

2.5.3 Wetsvoorstel – art. 344a Sr

Artikel 344a (nieuw)

1. Hij die in staat van faillissement is verklaard, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie:

1°. indien hij desgevraagd niet terstond, overeenkomstig de op hem rustende wettelijke verplichtingen ter zake, een ingevolge de wettelijke verplichtingen gevoerde en bewaarde administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers in ongeschonden vorm, zo nodig met de hulpmiddelen om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te maken, aan de curator verstrekt; 2°. indien hij voor of tijdens het faillissement opzettelijk niet heeft voldaan aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, ten gevolge waarvan de vereffening wordt bemoeilijkt.

2. Met dezelfde straf wordt gestraft de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard, indien:

1°. hij desgevraagd niet terstond, overeenkomstig de op hem rustende wettelijke verplichtingen ter zake, een ingevolge de wettelijke verplichtingen gevoerde en bewaarde administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers in ongeschonden vorm, zo nodig met de hulpmiddelen om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te maken, aan de curator verstrekt; 2°. hij voor of tijdens het faillissement opzettelijk niet heeft voldaan aan of heeft bewerkstelligd dat werd voldaan aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, ten gevolge waarvan de vereffening wordt bemoeilijkt.

3. De bestuurder of de commissaris van een rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard aan wiens schuld het te wijten is dat niet is voldaan aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, ten gevolge waar-

van de vereffening wordt bemoeilijkt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie.

4. Hij te wiens aanzien de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, indien hij voor de toepassing van de schuldsaneringsregeling opzettelijk niet heeft voldaan aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, ten gevolge waarvan de schuldsanering wordt bemoeilijkt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Als het aan de minister ligt, worden de huidige strafbepalingen omgevormd tot een geheel nieuw art. 344a Sr. In lid 1 onder 1° wordt strafbaar het niet tijdig verstrekken van de administratie aan de curator en onder 2° het voor of tijdens het faillissement opzettelijk niet voldoen aan de administratieplicht ten gevolge waarvan de vereffening wordt bemoeilijkt. Dezelfde strafbaarstellingen zijn in lid 2 opgenomen voor de bestuurder of de commissaris. Hierop wordt een gevangenisstraf gesteld van twee jaar of een geldboete van de vijfde categorie. In lid 3 wordt vervolgens de schuldvariant van het niet voldoen aan de administratieplicht ten gevolge waarvan de vereffening wordt bemoeilijkt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar. Daarnaast wordt voorgesteld om overtreding van de administratieplicht ex art. 2:10 lid BW op zichzelf strafbaar te stellen via de Wet op de economische delicten (‘WED’). Deze bepaling wordt alsdan toegevoegd in art. 1 onder 4° WED en levert een overtreding op met een maximumstraf van zes maanden hechtenis, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie.

2.5.4 Beschouwing

Het meest in het oog springende van de voorgestelde wijziging is het feit dat de administratie- en afgifteplicht in het kader van de bedrieglijke bankbreuk geheel verdwijnt en de verwijtbare eenvoudige bankbreuk wordt opgeknipt in een opzetvariant en een schuldvariant. Voor de opzetvariant wordt de straf aanzienlijk verzwaard (van één naar twee jaar), terwijl de schuldvariant wordt ingevoegd met een strafbedreiging conform de huidige eenvoudige bankbreuk (één jaar of een geldboete van de vijfde categorie). De strafbepaling wordt overigens wel toegevoegd in art. 67 Wetboek van Strafvordering (‘Sv’), als gevolg waarvan voorlopige hechtenis kan worden toegepast én (en daar gaat het de minister vermoedelijk om) ‘adequate bevoegdheden tot opsporing voorhanden zijn’.⁴⁵

De redactie van de bepaling lijkt op het eerste gezicht niet glashelder. Belangrijk kritiekpunt is dat niet gedefinieerd wordt wat wordt verstaan onder ‘voor het faillissement’. Als gevolg daarvan wordt elke opzettelijke of culpoze niet naleving van de administratieplicht strafbaar, ook al volgt het faillissement pas jaren later. Weliswaar dient nog bewezen te worden dat ‘ten gevolge’ van de gebrekkige administratie de vereffening wordt bemoeilijkt, hetgeen bij

44 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 27 mei 2008, LJN BD8750, Rb. ‘s-Gravenhage 18 februari 2009, LJN BH3175, Rb. Breda 27 april 2011, LJN BQ3025, en Gerechtshof Leeuwarden 8 oktober 2012, LJN BX9442 (overigens met prof. mr. B.F. Keulen, auteur van *Bankbreuk, ons strafrechtelijk faillissementsrecht*, Gouda Quint, Arnhem 1990, in de kamer en Gerechtshof ‘s-Gravenhage 30 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2932.

