

Tijdschrift voor Insolventierecht, Fraude en misbruik bij faillissementen: investeren in een aanpak die wél werkt.

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	Tvl 2014/16	Bijgewerkt tot:	08-05-2014
Auteur:	Drs. J. (Jeanette) Brouwer RA ^[1]		

Fraude en misbruik bij faillissementen: investeren in een aanpak die wél werkt.

Samenvatting

Ondanks dat het aantal faillissementen ten opzichte van recordjaar 2013 begint te dalen, blijft het aantal faillissementen onverminderd hoog. Daarnaast laten failliete bedrijven steeds grotere schulden achter. Het lijkt erop dat een aantal bedrijven de economische crisis hebben aangewend om op een goedkope manier van hun schulden en personeel af te komen. Tegelijkertijd lukt het de overheid niet om effectief tegen faillissementsfraude en/of misbruik van de faillissementswet op te treden. Ook de vorig jaar door Minister Opstelten aangekondigde maatregelen zullen weinig effect sorteren. Faillissementsfraude zal voorlopig nog blijven lonen. Een analyse.

Inleiding

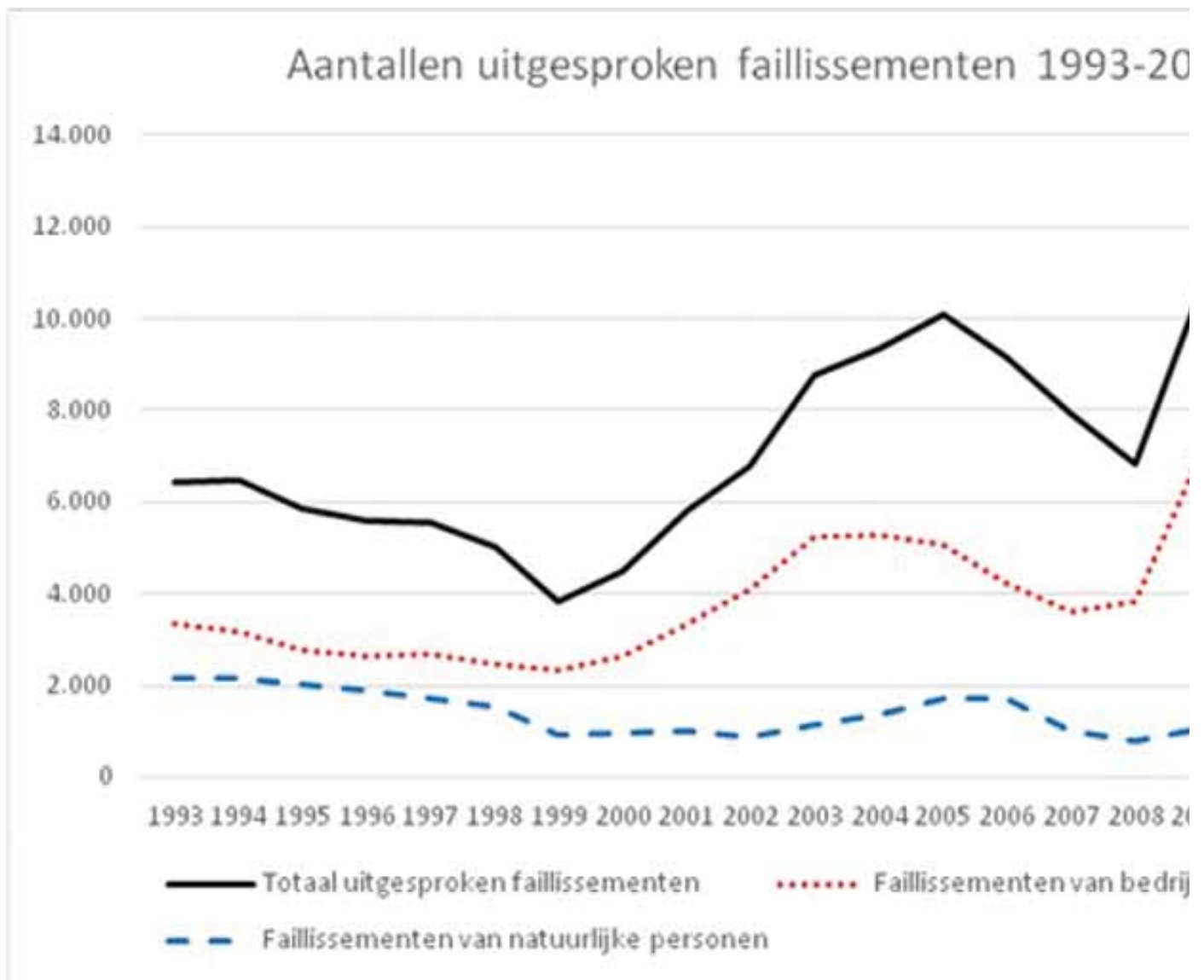
In de zomer van 2013 presenteert Minister Opstelten van Veiligheid en Justitie een wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht, waarin een aantal voorstellen wordt gedaan om de opsporing en vervolging van faillissementsfraude te verbeteren en faillissementsfraude te voorkomen. Het wetgevingsprogramma steunt op drie belangrijke pijlers: het uitbreiden van de strafbepalingen door overtreding van de administratieplicht strafbaar te stellen; het versterken van de positie van de curator door de informatieplicht uit te breiden; en het invoeren van preventieve maatregelen zoals het instellen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Tevens is de minister van plan fraudebestrijding een wettelijke taak van de curator te maken, onder meer door het instellen van een fraudemeldplicht.^[2] Op 24 juli 2013 heeft het Ministerie van Veiligheid en Justitie hiervoor een eerste concept wetsvoorstel gepubliceerd.^[3] De Raad voor de Rechtspraak reageert op 17 oktober 2013 op het wetsvoorstel met een advies. Al in de eerste alinea van zijn advies geeft de Raad van de Rechtspraak aan 'dat voor een daadwerkelijke versterking van de aanpak van deze fraude niet kan worden volstaan met alleen een herziening van het juridisch kader maar ook de feitelijke aanpak van faillissementsfraude dient te worden versterkt'.^[4] Maar dat is niet het enige probleem. Het echte probleem van faillissementsfraudebestrijding is dat niemand in de keten van faillissementen^[5] deze bestrijding als primaire taak ziet. Het vereenvoudigen en uitbreiden van de strafbaarstelling van faillissementsfraude heeft weinig zin als er geen capaciteit wordt vrijgemaakt voor de opsporing en vervolging daarvan. Zo zal ook het toekennen van een wettelijke taak voor faillissementsfraude aan de curator geen meerwaarde hebben wanneer de curator geen middelen krijgt om faillissementsfraude vast te stellen. Voor de lege-boedel problematiek^[6] en eenvoudige faillissementsfraudes biedt het wetsvoorstel dan ook geen oplossing. In een tijd waarin het er naar uitziet dat de faillissementswet in toenemende mate wordt aangewend voor schuldsanering en het vernietigen van arbeidsplaatsen zal meer moeten gebeuren om de ontwrichting die faillissementsfraude met zich brengt tegen te gaan. Het project Haaglanden^[7] bewijst nu al drie jaar dat civiel-strafrechtelijke samenwerking zeer succesvol kan zijn in de aanpak van faillissementsfraude. Met het toenemende aantal faillissementen is het wenselijk dat de civiel-strafrechtelijke samenwerking wordt uitgebreid zodat ook de lege-boedel problematiek en eenvoudige faillissementsfraudes worden aangepakt. Daar waar nu civielrechtelijk de middelen en strafrechtelijk de mogelijkheden ontbreken om deze vormen van faillissementsfraude effectief te bestrijden, zijn deze knelpunten eenvoudig op te lossen wanneer de curator, fiscus, politie en OM bereid zijn gebruik te maken van elkaars middelen en mogelijkheden. In mei 2012 heeft

