



Advies Raad van State inzake het voorstel van wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude

Nader Rapport

17 juli 2014

Nr. 541398

Directie Wetgeving en Juridische Zaken

Aan de Koning

Nader rapport inzake het voorstel van wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude

Blijkens mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 12 februari 2014, nr. 2014000318, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 7 april 2012, nr. W03.14.0030/II, bied ik U hierbij aan.

1. Artikel 347 Sr

Het verheugt mij dat de Afdeling advisering van de Raad van State in haar advies de strekking van het wetsvoorstel onderschrijft. Zoals de Afdeling opmerkt, bevat het wetsvoorstel onder andere het voorstel om in een nieuw artikel 347 Sr de reeds bestaande mogelijkheden te verruimen om op te treden tegen frauduleus handelen indien een faillissement (nog) niet is ingetreden.

Het voorgestelde delictsomschrijving van artikel 347, eerste lid, Sr spitst de daarin opgenomen strafbaarstelling toe op die gevallen waarin sprake is van het buitensporig verbruiken van middelen van de rechtspersoon, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. Als aanvullend vereiste geldt dat door het ernstige nadeel 'het voortbestaan van de onderneming in gevaar komt'. In reactie op de opmerking van de Afdeling over de precieze betekenis van dit bestanddeel, merk ik graag het volgende op.

De functie van het desbetreffende bestanddeel is het duiden van het ernstige nadeel: waar discussie kan ontstaan over de vraag wat nu een ernstig nadeel is (bijvoorbeeld naar aard of omvang), brengt het aanvullende vereiste tot uitdrukking dat de ernst gezocht moet worden in het in gevaar brengen van de continuïteit van de onderneming. Daarbij zullen geen uitputtende berekeningen behoeven te worden gemaakt van de solvabiliteit en de liquiditeit van een onderneming, noch zal bewezen behoeven te worden dat een faillissement onafwendbaar is en op welke termijn dat zou volgen. Voldoende is dat wordt aangetoond dat het buitensporige verbruik van middelen de bedrijfsresultaten van de onderneming dermate heeft aangetast dat de onderneming op een bankroet afstevent, dan wel actie van buitenaf nodig is of reeds nodig is geweest (bijvoorbeeld in de zin van een kapitaalinjectie, een reddingsoperatie door banken, interventie van de overheid of sectorale toezichthouder) om de onderneming – in gelijke omvang en met dezelfde activiteiten – voort te kunnen zetten. Overigens merk ik op dat het gaat om een bestanddeel, dat evenals het vereiste gevolg van ernstig nadeel is onttrokken aan het schuldverband: niet bewezen behoeft te worden dat de dader opzet had op het ontstaan van 'gevaar voor het voortbestaan van de onderneming'. De memorie van toelichting is conform het vorenstaande aangevuld.

2. Samenhang

Zoals de Afdeling terecht aangeeft, is de verhouding van onderhavig wetsvoorstel met het concept-wetsvoorstel versterking positie curator van belang. Tezamen bevorderen de voorstellen dat bij de afhandeling van een faillissement meer aandacht wordt gegeven aan eventuele fraude en dat de mogelijkheden om strafrechtelijk onderzoek te verrichten, in voorkomende gevallen na aangifte door de curator, worden verruimd. Wanneer een faillissement gepaard gaat met fraude kan derhalve – zoals nu ook reeds het geval – sprake zijn van een twee trajecten die in elkaar overlopen.

De opmerking van de Afdeling dat het in dat licht van belang is dat de adviesorganen en de Afdeling voldoende in staat zijn om de samenhang tussen de concept-wetsvoorstellen inzake versterking van de positie van de curator en herziening van het strafrechtelijk faillissementsrecht te beoordelen, in het



bijzonder ten aanzien van toetsing aan het verbod op zelfincriminatie, onderschrijf ik. Daaraan is naar mijn oordeel op afdoende wijze voldaan. Het concept-wetsvoorstel inzake de versterking van de positie van de curator (waarvan de strekking reeds eerder was uiteengezet; zie Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74) is in februari 2014 aan adviesorganen voorgelegd en tevens opengesteld voor internetconsultatie. Bij hun advisering over dat concept-wetsvoorstel hebben de adviesorganen de inhoud van het concept van het onderhavige wetsvoorstel kunnen betrekken, dat reeds eerder ter consultatie was voorgelegd. Voor de Afdeling geldt dat zij de inhoud van de voor advies voorgelegde versie van het concept-wetsvoorstel versterking positie curator heeft kunnen betrekken bij de advisering over het onderhavige wetsvoorstel. Alle opmerkingen die in de verschillende adviezen zijn gemaakt over zelfincriminatie heb ik, mutatis mutandis, betrokken bij de verdere voorbereiding van beide voorstellen. Dit laat zien dat de gekozen werkwijze de ruimte en mogelijkheden heeft geboden om tot een goede beoordeling van het voorgestelde te komen, en dat het kabinet in de gelegenheid is geweest om de ontvangen inbreng op juiste wijze te verwerken.

Op grond de rechtspraak van de Hoge Raad inzake nemo tenetur-beginsel, kan een onderscheid worden gemaakt tussen verplichtingen tot verstrekking van zogenoemde wilsafhankelijke en wilsonafhankelijke informatie. Dat onderscheid is grotendeels bepalend voor het antwoord op de vraag waarvoor de Afdeling aandacht vraagt, te weten welke informatie op welke wijze gebruikt mag worden voor een strafrechtelijke vervolging. Van wilsafhankelijke informatie kan sprake zijn bij de inlichtingenplicht die in het kader van het faillissement geldt jegens de curator. Bij de administratieplicht gaat het daarentegen in beginsel om wilsonafhankelijke informatie. Ten aanzien van de verplichting om wilsafhankelijke informatie te verstrekken lijkt, nu deze kracht bij kan worden gezet door een strafrechtelijke sanctie (artikel 194 Sr) of, zoals in het geval van een aan de Hoge Raad voorgelegde zaak, aanleiding kan geven tot inbewaringstelling van de inlichtingenplichtige, op grond van recente rechtspraak van de Hoge Raad (Hoge Raad 24 januari 2014, NJ 2014, 70) in algemene zin de restrictie te moeten gelden dat deze informatie slechts wordt gebruikt ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement; gebruik ten behoeve van strafvervolging tegen de inlichtingenplichtige is – anders dan in geval van een leugenachtige of onvolledige – verklaring niet mogelijk. De memorie van toelichting is in deze zin aangepast.

3. Effectiviteit: capaciteit en deskundigheid

Conform het advies van de Afdeling advisering is in de memorie van toelichting aandacht besteed aan de vergroting van deskundigheid en capaciteit voor de bestrijding van faillissementsfraude, niet alleen bij de politie, maar in de hele strafrechtssketen. Doelstelling is te komen tot een ketenaanpak, waarin zaken vanaf het moment van het signaleren van fraude tot aan de berechting met de benodigde capaciteit en specialisatie worden behandeld. Van belang zijn in dit verband het signaleren van fraude, selectie van zaken, adequate opsporing en gerichte afdoening. Dit traject begint in voorkomende gevallen met een aangifte door een curator. Ter ondersteuning worden op steeds meer rechtbanken spreekuren faillissementsfraude voor curatoren gehouden. Zaken die daaruit voortkomen kunnen op basis van de capaciteitsafspraken die tussen openbaar ministerie en regionale eenheden van de politie zijn gemaakt over het aantal fraudezaken, inclusief faillissementsfraude, worden opgespoord. Voor zware en complexe zaken van faillissementsfraude is een landelijk selectieoverleg ingericht tussen het Functioneel Parket van het openbaar ministerie en de FIOD. Het Functioneel Parket is verantwoordelijk voor de afdoening van die complexe zaken en ondersteunt bovendien de arrondissementsparketten met specialistische expertise. Vervolging en berechting vinden vaker plaats in de vorm van themazittingen, waarin zaken van faillissementsfraude geclusterd door het openbaar ministerie voor de rechter worden gebracht. Deze clustering draagt bij aan het effectief benutten van specifieke kennis aan de zijde van het openbaar ministerie en aan het effectief aanwenden van zittingscapaciteit bij de rechtspraak en leidt tot het creëren van bruikbare jurisprudentie toegesneden op onderdelen van de faillissementsfraudeaanpak.

4. Redactionele kanttekening

Met de redactionele kanttekening van de Afdeling is rekening gehouden.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

*De Minister van Veiligheid en Justitie,
I.W. Opstelten.*



Advies Raad van State

No. W03.14.0030/II

's-Gravenhage, 4 april 2014

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 12 februari 2014, no.2014000318, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude), met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt in de eerste plaats tot herziening van de bepalingen in het Wetboek van Strafrecht (Sr) over de strafbaarstelling van faillissementsfraude. Voorts worden enkele nieuwe gedragingen strafbaar gesteld, het betreft het in strijd met een wettelijke verplichting niet voeren of bewaren van een administratie en het buitensporig uitgeven van middelen van een rechtspersoon ten gevolge waarvan deze ernstig nadeel ondervindt en het voortbestaan in gevaar komt. De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar plaatst daarbij kanttekeningen over het voorgestelde artikel 347 Sr, de samenhang met het bredere wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht en de voor opsporing en vervolging van faillissementsfraude beschikbare capaciteit bij politie en justitie.