45 MvT, p. 5.

gebreken jaren voor het faillissement vermoedelijk niet aan de orde zal zijn, maar door de onbepaaldheid van de strafbaarstelling ontstaat rechtsonzekerheid. In het geval van een faillissement zal de grens tussen de overtredingsvariant die wordt ingevoegd in de WED en de misdrijfvariant vermoedelijk moeilijk zijn te trekken.

Opmerkelijk is voorts dat het voorgestelde art. 344a Sr alleen geldt ten aanzien van diegene op wie een wettelijke verplichting rust tot het voeren van een administratie, terwijl in de huidige eenvoudige bankbreuk variant van art. 342 onder 3° Sr (anders dan bij de bedrieglijke varianten van de artt. 341 onderdeel a en b onder 3° /343 onder 4° Sr) niet vereist is dat de wettelijke administratieplicht ook daadwerkelijk rust op diegene aan wie te wijten is dat er niet aan is voldaan.⁴⁶

Ook de toevoeging van het causaliteitsvereiste zorgt voor een inperking van de huidige strafbaarstelling. Thans is immers enkel vereist dat het te wijten is aan de bestuurder of commissaris dat de administratieplicht niet is nageleefd, niet hoeft bewezen te worden dat hierdoor de vereffening wordt bemoeilijkt.

Met de conclusie dat het voorstel op punten tot een inperking van de huidige strafbaarstelling leidt, is een brug naar de meest zwaarwegende kritiek snel gemaakt. Onvoldoende duidelijk wordt namelijk wat de voorgestelde wijziging nu daadwerkelijk toevoegt. De wijziging wordt weliswaar met veel bombarie gepresenteerd als hét middel in de strijd tegen faillissementsfraude, Hilverda noemt het zelfs een 'quick win',⁴⁷ maar heel wezenlijk zijn de wijzigingen niet. Of het moet het schrappen van de strafbaarheid van schending van de administratie- en afgifteplicht in de bedrieglijke variant zijn. Dat laatste is weliswaar van niet geringe betekenis, maar kan bezwaarlijk het middel zijn waarmee faillissementsfraude nu daadwerkelijk te lijf kan worden gegaan.

Beschouwing van het huidige instrumentarium leert dat het niet voldoen aan de afgifte- en administratieplicht door een bestuurder of commissaris, zowel in de opzet als in de schuldvariant (het gaat immers om verwijtbaarheid) ook thans strafbaar is op grond van art. 342 onder 3° Sr. De huidige strafbaarstelling lijkt zelfs breder dan het voorgestelde art. 344a Sr. Het niet voldoen aan de afgifteplicht is voorts voor natuurlijke en rechtspersonen strafbaar op grond van art. 340 onder 3° Sr. Het enige dat het voorgestelde 344a Sr derhalve toevoegt, is dat ook schending van de administratieplicht door natuurlijke en rechtspersonen (niet zijnde bestuurders of commissarissen) strafbaar wordt. De stelling van de minister, zoals gememoreerd in paragraaf 2.5, dat buiten het geval bewezen kan worden dat opzet bestond op de benadeling

van schuldeisers 'de instandhouding van een onvolkomen administratie, en daarmee ook bewuste onwetendheid, straffeloos [is, NL]',⁴⁸ is dus enkel juist daar waar hij doelt op natuurlijke of rechtspersonen.⁴⁹ Voor bestuurders en commissarissen bestaat die strafbaarstelling wel degelijk.

Dat gegeven roept de vraag op of het wetsvoorstel op dit punt daadwerkelijk een verschil gaat maken. Omvangrijke faillissementsfraude van het soort waartegen volgens de minister nu juist moet worden opgetreden, wordt doorgaans gepleegd door (bedrijven met) bestuurders en commissarissen, terwijl art. 344a Sr ten aanzien van hen niets toevoegt. De voorgestelde uitbreiding raakt vooral de kleine ondernemer.⁵⁰ Hetzelfde kan vermoedelijk gezegd worden ten aanzien van de voorgestelde algemene strafbaarstelling van het niet naleven van de administratieplicht via de WED. Ook dat zal vooral de kleine ondernemer merken. Want hoewel zeker niet is uitgesloten dat daarvan, zoals de minister graag wenst, de nodige preventieve werking uitgaat en het ondernemers zal dwingen hun verplichtingen na te komen, moet de waarde niet worden overschat. Niet naleving levert slechts een overtreding op en dat zal bij grote bedrijven, bestuurders en commissarissen vermoedelijk niet tot een concrete gedragsverandering leiden.

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat de invoering van deze algemene strafbaarstelling (ongeacht of sprake is van een faillissement) een gedegen motivering ontbeert, met name in het licht van de expliciete keuze van de wetgever in 1972 om van een dergelijke strafbaarstelling af te zien. Van de huidige wetgever mag op zijn minst genomen worden verwacht dat wordt uitgelegd waarom dat standpunt thans achterhaald is.