hoogleraar faillissementsfraude, prof. mr. C.M. Hilverda, reeds aangegeven dat 'als partijen de eigen en elkaars mogelijkheden optimaal willen benutten, aan bepaalde randvoorwaarden voldaan dient te worden'.^[8] Deze randvoorwaarden zijn intrinsieke motivatie, organisatiekolom, kennis en voldoende middelen. Zij zijn de basis voor een effectieve faillissementsfraudebestrijding.

Ontwikkeling faillissementen in de afgelopen 20 jaar

Dat de kredietcrisis en de daaropvolgende landencrisis de afgelopen 5 jaren zwaar heeft gedrukt op het economisch tij is niemand ontgaan. Bedroeg het aantal faillissementen in 2008 nog ongeveer 7.000, in 2013 is dit aantal opgelopen tot ruim 12.000. Bekeken in breder perspectief valt het op dat het aantal faillissementen al vanaf 1999 structureel stijgt, terwijl niet in al die jaren sprake is geweest van economische malaise. Wat daarnaast opvalt is dat vooral het aantal faillissementen onder bedrijven stijgt terwijl het aantal faillissementen onder eenmanszaken al 20 jaar stabiel is en in de afgelopen 5 jaren zelfs licht is gedaald.

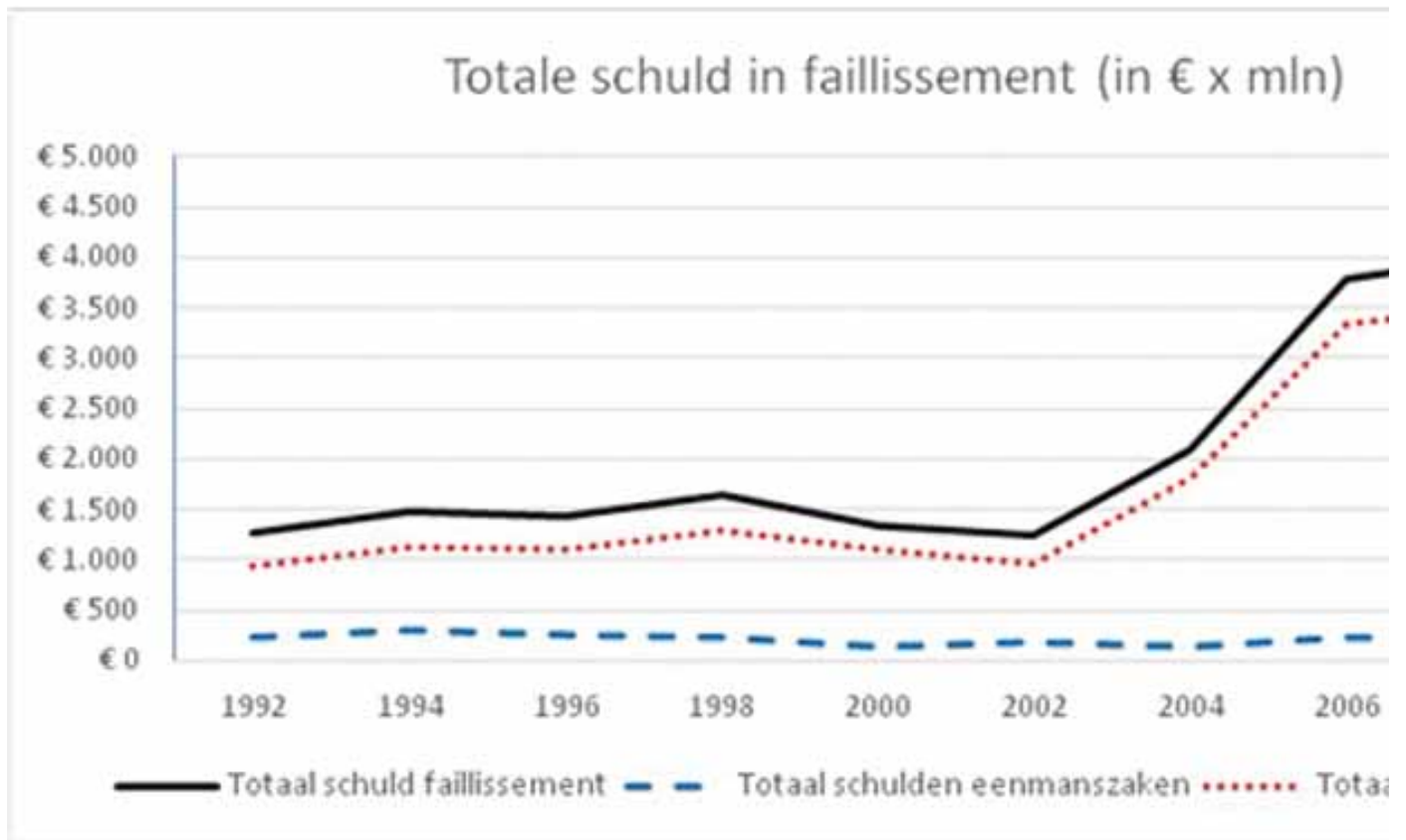
Grafiek 1: Uitgesproken faillissementen 1993-2013