1. Artikel 347 Sr

In de faillissementstitel in het Wetboek van Strafrecht zijn thans in een tweetal bepalingen gedragingen strafbaar gesteld zonder dat een faillissement is ingetreden of later intreedt. Artikel 347 Sr bevat de strafbaarstelling van handelen van een bestuurder in strijd met de statuten, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. Artikel 348 Sr bevat de strafbaarstelling van diegene die opzettelijk zijn eigen goed of, ten behoeve van degene aan wie het toebehoort, een hem niet toebehorend goed onttrekt aan een pandrecht, een retentierecht of een recht van vruchtgebruik of gebruik van een ander, dan wel dat goed vernielt, beschadigt of onbruikbaar maakt.

Het voorstel breidt de reikwijdte van artikel 347 Sr uit. In het voorgestelde eerste lid wordt strafbaar gesteld een bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die buitensporig middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft of vervreemdt, dan wel hieraan medewerkt of daarvoor zijn toestemming geeft, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt en het voortbestaan in gevaar komt. Het tweede lid van artikel 347 Sr bevat een verzwaarde strafbaarstelling indien sprake is van een oogmerk zichzelf of een ander te bevoordelen.

In de toelichting wordt op diverse plaatsen ingegaan op de vraag wanneer sprake is van 'buitensporig' handelen.¹ Het gaat, aldus de toelichting, om 'volstrekt onredelijk' handelen en in de context van een onderneming om geen 'reëel economisch doel dienende en vanuit het oogpunt van goed ondernemerschap onverklaarbare handelingen'. De toelichting gaat echter niet in op de vraag wanneer is voldaan aan de voorwaarde dat het 'voortbestaan van de onderneming in gevaar komt'. De Afdeling leidt uit de toelichting af dat sprake moet zijn van een aanmerkelijke kans dat de onderneming als gevolg van de buitensporige uitgaven failliet zal gaan. Zo wordt onder meer vermeld dat is beoogd te voorkomen dat laakbare gedragingen (buitensporig middelen vervreemden, verbruiken of uitgeven) ongestraft blijven, omdat het faillissement bijvoorbeeld met een uiterste krachtsinspanning of ingrijpen en financiële injecties van derden kan worden afgewend of het faillissement na een ontbinding ex artikel 2:19, eerste lid, onderdeel a, BW niet meer wordt uitgesproken. Ook kan worden gedacht aan het geval waarin betrokkenen aansturen op een ontbinding van de rechtspersoon die veel schulden heeft waarmee een formeel faillissement wordt voorkomen', aldus de toelichting.² Deze omschrijvingen bieden echter geen nadere inkadering van dit element uit het voorgestelde artikel 347 Sr.

De vraag of het voortbestaan van de onderneming in gevaar is gekomen kan discussie opleveren, temeer indien voorafgaande aan een faillissement sprake is van een interventie door een derde partij.³

¹ Zie onder meer memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 5 en 7.

² Zie onder meer memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 7.

³ Dit blijkt bijvoorbeeld uit hetgeen in de verschillende procedures omtrent de nationalisatie van SNS Reaal is gewisseld over het toekomstperspectief van de onderneming.



Naar het oordeel van de Afdeling dient de toelichting in te gaan op de vraag wanneer aan dat criterium is voldaan.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen.

2. Samenhang

Het wetsvoorstel is een onderdeel van een breder wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht. Dit programma bestaat naast het onderhavige voorstel nog uit twee andere onderdelen: het wetsvoorstel tot invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod en het wetsvoorstel versterking positie curator. Over het eerste voorstel heeft de Afdeling advisering op 24 januari 2014 advies uitgebracht, het tweede wetsvoorstel is onlangs openbaar ter consultatie verspreid.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat in de reacties op het onderhavige voorstel in verschillende adviezen werd gevraagd naar de samenhang van onderhavig voorstel met de andere voorstellen die deel uitmaken van het wetgevingsprogramma tot versterking van het faillissementsrecht. De regering wijst er in de toelichting op dat de voorstellen, geoordeeld naar hun inhoud en omvang, een zelfstandige politieke weg verdienen. Teneinde de samenhang te garanderen is blijkens de toelichting een programmastructuur ingericht. Voorts worden de voorstellen van de fraudepijler kort na elkaar in procedure gebracht, zodat bij de parlementaire behandeling van dit voorstel de inhoud van de andere voorstellen bekend is en bij de beraadslagingen over het voorstel kan worden betrokken, aldus de toelichting.⁴

De Afdeling merkt op dat, hoewel het van belang is bij de interne voorbereiding op het departement en gedurende de parlementaire behandeling de samenhang te garanderen, het tevens van belang is dat ook anderen zoals bijvoorbeeld de vaste adviseurs van regering en parlement en de Afdeling advisering, die samenhang kunnen beoordelen. De Afdeling is daartoe onvoldoende in staat. Zij wijst bij wijze van voorbeeld op het volgende.

In het voorstel worden de inlichtingenplicht (artikel 194 Sr) en de afgifteplicht van de administratie (artikel 344a sr) opnieuw vastgesteld. Voorts wordt de overtreding van de verplichting om een zorgvuldige administratie te voeren en te bewaren afzonderlijk strafbaar gesteld (artikel 344a sr en artikel 1 van de Wet op de economische delicten). In de toelichting wordt ingegaan op de verenigbaarheid van de voorstellen tot strafrechtelijke sanctionering van overtreding van de inlichtingenplicht en de administratieplicht met het verbod op zelf-incriminatie (nemo tenetur). Zo wordt opgemerkt dat er geen sprake is van zelf-incriminatie indien 'strafdreiging tegen overtreding van de inlichtingenplicht en administratieplicht geen strafvorderlijk doel heeft, maar volledig ten dienste staat van de afwikkeling van het faillissement.'⁵

De Afdeling onderkent dat de inlichtingenplicht en administratieplicht op zich geen strafvorderlijk doel dienen. Zij strekken ertoe de curator in staat te stellen zijn taak, te weten de afwikkeling van het faillissement in het belang van schuldeisers, uit te voeren. De voorstellen die zijn opgenomen in het reeds genoemde wetsvoorstel versterking positie curator zijn in dit verband echter van belang. Zo wordt de curator wettelijk verplicht om te bezien of in faillissementen sprake is van eventuele onregelmatigheden. In voorkomend geval dient deze dit te melden bij de rechter-commissaris die vervolgens een melding bij de bij de bestrijding van fraude betrokken instanties of aangifte kan gelasten.⁶ In dit verband rijst de vraag of nog gesproken kan worden van twee onderscheiden trajecten (de afwikkeling van het faillissement en het strafvorderlijk onderzoek naar faillissementsfraude), of dat deze trajecten in elkaar overlopen. Een en ander is afhankelijk van de wijze waarop de taak en verplichting voor de curator in het wetsvoorstel versterking positie curator zullen worden vormgegeven.

In de memorie van toelichting lijkt de mogelijkheid dat het verbod op zelf-incriminatie van toepassing is te worden onderkend, waar wordt opgemerkt dat het niet is uitgesloten 'dat de inlichtingen die de failliet aan de curator verstrekt uiteindelijk leiden tot de conclusie dat mogelijk fraude is gepleegd en aangifte moet worden gedaan van een strafbaar feit. In zijn algemeenheid zullen deze verklaringen vervolgens, daar zij zijn verkregen onder dreiging van sanctie, wel aanleiding kunnen vormen voor een strafrechtelijk onderzoek via aangifte of gebruik van de informatie als startinformatie, doch niet als bewijs in een strafzaak tegen degene die de inlichtingen heeft verstrekt kunnen worden gebruikt.' In dit

⁴ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.

⁵ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.1.

⁶ De verplichting onregelmatigheden te melden bij bevoegde instanties of daarvan aangifte te doen is niet uniek voor de curator, ook ten aanzien van bijvoorbeeld notarissen bestaat een dergelijke wettelijke regeling. Voor notarissen geldt echter niet dat er inlichtingenplicht bestaat waarvan overtreding met straf wordt bedreigd.



verband dringt zich de vraag op welke informatie en op welke wijze die informatie in de strafzaak kan worden gebruikt aangezien de gefailleerde verplicht is alle gevraagde inlichtingen te verstrekken en zijn volledige administratie te overleggen.⁷

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen.

De Afdeling merkt nog op dat de beoordeling van de verenigbaarheid van de inlichtingen- en administratieplicht, met het verbod op zelf-incriminatie mede dient te geschieden in het licht van hetgeen wordt voorgesteld in het wetsvoorstel versterking positie curator. Dit onderstreept het belang voor derden om de diverse voorstellen in samenhang te kunnen bezien.