3 Slotconclusie

Vooropgesteld, de motieven om te komen tot het wetsvoorstel zijn zonder meer legitiem. Faillissementsfraude is schadelijk en opsporing en vervolging is niet eenvoudig. Dat dit derhalve politiek een speerpunt is, is te billijken. Dat daarbij de administratie van de failliet wordt gezien als het belangrijkste startpunt voor het ontdekken van fraude en derhalve wordt gezocht naar manieren om vaker dan nu het geval is een ongeschonden administratie beschikbaar te krijgen, is eveneens begrijpelijk. Het wetsvoorstel brengt die norm terecht en duidelijk (nader) onder de aandacht middels de verhoging van het strafmaximum op het niet voldoen aan de administratieplicht, alsmede via de algemene strafbaarstelling van overtreding van de administratieplicht via de WED.

⁴⁸ MvT, p. 5.

⁴⁹ De opmerking van de minister lijkt ook tegenstrijdig (in elk geval gedeeltelijk) met de opmerking dat art. 344a lid 3 (de schuldvariant) voortbouwt op het huidige art. 342 onder 3° Sr waarin 'in aanvulling op het opzettelijk niet voldoen aan de administratieplicht ook strafbaar gesteld [is, NL] het verwijtbaar niet voldoen aan de administratieplicht'. MvT, p. 6.

⁵⁰ De uitbreiding van art. 344a Sr raakt weliswaar naast natuurlijke personen ook rechtspersonen, maar deze rechtspersonen zullen vermoedelijk failliet zijn en derhalve is het niet waarschijnlijk dat zij voor overtreding van het nieuwe art. 344a Sr worden vervolgd.

⁴⁶ Het huidige art. 342 onder 3° Sr stelt strafbaar indien 'aan hem te wijten' is dat 'niet is voldaan' aan de administratieverplichtingen. Het voorgestelde art. 344a Sr stelt strafbaar hij die 'niet heeft voldaan aan de wettelijke verplichting'. Uit de redactie van 344a Sr kan bezwaarlijk anders volgen dan dat de verplichting ook moet rusten op diegene die er niet aan heeft voldaan, terwijl dat geen vereiste is in de huidige redactie van art. 342 onder 3° Sr.

⁴⁷ Hilverda Oratie, p. 8.

Of het voorstel daarmee inderdaad een ‘quick win’⁵¹ is, valt te bezien, maar bovenal is het de vraag ten koste waarvan de minister wil ‘winnen’. Want hoewel een wetswijziging een nuttig, redelijk eenvoudig en bovenal relatief goedkoop middel kan zijn om gebreken in de opsporing en vervolging te herstellen of daarbij behulpzaam te zijn, een wetswijziging moet wel iets toevoegen en dan bij voorkeur op de plekken waar sprake is van een leemte die een succesvolle opsporing en vervolging in de weg staat. Voorkomen moet worden dat in een poging een leemte op te vullen de netten dusdanig worden vergroot dat dolfijnen erin verstrikt raken.

En daar zit de pijn. Zo kan geconcludeerd worden dat de voorgestelde wetswijzigingen op het gebied van de strafbaarstelling van het niet voldoen aan de afgifte- en administratieplicht, weinig toevoegen aan het huidige instrumentarium. Vrijwel al datgene wat volgens het nieuwe art. 344a Sr vervolgd kan worden, is reeds strafbaar gesteld in art. 340/342 onder 3°. De suggestie van de minister als zouden thans veel gedragingen straffeloos zijn, overtuigt dan ook niet. De nieuwe strafbaarstellingen raken bovendien overwegend kleine ondernemers, terwijl kan worden aangenomen dat zij niet verantwoordelijk zijn voor het leeuwendeel van de faillissementsfraude waartegen de minister graag wil optreden. Nog daargelaten dat deze ondernemers vermoedelijk, meer dan bestuurders en commissarissen van grote (beursgenoteerde) bedrijven,

moeite zullen hebben met het doorgronden van de diverse complexe administratieplichten.

Hetzelfde kan gezegd worden van de voorgestelde wijziging van de artt. 342 en 347 Sr. De minister motiveert de wijzigingen met het argument dat op dit moment nog te veel ‘foute bestuurders’ die zich schuldig maken aan fraude en wanbeheer straffeloos blijven, maar zo dat al zo zou zijn, komt dat niet door een leemte in de wetgeving. Ook thans is het namelijk mogelijk strafrechtelijk op te treden tegen fraude en wanbeheer, zowel na het faillissement als in het geval dit is voorkomen. Enerzijds op grond van reeds bestaande ‘fraudebepalingen’ zoals verduistering, belastingontduiking of valsheid in geschriften, anderzijds op grond van de huidige redactie van de artt. 342 en 347 Sr.

De conclusie is dan ook dat het wetsvoorstel vooral een politiek statement lijkt. Inhoudelijk bestaat er weinig rechtvaardiging voor. Dat wordt geworsteld met de faillissementsfraudeur is vervelend, maar ‘don’t blame the law’.

Over de auteur

Mr. N. van der Laan is partner bij De Roos & Pen N.V. te Amsterdam.

51 Zie paragraaf 2.5.4.