Als we kijken naar de schulden die achterblijven in het faillissement, zien we een soortgelijk beeld: in de periode 1992-2002 bedraagt de totale schuld in faillissementen gemiddeld € 1,4 miljard per jaar. Vanaf 2002 stijgt de totale schuld in faillissementen tot ruim € 4,5 miljard per jaar in 2010.^[9] Deze stijging van de totale schuld in faillissementen wordt uitsluitend veroorzaakt door de stijging van het aantal faillissementen onder bedrijven: waar de gemiddelde schuld per bedrijf in 2002 nog ongeveer € 450.000 bedraagt, is deze in 2010 opgelopen naar € 800.000 per bedrijf.

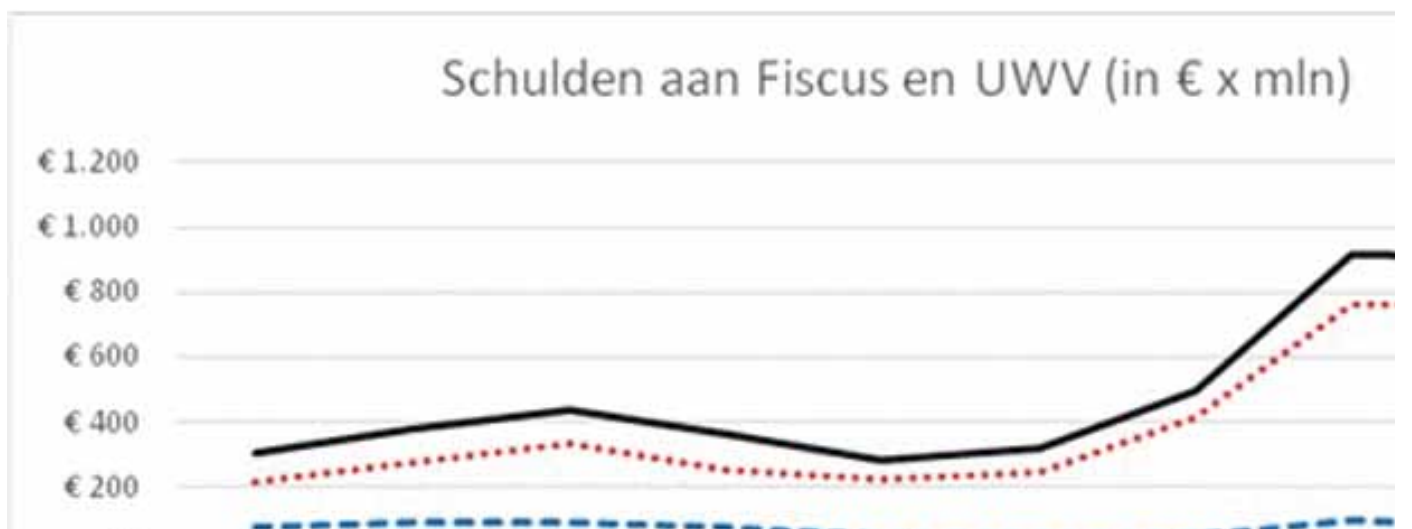
Als we de gemiddelde schuld per bedrijf gelijk houden en extrapoleren op het aantal uitgesproken faillissementen in 2013, zou dat betekenen dat de totale schuld in faillissementen in 2013 inmiddels is opgelopen naar ruim € 7,5 miljard.

Grafiek 2: Totale faillissementsschuld in faillissement



Met vorderingen die gemiddeld 25% van de totale faillissementsschuld uitmaken, is de fiscus tezamen met het UWV de grootste schuldeiser in het faillissement. De fiscus wordt sterk benadeeld door het stijgende aantal faillissementen onder bedrijven én de stijging van de gemiddelde faillissementsschuld per bedrijf. Bedroeg de totale belastingschuld onder failliete bedrijven in 2002 nog € 275 miljoen, in 2010 is deze opgelopen naar bijna € 1 miljard: een stijging van 250%. De fiscus weet gemiddeld slechts 10% van de faillissementsschulden te innen, hetgeen betekent dat de overheid jaarlijks een miljard aan inkomsten misloopt.^[10] Voor concurrente schuldeisers blijft niets over.