3. Effectiviteit; capaciteit en deskundigheid

In de toelichting wordt gewezen op het feit dat in nagenoeg alle adviezen die zijn uitgebracht over het voorontwerp van het voorstel aandacht werd gevraagd voor voldoende capaciteit en prioriteit voor de bestrijding van faillissementsfraude. De toelichting merkt hierover onder meer op dat zal worden voorzien in een uitbreiding van de researchcapaciteit bij de Nationale Politie en dat faillissementsfraude deel zal uitmaken van de prioriterings- en resultaatsafspraken die met de Nationale Politie zullen worden gemaakt.⁸

De Afdeling merkt op dat de effectiviteit van het voorstel in niet onbelangrijke mate afhankelijk zal zijn van de mate waarin politie en justitie in staat zullen zijn faillissementsfraude op te sporen en de verantwoordelijken te vervolgen. Uit de reacties op de consultatie van het onderhavige voorstel, alsook op andere voorstellen in dit kader zoals het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, blijkt dat een gebrek aan capaciteit, deskundigheid en prioriteit voor het opsporen van faillissementsfraude als belangrijke (zo niet de belangrijkste) belemmering voor effectief optreden wordt ervaren. De voornemens zoals die in de toelichting uiteen worden gezet, zijn daarbij naar het oordeel van de Afdeling nuttig, maar niet voldoende. Zij meent dat, naast aandacht voor de researchcapaciteit van de politie, ook aandacht dient te zijn voor de vereiste deskundigheid en capaciteit bij andere onderdelen van de strafrechtketen. Zij adviseert in de toelichting hierop in te gaan.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen.

4. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat aan het vorenstaande aandacht zal zijn geschonken.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner.*

⁷ Uit het wetsvoorstel versterking positie curator blijkt dat dit voorts de verplichting voor de gefailleerde betreft om de curator 'de hard- en software en eventuele wachtwoorden voor digitale accounts en encryptiesleutels ter beschikking te stellen, opdat de curator in staat wordt gesteld om de administratie daadwerkelijk onder zich te nemen en er toegang toe te krijgen'.

⁸ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.



**Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State
betreffende no. W03.14.0030/II**

- In de memorie van toelichting in paragraaf 4.1 waar wordt verwezen naar artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden tevens aandacht besteden aan artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor zover sprake is van tenuitvoerlegging van Uniewetgeving.



Tekst zoals toegezonden aan de Raad van State: Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is aanvullende maatregelen te treffen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten teneinde de mogelijkheden tot bestrijding van faillissementsfraude te verbeteren;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

Het Wetboek van Strafrecht wordt als volgt gewijzigd:

A

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

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

B

De artikelen 340 tot en met 344 komen te luiden:

Artikel 340

Hij 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 intrede van het faillissement buitensporige uitgaven heeft gedaan, ten gevolge waarvan een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld.

Artikel 341

1. Hij die in staat van faillissement is verklaard wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien hij, wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:
 - 1°. voor of tijdens het faillissement enig goed aan de boedel heeft onttrokken of onttrekt;
 - 2°. voor of tijdens het faillissement een van zijn schuldeisers op enige wijze wederrechtelijk heeft bevoordeeld of bevoordeelt.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, indien hij wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:

- 1°. voor of tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling enig goed aan de boedel heeft onttrokken of onttrekt;
- 2°. voor of tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling een van zijn schuldeisers op enige wijze wederrechtelijk heeft bevoordeeld of bevoordeelt.

Artikel 342

Met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die voor de intrede van het faillissement, indien dit is gevolgd, buitensporig middelen van de rechtspersoon heeft verbruikt, uitgegeven of vervreemd, dan wel hieraan heeft meegewerkt of daarvoor zijn toestemming heeft gegeven, ten gevolge waarvan een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld.

Artikel 343

Met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers van de rechtspersoon in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:

- 1°. voor de intrede van het faillissement, indien dit is gevolgd, of tijdens het faillissement enig goed aan de boedel heeft onttrokken of onttrekt;
- 2°. voor de intrede van het faillissement, indien dit is gevolgd, buitensporig middelen van de rechtspersoon heeft verbruikt, uitgegeven of vervreemd, dan wel hieraan heeft meegewerkt of daarvoor zijn toestemming heeft gegeven;
- 3°. voor de intrede van het faillissement, indien dit is gevolgd, of tijdens het faillissement een van de schuldeisers van de rechtspersoon op enige wijze wederrechtelijk heeft bevoordeeld of bevoordeelt.

Artikel 344

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren en zes maanden of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft hij die in geval van een faillissement van een ander, of daaraan voorafgaand indien het faillissement is gevolgd, wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:
 - 1°. enig goed aan de boedel onttrekt of heeft onttrokken;
 - 2°. zich wederrechtelijk bevoordeelt of laat bevoordelen, dan wel zich wederrechtelijk heeft bevoordeeld of heeft laten bevoordelen.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die in geval de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen op een ander van toepassing is verklaard, of daaraan voorafgaand indien de toepassing wordt uitgesproken, wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:
 - 1°. enig goed aan de boedel onttrekt of heeft onttrokken;
 - 2°. zich wederrechtelijk bevoordeelt of laat bevoordelen, dan wel zich wederrechtelijk heeft bevoordeeld of zich heeft laten bevoordelen.

C

Na artikel 344 worden twee artikelen ingevoegd, luidende:

Artikel 344a

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 opzettelijk 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 afhandeling wordt bemoeilijkt.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon, indien:
 - 1°. hij tijdens het faillissement van de rechtspersoon desgevraagd opzettelijk 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 tijdens het faillissement van de rechtspersoon, of voor het faillissement indien dit is gevolgd, 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 afhandeling wordt bemoeilijkt.
3. Hij ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien:
 - 1°. hij desgevraagd opzettelijk 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 bewindvoerder verstrekt;
 - 2°. hij voor of tijdens 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.

Artikel 344b

1. Hij die in staat van faillissement is verklaard aan wiens schuld het te wijten is dat voor of tijdens het faillissement 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 waarvan de afhandeling wordt bemoeilijkt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.
2. De bestuurder of de commissaris van een rechtspersoon aan wiens schuld het te wijten is dat tijdens het faillissement van de rechtspersoon, of voor het faillissement indien het faillissement is gevolgd, 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 waarvan de afhandeling wordt bemoeilijkt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.
3. Hij ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie, indien het aan zijn schuld te wijten is dat voor of tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling 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 waarvan de schuldsanering wordt bemoeilijkt.

D

Artikel 347 komt te luiden:

Artikel 347

1. De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die, buiten het geval van de artikelen 342 en 343, buitensporig middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft of vervreemdt, dan wel hieraan medewerkt of daarvoor zijn toestemming geeft, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt en het voortbestaan in gevaar komt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.
2. 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 de artikelen 342 en 343, buitensporig middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft of vervreemdt, dan wel hieraan medewerkt of daaraan zijn toestemming geeft, met het oogmerk zichzelf of een ander te bevoordelen, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt en het voortbestaan in gevaar komt.



E

Na artikel 348 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 348a

1. Onder bestuurder van een rechtspersoon worden voor de toepassing van de bepalingen in deze Titel mede begrepen zij die feitelijk optreden als bestuurder van een rechtspersoon.
2. Voor de toepassing van de bepalingen in deze Titel worden onder bestuurders van een rechtspersoon tevens begrepen de bestuurders van een vennootschap onder firma en van een commanditaire vennootschap.

ARTIKEL II

In artikel 67, eerste lid, onderdeel b, van het Wetboek van Strafvordering wordt na '326c, tweede lid,' ingevoegd: 340, 342, 344a, 344b, 347, eerste lid, .

ARTIKEL III

De Wet op de economische delicten wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 1, onder 4°, wordt in de zinsnede met betrekking tot het Burgerlijk Wetboek, Boek 2 (Rechtspersonen) voor '19, vijfde lid, tweede volzin,' ingevoegd: 10, eerste lid, .

B

In artikel 1, onder 4°, wordt in de zinsnede met betrekking tot Boek 3 (Vermogensrecht) van het Burgerlijk Wetboek 'artikel 15d, eerste en tweede lid, en artikel 15e, eerste en tweede lid;' vervangen door: de artikelen 15d, eerste en tweede lid, artikel 15e, eerste en tweede lid, en artikel 15i; .

ARTIKEL IV

De artikelen van deze wet treden in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

De Minister van Veiligheid en Justitie,



MEMORIE VAN TOELICHTING

I. Algemeen

1. Inleiding

Het faillissement van personen of bedrijven betekent vaak een persoonlijk drama voor direct betrokkenen. Een faillissement raakt daarnaast evenzeer werknemers, schuldeisers, kredietverstrekkers en consumenten. Het is daarom bijzonder kwalijk als een faillissement wordt veroorzaakt door of gepaard gaat met frauduleus handelen. Dit heeft een ontwrichtende werking op de economie, leidt ertoe dat consumenten hun vertrouwen verliezen en levert in brede zin maatschappelijke schade op. Ook de overheid ondervindt in dit verband vaak nadeel, omdat door de failliet niet zelden geen belasting is betaald of geen sociale premies zijn afgedragen.