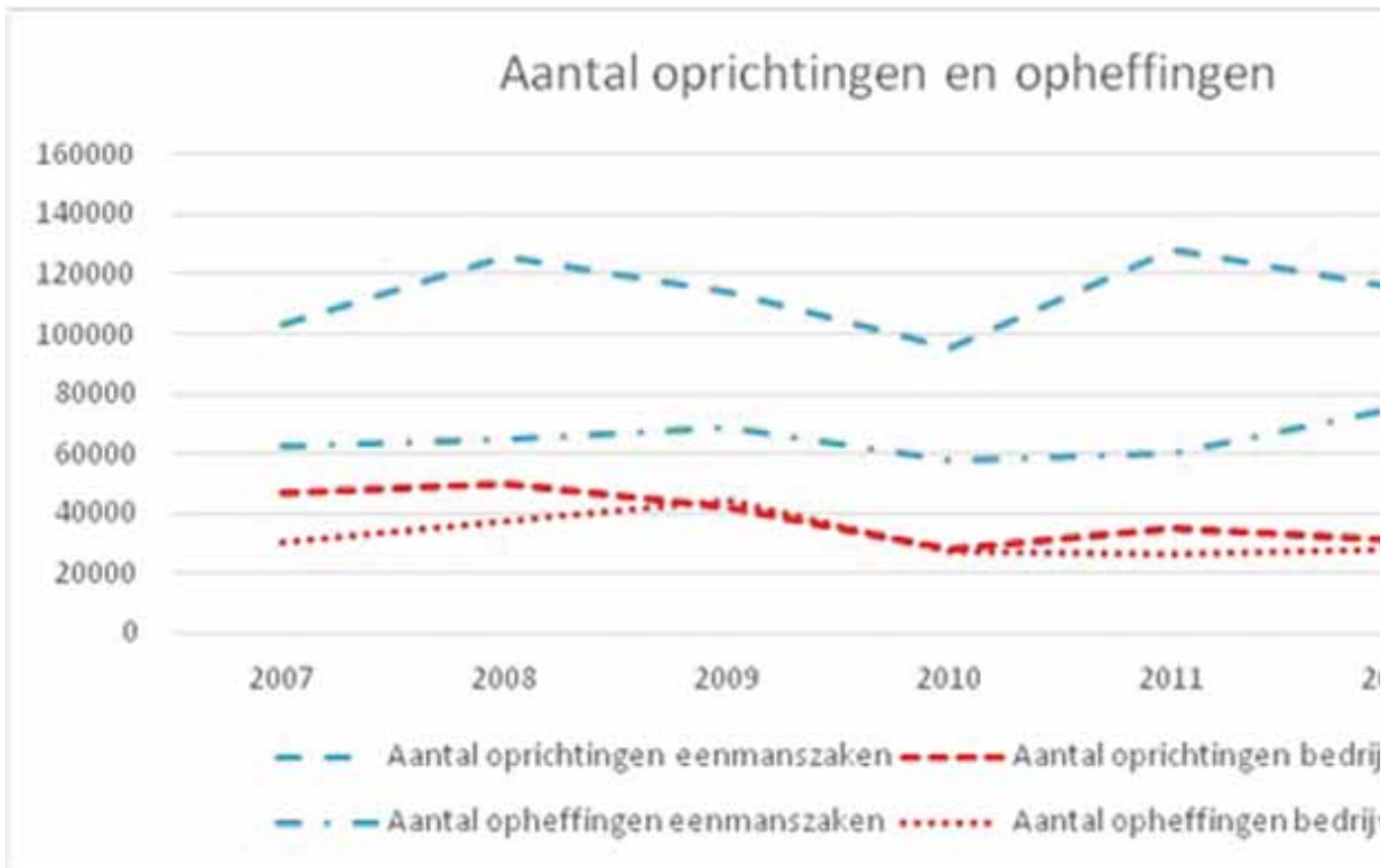
Grafiek 3: Schulden aan fiscus en UWV





Tegenover het stijgende aandeel van bedrijven in faillissementen, zowel in aantal als in omvang van de faillissementsschuld, staat géén stijging van het aandeel oprichtingen en opheffingen van bedrijven. In de crisisjaren 2007-2013 daalt zelfs het aantal opgerichte bedrijven. Ook het aantal opgeheven bedrijven daalt na een lichte opleving in 2009. Samengevat: in de afgelopen 10 jaar stijgt het aantal faillissementen onder bedrijven, ook in de jaren waarin geen sprake is geweest van economische malaise. Naast het gegeven dat meer bedrijven failliet gaan, stijgt ook de gemiddelde faillissementsschuld per bedrijf. Met andere woorden: er gaan meer bedrijven failliet met gemiddeld hogere schulden. Als economische tegenslag de enige oorzaak zou zijn geweest, zou men verwachten dat het aantal faillissementen en de gemiddelde faillissementsschuld onder eenmanszaken ook zou stijgen. Dit is niet het geval: het aantal faillissementen onder eenmanszaken is de afgelopen jaren zelfs licht gedaald en de gemiddelde faillissementsschuld van eenmanszaken is al jaren stabiel. Ook kan het stijgend aantal faillissementen van bedrijven niet verklaard worden door een stijgend aantal oprichtingen en opheffingen van bedrijven. Zou hier dan wat anders aan de hand zijn?

Grafiek 4: aantal opgerichte en opgeheven ondernemingen in de periode 2007-2012



De huidige aanpak van faillissementsfraude

In de huidige aanpak van faillissementsfraude wordt onderscheid gemaakt tussen complexe en eenvoudige zaken. Complexe zaken kenmerken zich door een fraudebedrag van minimaal € 100.000, misbruik van rechtspersonen, ondoorzichtige eigendomsverhoudingen of het gebruik van stromannen en georganiseerd

verband.^[11] Complexe zaken worden in behandeling genomen door de FIOD. De inschatting is dat de FIOD op dit moment jaarlijks zo'n 60-70 complexe zaken in behandeling neemt.^[12] Alle overige zaken worden bestempeld als eenvoudig en werden tot 1 januari 2013 toebedeeld aan de regionale politiekorpsen. De regionale politiekorpsen hadden niet de mogelijkheden en capaciteit om faillissementsfraudezaken op te pakken, waardoor het gros van de aangiften bleef liggen. Vanaf 1 januari 2013 zijn de regiokorpsen opgeheven en vervangen door de nationale politie. Het is de bedoeling dat de nationale politie faillissementsfraude oppakt onder de vlag van financieel-economische criminaliteit, maar hoeveel inzet daadwerkelijk zal worden gepleegd op de aanpak van faillissementsfraude is niet bekend.^[13]

Vanaf 1 februari 2012 hoeft een curator bij het constateren van faillissementsfraude geen uitgebreide aangifte meer te doen bij de politie, maar kunnen faillissementsfraudes centraal worden gemeld bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude. Alhoewel steeds meer curatoren het meldpunt weten te vinden, blijkt uit het lage aantal meldingen dat het gros van de faillissementsfraudezaken niet wordt gemeld. Hiervoor zijn diverse oorzaken te noemen: ten eerste zijn de middelen in de boedel voor de curator vaak ontoereikend om onderzoek te doen. Zonder onderzoek kan niet vastgesteld worden of sprake is geweest van fraude en wanneer geen fraude wordt vastgesteld, zal ook geen melding van fraude worden gemaakt. Ten tweede schiet het civiele recht voor de behandeling van een groot aantal faillissementsfraudezaken tekort: wanneer sprake is van een lege boedel, geen verhaal of overtreding van de administratieplicht, biedt het civiele recht geen uitkomst. Bij gebrek aan baten worden deze faillissementen nu opgeheven conform artikel 16 Faillissementswet, waardoor fraudeurs ongestraft blijven. Ten derde is voor veel rechters-commissarissen en curatoren onduidelijk in welke gevallen zij aangifte kunnen doen. En ten vierde: als er al aangifte wordt gedaan bij politie of OM, blijven wegens gebrek aan kennis, capaciteit en prioritering de meeste faillissementsfraudezaken liggen, hetgeen curatoren niet motiveert om nog langer aangifte te doen. De uitkomst van de falende aanpak van faillissementsfraude is duidelijk: faillissementsfraude loont met als gevolg steeds meer faillissementen met steeds hogere faillissementsschulden.

Om uit deze spiraal van faillissementsfraude te komen, dienen curatoren en OM de handen ineen te slaan. Dat alleen een gezamenlijke aanpak tot effectieve faillissementsfraudebestrijding zal leiden, onderkent ook het OM.^[14] Dat de middelen en mogelijkheden hiertoe aanwezig zijn, bewijst het project Haaglanden. Waarom blijkt het in praktijk dan zo moeilijk om deze samenwerking te realiseren? Dit komt hoofdzakelijk omdat ondanks alle ontwikkelingen nog steeds niet wordt voldaan aan de randvoorwaarden voor een effectieve aanpak van faillissementsfraudebestrijding. Deze randvoorwaarden, door Hilverda gedefinieerd als intrinsieke motivatie, organisatiekolom, kennis en voldoende middelen, probeert het Ministerie van Veiligheid en Justitie nu zelf in te vullen, terwijl de kracht juist zit in de samenwerking met het civielrechtelijke deel van de faillissementsketen. Hiervoor is niets anders nodig dan het delen van kennis en gebruik durven maken van elkaars middelen en mogelijkheden. En dat begint door duidelijkheid te creëren hoe de randvoorwaarden het beste vormgegeven kunnen worden.

De randvoorwaarden voor een effectieve faillissementsfraudebestrijding

1. Intrinsieke motivatie

Het grootste knelpunt in de bestrijding van faillissementsfraude is dat niemand in de faillissementsketen fraude als zijn probleem ziet: de curator ziet zichzelf vooral als belangenbehartiger van schuldeisers en niet als opsporingsambtenaar. De rechter-commissaris ziet zichzelf als procesbewaker, de Belastingdienst wil een onderneming in financiële nood niet de nek omdraaien waardoor zij bijkans altijd de grootste financier is van het faillissement en de politie beschouwt faillissementsfraude nog steeds vooral als een civielrechtelijk probleem. Ook in de politiek wordt heel weinig aandacht besteed aan faillissementsfraude en dat is opmerkelijk: we maken ons druk om toeslagenfraude met Bulgaren, terwijl de totale omvang van toeslagenfraude sinds 2006 op € 95 miljoen wordt geschat. We maken ons druk om bijstandsfraude (€ 53 miljoen per jaar) en we maken ons heel erg druk om zorgfraude (€ 110 miljoen per jaar). Maar we maken ons niet druk om het hoge aantal faillissementen, waarvan de schade inmiddels € 7,5 miljard per jaar bedraagt. Het bijzondere aan faillissementsfraude is dat niemand weet wat de omvang is: als de fraude al wordt opgemerkt, is het nog maar de vraag of deze wordt gemeld. Als deze fraude wel gemeld wordt, is de kans klein dat de omvang in kaart

gebracht wordt omdat de middelen hiertoe meestal ontbreken. Ook het CBS houdt vanaf 2011 geen cijfers meer bij en dat terwijl het aantal faillissementen in de jaren 2011-2013 nog nooit zo hoog is geweest. Voor dit artikel heb ik de jaarrekeningen van drie grote faillissementen nader onderzocht. Alle drie de bedrijven zijn na faillissement doorgestart. De faillissementsschuld van deze drie bedrijven bedraagt gezamenlijk grofweg € 28 miljoen, 1100 werknemers zijn hun baan kwijt. Alle drie de bedrijven geven de economische recessie en het onvermogen te kunnen reorganiseren als oorzaak van het faillissement. Wat zeggen de cijfers?