Een effectieve bestrijding van faillissementsfraude is daarom van groot belang. In de praktijk worden de afwikkeling van een faillissement en de opsporing van fraude regelmatig bemoeilijkt door een gebrek aan aanknopingspunten. Verhaal is niet mogelijk omdat enige tijd voor het faillissement met frauduleuze bedoelingen – ofwel met het opzet om schuldeisers te benadelen bij een dreigend faillissement, ofwel om direct aan te sturen op het faillissement van de onderneming – activa uit de onderneming zijn weggehaald. Ook komt het voor dat ernstig wanbeheer de oorzaak is van het ten onder gaan van een onderneming. Bij het intreden van een faillissement is het kwaad in deze gevallen al geschied: er is geen geld meer en de mogelijkheden om de activa alsnog te achterhalen door ‘terugrecherchen’ zijn in de praktijk beperkt, onder andere omdat met opzet geen of onvolkomen administratie is gevoerd. Hierdoor ontspringen fraudeurs vaak de dans en worden schuldeisers benadeeld.

Het kabinet wil de aanpak van faillissementsfraude op meerdere onderdelen versterken (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74). Het gaat onder andere om een versterking van de wettelijke positie van de curator met het oog op het signaleren van onregelmatigheden en de invoering van de mogelijkheid om tegen bestuurders van een failliete onderneming een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Aangekondigd is voorts een verbetering van de wettelijke mogelijkheden om strafrechtelijk op te treden tegen faillissementsfraude. Aan laatstgenoemd voornemen geeft dit wetsvoorstel uitvoering.

De bepalingen inzake faillissementsfraude – eenvoudige bankbreuk en bedrieglijke bankbreuk – dateren van het einde van de negentiende eeuw. Ze zijn sindsdien weliswaar op onderdelen gewijzigd, maar dit neemt niet weg dat deze wetgeving te karakteriseren is als complex en op punten verouderd. De strafbepalingen hebben evenwel voor een deel hun waarde behouden in de huidige praktijk, getuige ook de rechtspraak. Het kabinet meent dan ook dat in dit opzicht met een partiële herziening van de bepalingen kan worden volstaan, waarbij gestreefd wordt naar een verbeterde structuur en inhoud. Naast modernisering van de strafrechtelijke faillissementsbepalingen acht het kabinet een aanvulling van het wettelijk instrumentarium wenselijk en noodzakelijk om de effectiviteit van de strafrechtelijke bestrijding van faillissementsfraude te vergroten. Dit laatste geldt in het bijzonder de handhaving van de inlichtingenplicht en de administratieplicht (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 75). Is sprake van een faillissement, dan dient verzekerd te zijn dat een curator alle medewerking van de zijde van de failliet verkrijgt die hij nodig heeft.

Ten slotte is het voor een effectieve aanpak van faillissementsfraude van belang dat in ernstige gevallen strafrechtelijk kan worden opgetreden tegen laakbaar handelen dat een rechtspersoon in ernstige financiële problemen brengt met de ondergang van een onderneming en benadeling van schuldeisers als mogelijk, maar niet noodzakelijk gevolg. De mogelijkheid om daartegen strafrechtelijk te kunnen optreden is gerechtvaardigd, ook wanneer het faillissement (nog) niet is ingetreden. Hiermee wordt tevens de preventieve werking die het strafrecht kan hebben in verband met het voorkomen van faillissementen versterkt.

2. Adviezen inzake het wetsvoorstel

Over het concept-wetsvoorstel is schriftelijk advies uitgebracht door de Nationale Politie, het openbaar ministerie (OM), de adviescommissies insolventierecht en strafrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), de gecombineerde commissie vennootschapsrecht van de NOvA en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak (NVvR), de Raad voor de rechtspraak (RvdR), de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), VNO-NCW en MKB-Nederland. Tevens heeft een internetconsultatie van het wetsvoorstel en de toelichting plaatsgevonden, die diverse reacties opleverde. Voorts is het wetsvoorstel besproken in een bijeenkomst met experts op het terrein van faillissementsfraude. De ontvangen adviezen en reacties zijn zoveel mogelijk verwerkt.

Bij de voorbereiding van het wetsvoorstel is voorts intensief gebruik gemaakt van de voorstellen en



adviezen tot verbetering van de strafbaarstelling van faillissementsfraude van prof. mr. C.M. Hilverda, hoogleraar faillissementsfraude aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

In alle ontvangen adviezen werd de wenselijkheid van een verbetering van de strafrechtelijke bepalingen met betrekking tot het faillissement onderschreven. De Nationale Politie benadrukte in haar advies dat het voorstel op het vlak van werkbaarheid en uitvoerbaarheid van de strafbaarstelling van faillissementsfraude een duidelijke verbetering oplevert. Zij vond de voorgestelde teksten met betrekking tot het opzetverband en op de strafbaarheid van bestuurders en commissarissen van een rechtspersoon helder en goed leesbaar. Daarnaast juichte zij de verbeteringen toe in de strafbaarstelling van de overtreding van de inlichtingenplicht en van de administratieplicht. Ook het OM en de NVvR spraken van effectieve en goed bruikbare strafbepalingen.

In meerdere adviezen werd gevraagd naar de samenhang van onderhavig voorstel met de andere voorstellen die deel uitmaken van het wetgevingsprogramma tot versterking van het faillissementsrecht. Gelet op de omvang van het wetgevingsprogramma en de grote inhoudelijke diversiteit van de wetsvoorstellen die in voorbereiding zijn genomen, was het geen optie om alle wijzigingen tegelijk in één groot wetsvoorstel op te nemen. De complexiteit van de diverse voorgenoemde wijzigingen dwingt ertoe deze uit te werken in verschillende wetsvoorstellen. Een afzonderlijke voorbereiding van de wetsvoorstellen is noodzakelijk om specifieke onderdelen in samenspraak met stakeholders in beleid en de uitvoeringspraktijk uit te diepen. Daarbij komt dat de voorstellen, geoordeeld naar hun inhoud en omvang, mijns inziens ook een zelfstandige politieke weging verdienen. Tegelijkertijd is het van belang de samenhang van het faillissementsrecht te blijven garanderen. Daarom is een programmastructuur ingericht waarbinnen nauw wordt samengewerkt bij voorbereiding van de voorstellen en waarin de voorstellen continu met elkaar in verband worden gebracht en worden getoetst aan de gemeenschappelijke doelstellingen van stroomlijning, terugdringen van maatschappelijke kosten en verbetering van fraudebestrijding. Verder wordt het verband tussen de voorstellen inzichtelijk gemaakt, zowel in de voorstellen als in de voortgangsberichten die periodiek aan de Tweede Kamer worden gezonden (laatstelijk Kamerstukken II 2013/14, 33 695, nr. 3).

Het wetgevingsprogramma is verdeeld in drie pijlers die zich richten op de modernisering van het faillissementsrecht, het versterken van het reorganiserend vermogen van bedrijven en de verbetering van de bestrijding van faillissementsfraude. Iedere pijler omvat één of meerdere wetsvoorstellen. De pijler fraudebestrijding kent op haar beurt drie wetsvoorstellen: een wetsvoorstel tot versterking van de positie van de curator, een wetsvoorstel tot invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod en onderhavig voorstel tot herziening van het strafrechtelijk faillissementsrecht. De voorstellen van de fraudepijler worden kort na elkaar in procedure gebracht, zodat bij de parlementaire behandeling van dit voorstel de inhoud van de andere voorstellen bekend is en bij de beraadslagingen over het voorstel kan worden betrokken.

De voorstellen van de fraudepijler zijn inhoudelijk gebaseerd op een analyse van de bestrijding van faillissementsfraude in de praktijk en de knelpunten zich daarin voordoen (zie uitgebreid C.M. Hilverda, De bestrijding van faillissementsfraude, waar een wil is... (oratie Nijmegen), Kluwer, Deventer 2012, p. 9–24). Die analyse wijst onder meer uit dat signalen van fraude om diverse redenen vaak niet door de curator, noch door de opsporing worden opgepakt. Verbetering van de wettelijke regeling moet eraan bijdragen dat dit in het vervolg wel kan en zal gebeuren. Zo wordt uitdrukkelijk in de wet opgenomen dat de curator de opdracht heeft te onderzoeken of sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt of het tekort in het faillissement hebben vergroot (in het wetsvoorstel tot versterking van de positie van de curator). De curator krijgt tevens voldoende bevoegdheden om deze opdracht uit te voeren. Een van deze bevoegdheden – die naast de curator ook toekomt aan de officier van justitie – richt zich op het kunnen weren van personen die betrokken zijn bij frauduleuze faillissementen uit bestuursfuncties van ondernemingen, via het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod (wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod).

Dit wetsvoorstel heeft tot doel de aansluiting van de werkzaamheden van de curator met het strafrecht te waarborgen en ervoor te zorgen dat signalen van fraude op effectieve wijze kunnen worden opgespoord en vervolgd. De verbetering ziet onder meer op het voorkomen dat een fraudeur vrijuit gaat als een fatsoenlijke administratie ontbreekt en signalen van fraude daardoor niet of onvoldoende kunnen worden onderzocht. Een ander knelpunt in de praktijk is dat de strafbaarstellingen die in het Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen met betrekking tot faillissementsfraude moeilijk leesbaar zijn en aanleiding geven tot misverstanden over hun exacte betekenis. Het voorstel voorziet op dit punt in een stroomlijning en modernisering, en waar mogelijk vereenvoudiging, die de teksten duidelijker en beter toepasbaar maken. Verder wordt bewerkstelligd dat de normstelling uit het faillissementsrecht en het strafrecht zo goed mogelijk op elkaar aansluiten, hetgeen thans in verschillende opzichten niet het geval is. Aan een effectieve opsporing en vervolging draagt ten slotte bij dat voor alle faillissementsdelicten toepassing van voorlopige hechtenis mogelijk is, zoals de NVvR benadrukte. Zo kunnen de voorstellen tezamen de basis vormen voor een integrale netwerkaanpak die nodig is om faillissementsfraude op adequate wijze te bestrijden, zoals het OM in zijn advies vooropstelde.