1. De bedrijven waren het jaar vóór faillissement nog financieel gezond. De economische crisis had slechts beperkte invloed gehad op de behaalde omzetten.
2. De bedrijven hadden het jaar vóór faillissement voldoende liquiditeit om alle kortlopende verplichtingen te voldoen en voldoende reserves om (geheel of gedeeltelijk) te kunnen reorganiseren.
3. Alle drie de bedrijven raken in het jaar vóór faillissement volledig door hun liquiditeiten heen. Een paar opmerkelijke transacties die ik heb gezien zijn:
 - Het verkopen van het meest winstgevend onderdeel van het bedrijf voor € 1, terwijl de intrinsieke waarde van het onderdeel kort daarvoor nog € 12 miljoen bedroeg (deze transactie heeft de curator overigens met succes aangevochten).
 - Het in rekening brengen van € 1,2 miljoen aan management fee en onkosten voor twee maanden bestuur.
 - Het afboeken van het merkenrecht met een waarde van € 13,5 miljoen in het jaar vóór faillissement (dit merkenrecht is na faillissement door de curator voor € 40.000 aan dezelfde bestuurders verkocht).
 - Het afboeken van een rekening-courant vordering van € 5,8 miljoen, door deze voor € 3,5 miljoen aan dividend uit te keren en voor € 2,8 miljoen kwijt te schelden.
4. Alle drie de bedrijven maken in het jaar ván faillissement in een keer grote verliezen. Deze verliezen zijn een trendbreuk met de crisisjaren daarvoor en worden niet zozeer veroorzaakt door een dalende omzet, als wel door sterk gestegen kosten.
5. In alle drie de faillissementen springt de financier er volledig uit. Dat wil zeggen, de financiering kon met de verstrekte zekerheden volledig worden afgelost.

In twee gevallen had de curator voornoemde transacties niet opgemerkt. In een geval heeft de curator bestuurders kwijtschelding verleent om zo een doorstart mogelijk te maken. Of hier sprake is van fraude is niet vast te stellen: er is geen financieel onderzoek uitgevoerd en/of de resultaten van dit onderzoek zijn niet bekend. Vanuit financieel perspectief kan wel gesteld worden dat de economische crisis in ieder geval niet de oorzaak van het faillissement is geweest.

Bestrijding van faillissementsfraude begint met het besef dat faillissementsfraude tot grote maatschappelijke schade leidt en dat wij als maatschappij niet langer bereid moeten zijn de kosten van deze schade te dragen (intrinsieke motivatie). Intrinsieke motivatie betekent ook dat wij bereid moeten zijn te investeren in kennis en capaciteit om faillissementsfraude te bestrijden. En dat begint al bij het opsporen en vaststellen van fraude: van een curator kan niet verwacht worden dat hij kosteloos onderzoek doet naar faillissementsfraude. Er is weliswaar een garantstellingsregeling die uitkomst biedt als er onvoldoende middelen in de boedel aanwezig zijn, echter wordt deze nu alleen toegekend wanneer een curator van plan is een vordering in te stellen op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissementen (WBF) of de Actio Pauliana. In boedels die leeg zijn en/of weinig uitzicht is op verhaal, heeft het voor de curator weinig zin om een vordering in te stellen. Zelfs als het overduidelijk is dat de lege boedel een direct gevolg is van frauduleus handelen. Een beroep op de garantstellingsregeling is – zonder voornemen een procedure te starten – niet mogelijk, waardoor geen onderzoek wordt uitgevoerd. Vervolgens wordt het faillissement wegens gebrek aan baten opgeheven en gaan de fraudeurs vrijuit.

Willen we dat faillissementsfraude effectief wordt aangepakt, dan zal de voorwaarde dat de curator een procedure moet instellen om in aanmerking te komen voor de garantstellingsregeling moeten worden opgeheven. In plaats daarvan dient de curator de bevindingen van het onderzoek dat hij met de garantstellingsregeling heeft uitgevoerd schriftelijk te rapporteren aan het OM en melding te doen bij het fraudemeldpunt wanneer fraude is geconstateerd. Door het verruimen van de garantstellingsregeling krijgen curatoren de middelen om effectief fraudeonderzoek te kunnen doen. Anderzijds, door het instellen van een eis van schriftelijke rapportage, verkrijgt het OM bewijzen die het in een strafrechtelijke procedure kan inbrengen zonder dat het OM zelf onderzoek heeft hoeven verrichten. Het OM koopt als het ware de opsporingscapaciteit

in bij de curator, waardoor het zijn beperkte capaciteit kan aanwenden voor vervolging en daar waar mogelijk ontnemingsmaatregelen kan vorderen. Dat deze samenwerkingsconstructie de staat weinig geld hoeft te kosten en veel geld zal opleveren, wordt bij punt 4 nader toegelicht.

2. Organisatiekolom

Een tweede reden waarom faillissementsfraudebestrijding tot nu toe niet van de grond is gekomen, is het feit dat er regionale verschillen bestaan bij politie, justitie en fiscus. De ene regio heeft geen aparte afdeling voor faillissementsfraude terwijl de andere speciaal opgerichte insolventieteams heeft. Navraag leert dat veel curatoren en rechters-commissarissen niet weten wie hun regionale aanspreekpunt is voor het melden van faillissementsfraude en dat zij geen terugkoppeling krijgen van het fraudemeldpunt wanneer zij melding van fraude hebben gedaan. Een ander probleem bij het civielrechtelijke deel van de faillissementsketen is dat onvoldoende duidelijk is in welke gevallen aangifte gedaan of melding gemaakt moet worden. Met het instellen van een centraal meldpunt voor faillissementsfraude is het probleem dat aangiftes en meldingen overal verspreid kwamen te liggen grotendeels opgelost. Ook met het onderbrengen van faillissementsfraudebestrijding bij de afdeling financieel-economische criminaliteit van de nationale politie krijgt het een duidelijke herkenbare plek. Wil de nationale politie effectief zijn in faillissementsfraudebestrijding, dan zal eveneens aan de randvoorwaarden kennis en voldoende middelen voldaan moeten worden, maar daarover straks meer.

Zelfs wanneer de nationale politie op volle sterkte is, zal zij nooit voldoende capaciteit hebben om alle gevallen van faillissementsfraude op te pakken. Dat is ook niet nodig. Civielrechtelijk bieden de WBF en de Faillissementswet voldoende mogelijkheden om rechtshandelingen te vernietigen, oneigenlijk onttrokken gelden terug te vorderen en bestuurders aansprakelijk te stellen voor het tekort in het faillissement. Het strafrecht dient dan ook alleen ingezet te worden als ultimum-remedium: daar waar het civiele recht tekort schiet. Bijvoorbeeld in de meest malafide vormen van faillissementsfraude, waar in georganiseerd verband wordt aangestuurd op faillissement. Maar ook bij lege boedels met weinig verhaalsmogelijkheden en faillissementen waarbij bestuurders zich ontdaan hebben van de administratie biedt het strafrecht uitkomst. Of een fraudezaak civielrechtelijk of strafrechtelijk aangepakt moet worden hangt dus af van de volgende factoren:

1. Is er sprake van georganiseerd verband?
2. Is de administratie niet meer aanwezig of zijn belangrijke onderdelen van de administratie verwijderd/niet toegankelijk?
3. Is sprake van een lege boedel en zijn de verhaalsmogelijkheden naar bestuurders beperkt?
4. Is sprake van substantiële onttrekkingen aan de boedel?