In nagenoeg alle adviezen werd de aandacht gevraagd voor voldoende capaciteit en prioriteit voor de bestrijding van faillissementsfraude. Het belang hiervan wordt ten volle onderkend door het kabinet. Daartoe is allereerst het op peil brengen van de financiële expertise in de opsporing van belang. Doelstelling is het aantal fte's voor het specialisme 'financieel-economische expertise' de komende jaren naar 1.156 fte uit te breiden binnen de researchcapaciteit van de Nationale Politie met ingang van 1 januari 2015. Dit betekent ruim 500 fte meer dan op dit moment. Verder zal in 2014 een landelijke uitrol plaatsvinden van het succesvolle Haagse project faillissementsfraude dat bestaat uit een fraudesprekkuur voor curatoren bij een rechter-commissaris in faillissementszaken, waarbij ook een ervaren curator en vertegenwoordigers van de Belastingdienst, het OM en de FIOD aanwezig zijn, en daaraan gekoppeld voldoende capaciteit bij politie en OM voor opsporing en vervolging van fraude. Dit leidt onder meer tot vervolging van een aanzienlijk aantal relatief eenvoudige faillissementsfraude-zaken die op speciale themazittingen worden afgedaan. Inmiddels is een start gemaakt met de aanpak in de regio's Midden Nederland en Amsterdam. Ten slotte zal faillissementsfraude deel uitmaken van de prioriterings- en resultaatsafspraken die worden gemaakt met de Nationale Politie inzake de bestrijding van horizontale fraude (zie mijn brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 20 december 2013, Kamerstukken II 2013/14, 17 050, nr. 450, blz. 13).

In het vervolg van deze toelichting komen de adviezen per onderdeel van het wetsvoorstel aan de orde.

3. Algemene uitgangspunten

Dit wetsvoorstel ziet op verbetering van de faillissementsbepalingen in het Wetboek van Strafrecht. In 1886 zijn de faillissementsdelicten opgenomen in het wetboek als bijzondere vorm van bedrog. Het aspect van benadeling van schuldeisers stond hierbij voorop. Nauw verwant hieraan was de bescherming van kredietverlening, die van essentieel belang werd geacht voor een gezonde economie. De bankbreukbepalingen zijn opgenomen in een aparte titel, gewijd aan benadeling van schuldeisers of rechthebbenden. Een uitzondering hierop vormt de schending van de inlichtingenplicht die strafbaar is gesteld als misdrijf tegen het openbaar gezag.

In de loop der tijd zijn ook andere vormen van laakbaar handelen bij faillissement onder de aandacht gekomen. Een daarvan betreft de zorgvuldigheid van bestuur: het feit dat het frauduleuze of onverantwoorde handelen van een bestuurder of commissaris een bedrijf te gronde kan richten. In reactie hierop is door de Wet bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement voorzien in de mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders en commissarissen van een rechtspersoon. Een ander aspect van faillissementsfraude of onverantwoord handelen betreft de positie van de overheid. De afgelopen decennia is die positie steeds meer voor het voetlicht gekomen. De overheid – en in het verlengde daarvan de belastingbetaler – ondervindt in veel gevallen financieel nadeel van faillissementen, door belastingschulden of niet afgedragen sociale premies. Financiële gevolgen zijn er ook van vele malen grotere omvang – het recente verleden biedt daarvan voorbeelden – wanneer de overheid moet bijspringen om rechtspersonen (in het bijzonder banken) overeind te houden omdat de continuïteit in het kader van het algemeen belang moet worden gewaarborgd, en mogelijk fraude of onverantwoord handelen aan de orde zijn.

Voorstellen tot aanpassing van de bepalingen inzake faillissementsfraude zijn gedaan door prof. C.M. Hilverda (Faillissementsfraude: een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen, derde druk, Kluwer, Deventer 2009), door de Commissie Insolventierecht (bijlage bij Voorontwerp Insolventiewet, Kluwer, Deventer 2007), alsmede door prof. B.F. Keulen (Bankbreuk, ons strafrechtelijk faillissementsrecht, Gouda Quint, Arnhem 1990).

De Rvdr vroeg om het wetsvoorstel ook in een Europees perspectief te plaatsen. In dat verband kan allereerst worden gewezen op verschillende instrumenten die in de Europese Unie tot stand zijn gekomen inzake grensoverschrijdende aspecten van faillissement. Het gaat in het bijzonder om de Insolventieverordening (1346/2000) waarin voor vraagstukken van internationaal privaatrechtelijke aard regels zijn neergelegd over rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht, samenwerking en wederzijdse erkenning. Verder bepaalt de richtlijn betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen (2001/24/EG) de bevoegdheden en erkenning van procedures tot sanering van kredietinstellingen. Voorts kan nog worden gewezen op de richtlijn betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (2008/94/EG). Deze Europese instrumenten omvatten echter geen regels aangaande materieel faillissementsrecht, noch de daarmee samenhangende strafbaarstelling van faillissementsfraude, die op nationaal niveau in de wetgeving van lidstaten vorm krijgen.

In de voorbereiding van dit wetsvoorstel is de wetgeving van enkele Europese landen betrokken. Dit geldt in het bijzonder Duitsland, waar in 1976 een integrale herziening van het strafrechtelijke faillissementsrecht heeft plaatsgevonden. Sindsdien kenmerkt de Duitse strafbaarstelling van faillissementsfraude zich door een aantal aansprekende vernieuwingen.

De eerste betreft de reikwijdte van de faillissementsdelicten: deze is verruimd tot de fase vóór en onafhankelijk van het intreden van het faillissement. Faillissementsdelicten zijn in de meeste gevallen reeds strafbaar bij 'Überschuldung' en 'drohender Zahlungsunfähigkeit'.

Ten grondslag aan deze uitbreiding van de strafbaarstelling ligt het besef dat veel van het kwaad, in de zin van frauduleus handelen, al eerder dan het formele faillissement geschiedt en moet kunnen worden aangepakt – ook met het oog op het voorkomen van (grotere) schade –, terwijl het voor het strafwaardige karakter van het desbetreffende handelen slechts ten dele uitmaakt of het ook tot een formeel faillissement komt. Een tweede in het oog springend punt betreft het strafbaar stellen van gedragingen in de categorie onzorgvuldig ondernemerschap, in relatie tot faillissement. Buitensporig handelen, zoals speculatie in strijd met de 'Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft' is een faillissementsdelict, vanuit de gedachte dat ook dit soort opzettelijke handelingen, meer in de sfeer van onverantwoord bestuur dan in de sfeer van fraude, in het kader van faillissement kunnen leiden tot benadeling van schuldeisers. Een derde onderdeel van de Duitse strafbepalingen dat aandacht verdient is de zelfstandige strafbaarstelling van het niet nakomen van de administratieplicht in geval van faillissement (artikel 283b StGB). De genoemde aspecten van de Duitse wetgeving hebben mede tot inspiratie gediend voor onderdelen van het voorliggende wetsvoorstel.

De voorgestelde modernisering van de bepalingen krijgt vorm over de hele linie van Titel XXVI van Boek 2. Bijna alle bepalingen worden aangepast met het oog op verbetering van de bruikbaarheid (in de zin van leesbaarheid, eenvoudigere toepassing) en effectiviteit. Het kabinet zet evenwel niet in op een volledig nieuw strafrechtelijk faillissementsrecht. Er wordt, voor zover niet uitdrukkelijk anders vermeld, geen breuk geforceerd met bestaande rechtspraak en indien mogelijk wordt de wettelijke terminologie gehandhaafd. Dit betekent dat ten aanzien van de in het voorstel gehandhaafde en onbesproken bestanddelen van de strafbepalingen inzake faillissementsfraude ook in het vervolg de uitleg zal gelden die daaraan bij invoering of sindsdien door wijziging of als gevolg van verduidelijking in de rechtspraak is gegeven.

Uitgangspunt is dat de bepalingen voorzien in strafrechtelijke handhaving van normen uit de Faillissementswet, maar evenwel zelfstandig toepasbaar zijn. Dit betekent dat de bepalingen voldoende inhoudelijk en precies de strafbaar gestelde gedraging moeten omschrijven, terwijl soms gegeven de verhouding met de Faillissementswet, in laatstgenoemde wet de in de delictomschrijving aangeduide norm uitgebreider wordt beschreven. Een belangrijk uitgangspunt is dat de strafrechtelijke norm overeenkomt met de normen neergelegd in de Faillissementswet, zoals terecht werd opgemerkt door de NOvA. Dit is ook aangewezen op grond van de rechtszekerheid. Waar de norm inhoudelijk hetzelfde dient te zijn, kan wel worden besloten de strafbaarstelling van overtreding van de norm in de sfeer van het strafrecht op een ander, hoger niveau van overtreding te situeren – het omgekeerde is om evidente redenen onmogelijk. Een voorbeeld van een geval waarin gekozen is om de strafrechtelijke norm hoger te leggen, betreft paulianeuze handelingen. De strafrechtelijke norm is inhoudelijk identiek aan hetgeen is opgenomen in de artikelen 42 en 47 Fw. Echter waar laatstgenoemde bepalingen geen onderscheid maken tussen handelen dat opzettelijke of culpoos geschiedt, concentreert de strafwet in de artikelen 341 en 343 Sr zich enkel op opzettelijk handelen gericht op benadeling van schuldeisers. Dit markeert een belangrijk verschil tussen het faillissementsrecht en het strafrecht. Het strafrecht wordt dus niet 'ineens' van toepassing wanneer de civiele rechter een bepaalde rechtshandeling in een langslappende gerechtelijke procedure zoals Van Dooren q.q./ABN AMRO uiteindelijk toch als paulianeus aanmerkt op grond van de Faillissementswet.

Alle gedragingen die in de artikelen 194 en 340 tot en met 344 Sr zijn strafbaar gesteld vereisen de omstandigheid dat het faillissement is ingetreden of een schuldsaneringsregeling van toepassing is geworden. In artikel 194 Sr gaat het enkel om gedragingen die zich afspelen tijdens het faillissement of toepassing van de schuldsaneringsregeling. De artikelen 340 tot en met 344b Sr zien alle tevens op gedragingen die worden verricht vóór intreding van het faillissement of (voor zover het de artikelen 341, 344, 344a en 344b Sr betreft) toepassing van de schuldsaneringsregeling. In dat geval is het uitspreken van het faillissement of het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid, zonder welke geen voltooid delict of strafbare poging mogelijk is. Dat de strafbepalingen grotendeels zien op gedragingen vóór het faillissement dient helder in de delictomschrijvingen tot uitdrukking te komen: dit geschiedt door dit expliciet aan te geven en daarnaast door gebruik van de tegenwoordige en voltooid tegenwoordige tijd bij het omschrijven van strafbaar gestelde gedragingen.

Voorts is het opzetverband in de bepalingen tegen het licht gehouden. Alle in het kader van faillissementsfraude strafbaar gestelde gedragingen dienen opzettelijk te worden begaan. Echter is in een aantal gevallen aanvullend opzet van de dader vereist, gericht op (het intreden van) het faillissement en de daaruit voortvloeiende benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden. In plaats van de term 'ter bedrieglijke verkorting', waarmee dit opzet tot dusver tot uitdrukking wordt gebracht, kiest het voorstel voor een term – 'wetende dat een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld' – die nauwer aansluit bij de standaardwijzen die in het wetboek worden gebruikt

om het opzetverband aan te duiden. Tevens kan hiermee de inhoudelijke wijziging worden gemarkeerd die in de rechtspraak door de jaren heen heeft plaatsgevonden in de uitleg van het opzetverband. 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.

Ten slotte wordt voorgesteld een duidelijk onderscheid aan te brengen tussen de strafbaarstelling van enerzijds delicten gepleegd in het kader van het faillissement van een natuurlijk persoon en anderzijds delicten gepleegd in verband met het faillissement van een rechtspersoon (of vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid). In meerdere adviezen werd gevraagd naar de reden hiervoor. Thans is dit onderscheid al deels aanwezig in het wetboek: de delictomschrijvingen van de artikelen 340 en 341 Sr zien op 'hij die in staat van faillissement is verklaard', terwijl de artikelen 342 en 343 Sr de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon adresseren. Verwarrend is echter doordat de adressaat van de artikelen 340 en 341 met toepassing van artikel 51 Sr een rechtspersoon kan zijn, via die weg ook aansprakelijkheid kan worden geconstrueerd voor de bestuurders in de zin van leidinggevend van de rechtspersoon. Daarmee kunnen deze bepalingen tevens toepassing vinden in geval van faillissement van een rechtspersoon, terwijl de artikelen 342 en 343 Sr die de bestuurder en commissaris van een failliete rechtspersoon rechtstreeks adresseren, zich thans op hun beurt niet heel specifiek richten op de omstandigheden van het faillissement van een rechtspersoon. Op basis van het onderscheid dat het wetsvoorstel wil aanbrengen, kan de strafrechtelijke normstelling in het vervolg preciezer worden toegesneden op het faillissement van een rechtspersoon en de relevante gedragingen van betrokken bestuurders en commissarissen in dat verband. Bovendien kan de jurisprudentie zich waar nodig gescheiden ontwikkelen.

4. De inlichtingenplicht en de administratieve verplichtingen

4.1 Inleiding

Het is voor de afwikkeling van een faillissement van groot belang dat de curator kan beschikken over de volledige administratie van de failliet. Ook dienen de failliet en andere direct betrokkenen beschikbaar te zijn om vragen van de curator en andere betrokkenen (bij de verificatievergadering) te beantwoorden. Deze medewerking is essentieel voor de mogelijkheden tot vereffening: zonder adequate informatie en medewerking kan de boedel van de failliet niet worden verdeeld en worden schuldeisers benadeeld. De curator zal immers niet kunnen vaststellen welke activa de onderneming nog bezit, of er vorderingen uitstaan etc.

In het wetsvoorstel versterking positie curator zal de uit de inlichtingen- en medewerkingsplicht voortkomende afgifteplicht van de administratie apart worden geformuleerd. Datzelfde geschiedt in dit voorstel wat betreft de strafrechtelijke bekrachtiging van de norm. De inlichtingenplicht – bekrachtigd in artikel 194 Sr – kan in dit wetsvoorstel aldus worden onderscheiden van de andere administratieve verplichtingen, bestaande uit de verplichting om een zorgvuldige administratie te voeren, om deze administratie te bewaren en ten slotte om deze in geval van faillissement af te dragen aan de curator.

In enkele adviezen werd gevraagd naar de verenigbaarheid van de voorstellen tot strafrechtelijke sanctionering van overtreding van de inlichtingenplicht en de administratieplicht met het verbod op zelf-incriminatie (*nemo tenetur*), dat onder andere voortvloeit uit artikel 6, eerste lid, EVRM. Daarbij werd gewezen op de uitspraak van het EHRM van 5 april 2012 (*Chambaz t. Zwitserland*). Vooropgesteld moet worden dat ook thans reeds het niet voldoen aan de inlichtingenplicht bij faillissement (artikel 194 Sr) en het niet-afgeven van de administratie aan de curator (artikelen 340, 341, 342 en 343 Sr) strafbaar zijn. Het gaat om bepalingen waarmee in de praktijk ervaring is opgedaan wat betreft toepassing zonder inbreuk te maken op de door artikel 6 EVRM beschermde fundamentele rechten. Van belang is hierbij op de eerste plaats dat strafdreiging tegen overtreding van de inlichtingenplicht en administratieplicht geen strafvorderlijk doel heeft, maar volledig ten dienste staat van de afwikkeling van het faillissement: de curator kan tegen de achtergrond van de strafbaarstelling rekenen op de voor afhandeling van het faillissement cruciale administratie van de failliet en waar nodig, aanvullende inlichtingen. Er is nog geen sprake van strafrechtelijk onderzoek, laat staan een criminal charge tegen de desbetreffende persoon. Het is natuurlijk niet uitgesloten dat de inlichtingen die de failliet aan de curator verstrekt uiteindelijk leiden tot de conclusie dat mogelijk fraude is gepleegd en aangifte moet worden gedaan van een strafbaar feit. In zijn algemeenheid zullen deze verklaringen vervolgens, daar zij zijn verkregen onder dreiging van sanctie, wel aanleiding kunnen vormen voor een strafrechtelijk onderzoek via aangifte of gebruik van de informatie als startinformatie, doch niet als bewijs in een strafzaak tegen degene die de inlichtingen heeft verstrekt kunnen worden gebruikt. Dit laatste geldt overigens alleen indien en voor zover deze inlichtingen betrekking hebben op een strafbaar feit ten aanzien waarvan de inlichtingenplichtige tot verklaren werd gedwongen. Artikel 6 EVRM legt geen beperking op indien de in het kader van de inlichtingenplicht afgelegde verklaringen zelf een strafbaar feit opleveren, omdat de inlichtingenplichtige hiermee niet correct aan de inlichtingenplicht heeft voldaan – in de zin van gezwegen of gelogen. Deze foutieve verklaringen zijn dan wel bruikbaar als

bewijs in de betreffende strafzaak; dat wil zeggen in het kader van een vervolging wegens overtreding van artikel 194 Sr of – wanneer door die ontoereikende of valse verklaring een goed is onttrokken aan de boedel – ten behoeve van vervolging op grond van de artikelen 341 of 343 Sr. Met betrekking tot het afgeven van de administratie aan de curator laat artikel 6 EVRM meer ruimte voor een eventueel later gebruik als strafrechtelijk bewijs. Het betreft immers zogenoemde wilsonafhankelijke gegevens, niet betreffende verklaringen van de betrokkene noch documenten waarvan het bestaan slechts door toedoen van verklaringen van de betrokkene bekend is geworden (Hoge Raad 19 september 2006, NJ 2007, 39) (zie ook Hoge Raad 12 juli 2013, LJN: BZ3640 en conclusie AG).