Als een van de vragen met ja kan worden beantwoord zal een strafrechtelijke benadering het meest voor de hand liggend zijn. In alle andere gevallen zou een afwikkeling via het civiele recht afdoende moeten zijn.

Wanneer op landelijk niveau afspraken kunnen worden gemaakt over de organisatie van faillissementsfraudebestrijding, wordt voorkomen dat enerzijds civielrechtelijk en strafrechtelijk dezelfde zaken worden aangepakt en instanties en elkaar voor de voeten lopen. Anderzijds wordt voorkomen dat veel zaken blijven liggen die uiteindelijk wegens gebrek aan baten worden opgeheven.

3. Kennis

Een effectieve aanpak van faillissementsfraude vereist deskundigheid op verschillende terreinen: het civiele recht, het strafrecht, maar ook fiscaal recht en accountancy. Tot op heden is de faillissementsketen vooral juridisch geënt, waardoor in praktijk vaak te weinig kennis is op fiscaal en boekhoudkundig terrein. Curatoren die de opleiding Insolad hebben gevolgd, zijn verplicht een cursus financiële economie te volgen. Deze cursus vergroot het financieel bewustzijn, echter bereid onvoldoende voor op het signaleren en herkennen van zogenaamde 'red flags'. Hierdoor missen ook de meer financieel onderlegde curatoren belangrijke transacties omdat geldstromen niet worden gevolgd en onvoldoende acht wordt geslagen op transacties die 'bovenover' (buiten het zicht van de failliet) hebben plaatsgevonden. Een curator hoeft ook geen financieel specialist te zijn, alleen de signalen te herkennen. Om die reden huren veel curatoren accountants in om een quick scan op de administratie uit te voeren. De quick scan – een snelle inventarisatie van mogelijke onregelmatigheden – kan inzicht geven of sprake is geweest van fraude. Probleem met de quick scans is dat deze geld kosten en de

curator niet snel geneigd is om deze uit te laten voeren als de boedel leeg is. Daarom wordt bij lege boedels zelden fraude vastgesteld, met als gevolg dat het loont om te frauderen door de boedel leeg te halen. Een uitbreiding van de garantstellingsregeling kan dit probleem verhelpen.

Naast het tekort aan financiële kennis, wordt in de praktijk ook te weinig gebruik gemaakt van kennis die wél in de faillissementsketen aanwezig is. De dienst TRACK van Justis wordt steeds meer gebruikt om alle vennootschappen waar een bestuurder ooit werkzaam is geweest inzichtelijk te krijgen, echter onvoldoende ingezet om transacties tussen deze vennootschappen en mogelijke onttrekkingen vóór faillissement te analyseren. Ook de fiscus kan de curator van waardevolle informatie voorzien over de failliete vennootschap. Zodra sprake is van een heffingsbelang of invorderingsbelang kan de fiscus bijvoorbeeld onderzoek naar derden uitvoeren, wanneer grote sommen geld aan bedrijven zijn betaald die buiten het faillissement blijven. Daarnaast kan de fiscus informatie geven over alle rekeningnummers die bij hen bekend zijn en informatie over het eigendom van registergoederen. Ook kan de fiscus financiële informatie complementeren door aangiften vennootschapsbelasting uit eerdere jaren aan de curator te verstrekken. In praktijk werken curatoren en Belastingdienst nog te weinig samen, waardoor waardevolle informatie onbenut blijft. ^[15]

Een tekort aan kennis is tevens een reden waarom veel aangiften van faillissementsfraude bij de politie blijven liggen. Met de weinige mogelijkheden die de politie in de bezuinigingsrondes ter beschikking staan, ^[16] is het niet aannemelijk dat dit kennistekort op korte termijn zal worden ingevuld. Ook daarom is het wenselijk dat de politie gebruik gaat maken van de kennis en informatie die bij het civielrechtelijke deel van de faillissementsketen al aanwezig is, door de opsporing uit te besteden aan de curator en de bevindingen van de curator op te nemen in het strafdossier.

4. Voldoende middelen

Tot op heden voert het gebrek aan financiële middelen de boventoon in de falende aanpak van faillissementsfraude: de curator voert geen onderzoek uit in lege boedels omdat de financiële middelen daartoe ontbreken. De politie en OM vervolgen niet omdat geen geld is om te investeren in kennis en capaciteit. Ondertussen kost niets doen de staat zeker honderden miljoenen per jaar. Investeren in faillissementsfraudebestrijding zal de staat direct voordeel opleveren, zowel in het terugvorderen van onrechtmatig onttrokken middelen, alsook in het terugdringen van het aantal gevallen van faillissementsfraude. De staat zal vele malen sneller en goedkoper uit zijn, wanneer zij gebruik gaat maken van de kennis en deskundigheid die al in de markt is, in plaats van dat zij in eigen huis de kennis, kunde en capaciteit probeert op te bouwen hetgeen jaren zal duren. Het uitbreiden van de garantstellingsregeling voor curatoren zodat zij ook eenvoudige faillissementsfraude en lege boedels gaan onderzoeken zal inderdaad geld kosten. Daar staat tegenover dat de staat niet hoeft te investeren in kennis en capaciteit voor opsporing, maar haar middelen kan inzetten voor vervolging en ontneming. Bovendien kan de curator met de huidige digitalisering financieel onderzoek veel sneller en goedkoper laten uitvoeren dan voorheen: er zijn al forensisch accountants op de markt die speciale tools hebben ontwikkeld om snel en eenvoudig digitale data te analyseren op indicaties van faillissementsfraude. ^[17] Een vlotte samenwerking tussen curator en forensisch accountant kan een gedegen vooronderzoek in de vorm van een deskundigenrapport opleveren dat zowel civielrechtelijk als strafrechtelijk als bewijsmiddel kan dienen. Het grote voordeel voor het OM is dat het relatief goedkoop een gedegen vooronderzoek in handen krijgt, waardoor het OM ondanks haar beperkte capaciteit meer zaken in behandeling kan nemen. Meer zaken in behandeling nemen, betekent een grotere kans op veroordelingen en meer ontnemingen wat de staat ook weer geld zal opleveren, nog afgezien van de preventieve werking die uit zal gaan wanneer men doorkrijgt dat faillissementsfraude in dit land wel degelijk serieus aangepakt en bestreden wordt.