4.2 De inlichtingenplicht

Artikel 194 Sr voorziet in sanctionering van de inlichtingenplichten die bestaan op grond van de Faillissementswet. Voorgesteld wordt de delictsomschrijving te vereenvoudigen. Het is niet goed doenlijk om in de delictsomschrijving een uitputtende opsomming te geven van degenen op wie de verplichting rust, aan welke personen inlichtingen moeten worden verschaft of voor wie moet worden verschenen. Evenmin kan in beknopte vorm een omschrijving worden gegeven van de omstandigheden waaronder de verplichting bestaat. Daarom wordt voorgesteld de verplichting vereenvoudigd vorm te geven en in de bepaling te spreken van 'wettelijk verplicht'. Daarmee wordt verwezen naar de artikelen 105 e.v. Fw, alsmede naar de artikelen 116 en 117 Fw. Kort gezegd richt de inlichtingenplicht zich daarmee tot de failliet (eerste lid) en tot de persoon die in enige gemeenschap van goederen is getrouwd met de failliet of de persoon die met de failliet in enige gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap is aangegaan (tweede lid). De zinsnede 'in het faillissement van een ander' in het tweede lid betreft voorts mede een rechtspersoon, waardoor de bepaling eveneens van toepassing is op bestuurders en commissarissen van een failliete rechtspersoon. Het gaat daarbij ook om degenen die op het moment van afhandeling van het faillissement bestuurder of commissaris zijn, maar nadrukkelijk ook om hen die ten tijde van het intreden van het faillissement of daarvoor bestuurder of commissaris waren. In het kader van het concept-wetsvoorstel tot versterking van de positie van de curator, zal dit worden verduidelijkt. Het voorgestelde artikel behoeft door de gekozen formulering (de verwijzing naar wettelijke plichten) bij die verduidelijking van de inlichtingenplicht in de Faillissementswet geen wijziging teneinde te kunnen voorzien in strafrechtelijke handhaving van de daarin neergelegde norm.

4.3 De sleutelpositie van de administratie-, bewaar- en afgifteplicht bij bestrijding van faillissementsfraude

De handhaving van de administratie-, bewaar- en afgifteplicht is thans verspreid over verschillende delictsomschrijvingen, de artikelen 340 tot en met 343 Sr. De huidige bepalingen – in het bijzonder de artikelen 341, onderdeel a, onder 4°, en 343, onderdeel 4°, Sr – 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. Dit wetsvoorstel wil hierin verandering brengen vanuit de gedachte dat een onvolledige administratie vrijwel altijd nadelige gevolgen voor de rechten van schuldeisers kan hebben. Belangrijk is voorts dat hierdoor vaak zowel in praktische als formele zin geen aanknopingspunten te vinden zijn om verder te rechercheren: door de lacuneuze boekhouding ontbreekt niet zelden cruciale informatie die bijvoorbeeld zou kunnen wijzen op strafbare onttrekking van goederen aan de boedel. Dit leidt in de praktijk tot het risico dat fraudeurs niet kunnen worden aangepakt.

Een strafbaarstelling van het niet naleven van de administratieve verplichtingen vervult in dit opzicht een sleutelpositie bij de bestrijding van faillissementsfraude. Het voorschrift gaat laakbaar handelen tegen dat een adequate afhandeling van het faillissement frustreert en biedt daarnaast een aangrijpingspunt om de gang van zaken rond een faillissement te kunnen onderzoeken en mogelijke fraudepraktijken bloot te leggen. Voorgesteld wordt de aangescherpte strafbaarstelling gewijd aan de administratie-, bewaar- en afgifteplicht op te nemen in nieuwe artikelen 344a en 344b Sr. Deze strafbepalingen worden in artikel 67, eerste lid, Sv aangemerkt als misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis kan worden toegepast, waardoor adequate bevoegdheden tot opsporing voorhanden zijn.

In de voorgestelde nieuwe delictsomschrijvingen wordt gesproken van de 'wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers'. Hiermee wordt bedoeld op de civielrechtelijke normen die ter zake zijn neergelegd in de artikelen 2:10 en 3:15i BW, alsmede artikel 5, eerste lid, juncto artikel 1, tweede lid, van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, die thans alle afzonderlijk worden genoemd in de artikelen 340 tot en met 343 Sr.

4.4 De afgifteplicht

Op dit moment is het niet voldoen aan de verplichting tot afgifte van de boekhouding van de failliet (natuurlijke persoon of rechtspersoon) aan de curator strafbaar gesteld in de artikelen 340, onderdeel 3°, en artikel 342, onderdeel 3°, Sr en tevens in de artikelen 341, onderdeel a, onder 4°, en 343, onder 4°. De strafbaarstelling zet artikel 92 Fw kracht bij: laatstgenoemd voorschrift bepaalt dat de curator de boedel inclusief boekhouding van de failliet onder zich moet nemen. De afgifteplicht, die in de literatuur ook wel als onderdeel van de inlichtingenplicht wordt gezien, ligt in het verlengde van de administratieplicht en de bewaarplicht. Deze plicht ziet immers op het ter beschikking stellen van de gevoerde en bewaarde administratie aan de curator. Indien er in strijd met de geldende voorschriften niet is geadministreerd of de administratie vervolgens niet is bewaard, kan deze ook niet worden afgegeven. Dan wordt niet de afgifteplicht geschonden, maar de administratieplicht en/of de bewaarplicht. Een en ander onderstreept de spilfunctie van de administratieve verplichtingen en maakt tegelijkertijd duidelijk dat handhaving van alle te onderscheiden onderdelen hiervan van belang is. Daarbij moet worden vastgesteld dat overtreding van elk van de onderdelen van de administratieve verplichtingen evenzeer de afwikkeling van een faillissement kan frustreren. Het wetsvoorstel strekt ertoe de afgifteplicht te herpositioneren en in het voorgestelde artikel 344a Sr – vanwege de nauwe verwevenheid – samen met de administratie- en bewaarplicht onderwerp te maken van een autonome strafbaarstelling. Dit heeft tot gevolg dat een eenduidige verplichting ontstaat, die – mede op grond van de gekozen strafbedreiging (maximaal twee jaar gevangenisstraf) – een krachtig handvat biedt voor strafrechtelijk optreden tegen faillissementsfraude.

4.5 De administratieplicht en bewaarplicht

In de huidige artikelen 341, onderdeel a, onder 4°, en 343, onderdeel 4°, Sr is handhaving van de administratieplicht en bewaarplicht strafbaar gesteld als bedrieglijke bankbreuk. Voor deze misdrijven geldt het vereiste dat de dader opzet moet hebben gehad, in die zin dat hij met de gedraging bewust tenminste de aanmerkelijke kans heeft aanvaard op benadeling van schuldeisers. Dit betekent dat ten tijde van de strafbaar gestelde gedraging – het niet voeren of bewaren van de administratie – het vooruitzicht van een faillissement moet bestaan (vgl. Hoge Raad 5 april 2011, LJN: BP4391; Hoge Raad 16 februari 2010, LJN: BK4797). Dit laatste zal niet altijd gemakkelijk zijn te bewijzen, terwijl die omstandigheid voor de verwijtbaarheid van het nalatig gedrag minder van betekenis is. Prof. Hilverda heeft daarom het voorstel gedaan om overtreding van de boekhoud- en bewaarplicht zonder het opzet op het intreden van het faillissement strafbaar te stellen (Hilverda 2012, p. 25–43). In het voorgestelde artikel 344a Sr is het beschermde belang van het waarborgen van een betrouwbare basis voor afwikkeling van het faillissement vooropgesteld. Dit komt tot uitdrukking door het gevolg in de delictomschrijving een plaats te geven. Opzet op het benadelen van de schuldeisers is niet langer vereist. Ten aanzien van het gevolg zal een eenvoudig bericht van de curator volstaan dat hij wordt gehinderd in zijn werkzaamheden.

Het centraal stellen van het gevolg laat ook de ruimte om overtredingen van de administratie- en bewaarplicht (anders dan de afgifteplicht) die weinig tot geen schade opleveren voor de afwikkeling van het faillissement buiten beschouwing te laten. In meerdere adviezen werd bepleit dat kleine overtredingen van de administratieplicht niet strafrechtelijk zouden moeten worden vervolgd. Verder kan, indien dit is aangewezen wegens afwezigheid van kwade bedoelingen, van strafrechtelijke vervolging van kleine en iets grotere onzorgvuldigheden worden afgezien op grond van het opportuniteitsbeginsel. Dat kan het geval zijn in het door de NVB genoemde voorbeeld, waarin door nijpend geldgebrek een laatste update door een boekhouder of controller niet meer heeft plaatsgevonden.