Conclusie

Met het herzieningsprogramma strafbaarstelling faillissementsfraude heeft Minister Opstelten van Veiligheid en Justitie de bestrijding van faillissementsfraude weer op de kaart gezet. Dat dit nodig is, bewijzen de cijfers van de afgelopen tien jaar: het aantal faillissementen blijft stijgen alsook de gemiddelde schuld per faillissement. Het herzieningsprogramma van de minister zal weinig effect hebben, wanneer niet ook voldaan gaat worden aan de

randvoorwaarden voor faillissementsfraudebestrijding door Hilverda in 2012 gedefinieerd. Deze randvoorwaarden worden optimaal benut wanneer curatoren, rechters-commissarissen, fiscus, politie en OM bereid zijn gebruik te maken van elkaars middelen en mogelijkheden. Een groot deel van de huidige knelpunten kan worden opgelost, wanneer het OM zijn opsporingstaken via een uitbreiding van de garantstellingsregeling gaat uitbesteden aan de curator met in zijn kielzog de forensisch accountant. Deze uitbreiding geeft de curator de middelen om gedegen vooronderzoek uit te voeren en het OM de mogelijkheden om meer zaken in behandeling te nemen. De kosten die hier mee gemoeid zijn worden eenvoudig terugverdiend wanneer meer zaken worden opgepakt en tot veroordelingen en ontnemingen leiden. Naast het delen van kennis, middelen en mogelijkheden, bepleit ik dat afspraken gemaakt worden over de organisatie van de aanpak van faillissementsfraude, waarbij het strafrecht enkel wordt aangewend als ultimum-remedium. Het wetsvoorstel zoals nu gepresenteerd is ontoereikend om faillissementsfraude effectief aan te pakken: we weten niet eens waarover we het hebben en met de huidige aanpak zullen we dat ook nooit te weten komen. Minister Opstelten doet er beter aan het geld te investeren in een betere samenwerking tussen curatoren en OM en het toezicht op bedrijven te verbeteren.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Jeanette Brouwer is partner bij Hermes Advisory B.V en docent faillissementsfraude bij de Radboud Universiteit en het Studiecentrum Rechtspleging. Vanaf 2014 is zij tevens hoofddocent jaarrekeninglessen voor de beroepsopleiding advocaten. Jeanette dankt de heer mr. drs. J. Timmer, FIOD kantoor Zwolle en mr. M.L.D. Akkaya, raadsheer Gerechtshof Amsterdam, voor hun waardevolle inbreng en commentaren.
- [2] Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht, Ministerie van Veiligheid en Justitie d.d. 27 juni 2013.
- [3] Concept wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, Minister van Veiligheid en Justitie, d.d. 24 juli 2013.
- [4] Advies herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, Raad voor de Rechtspraak, d.d. 17 oktober 2013 p.2.
- [5] De faillissementsketen bestaat uit de curator – rechter commissaris – fiscus – politie en OM, zie ook Hilverda, waar een wil is,...
- [6] Lege-boedel problematiek: de failliet bevat nagenoeg geen activa en de verhaalsmogelijkheden zijn dikwijls beperkt. Civielrechtelijk zijn niet de middelen aanwezig en strafrechtelijk niet de mogelijkheden om deze lege boedels aan te pakken, waardoor fraudeurs de dans ontspringen.
- [7] Samenwerkingsverband tussen de officier van justitie en de rechters-commissarissen in de regio Den Haag waarbij strafrechtelijk wordt opgetreden tegen overtredingen van de administratieplicht.
- [8] De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is,...., prof. mr. C.M. Hilverda, d.d. 25 mei 2012 p. 16.
- [9] Bron: www.cbs.nl. Na 2010 is geen data meer bekend over de omvang van de schulden in faillissement. Navraag bij het CBS heeft geleerd dat vanwege budgettaire redenen het CBS gestopt is met het verzamelen en publiceren van deze data.
- [10] Bron: www.cbs.nl.
- [11] Hanteren vergoedingsregeling curatoren voor het doen van aangifte faillissementsfraude strakker toegepast, gevonden op: static.basenet.nl/cms/105928/website/Memo_hantering_vergoeding_faillissementsfraude.pdf.
- [12] Opsporing van faillissementsfraude door de fiscus, mr. drs. J. Timmer, Studiedag De aanpak van faillissementsfraude, d.d. 20 november 2013.
- [13] De nationale politie, dé kans op een daadkrachtige bestrijding van faillissementsfraude, Tineke Hilverda, Nederlands Juristenblad afl. 39, d.d. 9 november 2012 p. 2759.
- [14] www.om.nl/onderwerpen/faillissementsfraude/bestrijding/.
- [15] Lezing Kristel Vinkers, Symposium de Administratie: een quick win voor de faillissementsfraudebestrijding, d.d. 20 juni 2013.
- [16] Op het politieapparaat dient ook 25% bezuinigd te worden.
- [17] Het bedrijf E11even heeft het programma Apollo ontwikkeld speciaal voor curatoren om zelf digitale