In het huidige artikel 342, onderdeel 3°, Sr is in aanvulling op het opzettelijk niet voldoen aan de administratie- of bewaarplicht ook strafbaar gesteld het verwijtbaar niet voldoen aan de administratie- of bewaarplicht door bestuurders en commissarissen van een rechtspersoon. Voortbouwend op deze bepaling is in het voorgestelde artikel 344b Sr eveneens het verwijtbaar niet-administreren of niet-bewaren strafbaar gesteld. Daarbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan het uitbesteden van de administratie aan derden, en daar vervolgens onvoldoende toezicht op uitoefenen. Een ander voorbeeld betreft het bewaren van de administratie op een daartoe ongeschikte plaats, zoals in de kofferruimte van een auto die wordt geparkeerd op een verlaten parkeerterrein, met als gevolg dat de administratie kwijt raakt.

Anders dan hetgeen de gecombineerde commissie vennootschapsrecht naar voren bracht zijn de eisen die in het kader van het BW moeten worden gesteld aan de administratieplicht voldoende duidelijk om strafrechtelijk te handhaven. Bovendien plaatst de voorgestelde delictomschrijving deze eisen in de specifieke context van datgene wat de afhandeling van het faillissement bemoeilijkt, door dit als gevolg te verlangen. Hieruit blijkt dat gaat om gebreken die van dien aard en omvang zijn dat zij de afhandeling van een faillissement bemoeilijken. Daarvan zal in ieder geval sprake zijn bij het ontbreken van delen van de administratie, dat het de curator onmogelijk maakt om op eenvoudige en

effectieve wijze de activa en de passiva van de onderneming te bepalen of de aard en omvang van de verrichte transacties in de aanloop naar het faillissement in kaart te brengen. Het deel van de delictsomschrijving dat betrekking heeft op het gevolg van 'bemoeilijking van de afhandeling' van het faillissement, is onttrokken aan het opzet en schuldverband, waardoor ook geen opzet of schuld ten aanzien van het gevolg behoeft te worden bewezen. De Rvdr vroeg om verheldering op dit punt.

4.6 Algemene strafbaarstelling administratieplicht in WED

In aanvulling op de artikelen 344a en 344b Sr wordt voorgesteld het niet-voeren van administratie, ook onafhankelijk van het intreden van een faillissement, zelfstandig strafbaar te stellen als WED-delict. In het bijzonder de administratievoorschriften van de artikelen 2:10 en 3:15i BW vormen in de ogen van het kabinet om een belangrijke zorgvuldigheidsnorm die een ieder die deelneemt aan het economische verkeer dient na te leven. De genoemde artikelen leggen een verplichting tot het voeren van een behoorlijke administratie op aan het bestuur van een rechtspersoon respectievelijk aan een ieder die een bedrijf of zelfstandig beroep uitoefent. Niet naleving van deze norm is op dit moment evenwel niet gesanctioneerd. Wel bevat de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) een strafbaarstelling die in het verband van het niet-voldoen aan verplichtingen tot vaststelling van de juiste belastingschuld is opgenomen (vgl. de artikelen 68, eerste lid, en 69, eerste lid, AWR).

De relatie tussen handhaving van de administratieplicht als zorgvuldigheidsnorm en de doelstelling van onderhavig voorstel is meerledig. Een zorgvuldige administratie is allereerst noodzakelijk om een onderneming gezond te houden. Een gebrekkige administratie heeft tot gevolg dat het inzicht in de financiële huishouding en de transparantie die nodig zijn voor een adequate interne controle in een bedrijf ontbreken. In die zin helpt een zorgvuldige boekhouding om fraude of wanbeheer te voorkomen, die op hun beurt tot een faillissement kunnen leiden. Zoals hierboven uitgebreid aan de orde gesteld is het ten slotte een gegeven dat het ontbreken van een zorgvuldige administratie de mogelijkheden tot herstel en vereffening ernstig bemoeilijkt als het onverhoopt tot het faillissement van een onderneming komt.

Tegen deze achtergrond stel ik voor het niet-naleven van de administratieverplichtingen aan te merken als economisch delict onder artikel 1, onderdeel 4°, van de Wet op de economische delicten (met een maximumstraf van zes maanden hechtenis en geldboete van de vierde categorie). In de meeste ontvangen adviezen werd instemming betuigt met dit voorstel. Wel werd gevraagd naar de wijze waarop deze strafrechtelijke norm zou worden gehandhaafd.

Zoals het OM in zijn advies het voorstelde, is het niet de bedoeling om op basis van de strafbaarstelling actief aan ondernemers te gaan vragen om inzage te geven in de wijze waarop zij aan de administratieverplichtingen voldoen. Noch zal het zo zijn dat een (voorlopig) afgekeurde jaarrekening bijvoorbeeld een strafrechtelijk vervolg zou dienen te krijgen. Het gaat er daarentegen om, dat indien in een onderzoek naar (andere) strafbare feiten blijkt dat niet kan worden beschikt over een goede administratie, hiervoor een straf – in de praktijk zal dat in de meeste gevallen een geldboete zijn – kan worden opgelegd, waar tot op heden de overtreding van deze norm niet is gesanctioneerd.

5. Strafbaar handelen bij een faillissement van een natuurlijke persoon

In de artikelen 340 en 341 Sr zijn gedragingen strafbaar gesteld in het kader van een faillissement van een natuurlijk persoon.

Artikel 340

Artikel 340 Sr, aangepast zoals voorgesteld, bevat in het vervolg nog maar één strafbare gedraging. De huidige onderdelen 2° en 3° van artikel 340 Sr kunnen vervallen. Het huidige tweede onderdeel dat ziet op het aangaan van financiële verplichtingen, kan in gevallen waarin sprake is van strafwaardig handelen – in geval van buitensporige uitgaven – eveneens vervolgd worden op grond van de nieuwe delictsomschrijving van artikel 340 Sr. In het derde onderdeel was voorheen de afgifteplicht geregeld; deze wordt overgeheveld naar het nieuwe artikel 344a Sr.

De nieuwe delictsomschrijving van artikel 340 Sr is grotendeels gebaseerd op het oude onderdeel 1°. Zij stelt strafbaar het doen van buitensporige uitgaven, ten gevolge waarvan een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld. De strafbare gedraging situeert zich daarmee vóór het intreden van het faillissement, zij het dat strafbaarheid eerst intreedt als het faillissement volgt. Dit wordt duidelijker dan voorheen tot uitdrukking gebracht in de delictsomschrijving, door dit expliciet te vermelden en daarbij de strafbaar gestelde handeling in voltooid tegenwoordige tijd op te nemen. Door vervanging van de term 'verteringen' door 'uitgaven' wordt verduidelijkt dat het om buitensporige uitgaven zowel buiten als binnen de context van een bedrijf gaat. Beide kunnen relevant zijn bij het faillissement van een natuurlijk persoon, bijvoorbeeld als deze een eenmanszaak drijft.

Voor het vervullen van de delictsomschrijving geldt – ter nadere indicatie van het strafwaardige van de gedraging – het vereiste dat de gedraging een gevolg moet hebben gehad: de benadeling van een of meer schuldeisers. Opzet op het gevolg van benadeling van schuldeisers is niet vereist (Hoge Raad 13 december 2011, NJ 2012, 9). Die benadeling zal wel na het intreden van het faillissement moeten worden vastgesteld, maar behoeft niet onherstelbaar te zijn – bijvoorbeeld doordat succesvol een Actio Pauliana kan worden ingezet. De voorgestelde delictsomschrijving rechtvaardigt in die zin ook een hogere strafbedreiging: een maximumstraf van twee jaren gevangenisstraf in plaats van een jaar.

In de delictsomschrijving ligt de nadruk op het buitensporige karakter van de uitgaven. Graag verduidelijk ik dat 'buitensporig' reeds in de bestaande delictsomschrijving voorkomt en in de rechtspraak invulling heeft gevonden. Het gaat in die zin dus niet om de introductie van een 'open norm', waarvoor aandacht werd gevraagd in verschillende adviezen. In de rechtspraak wordt 'buitensporig' uitgelegd als 'volstrekt onredelijk'. In de eerdergenoemde uitspraak van de Hoge Raad van 13 december 2011, NJ 2012, 9 wordt aan 'buitensporig' onder andere de betekenis gegeven dat de uitgaven hetzij niet met de inkomsten in verhouding hebben gestaan hetzij bij verminderde inkomsten onnodig groot gehouden of vermeerderd zijn. In het geval de failliet een onderneming bedrijft moet 'buitensporig' waar het gaat over uitgaven voor dat bedrijf eveneens worden uitgelegd als volstrekt onredelijk. Te denken valt aan de aanschaf van dure sportauto's op kosten van de zaak – het handhaven van een zeer hoge levensstandaard ten laste van de onderneming terwijl de onderneming verliesgevend is, of het op grote schaal speculeren met de eigen middelen van een onderneming. Als maatstaf geldt telkens of het bewuste handelen buitensporig is, in de zin van volstrekt onredelijk; het gaat in de context van een onderneming om geen reëel economisch doel dienende en vanuit het oogpunt van goed ondernemerschap onverklaarbare handelingen. Bij beoordeling hiervan staat verder duidelijk het moment van handelen centraal; niet de kennis achteraf dat een bepaalde investering desastreuze gevolgen heeft gehad. Overigens zullen gedragingen die hieronder kunnen worden gebracht, regelmatig tevens kunnen worden gekwalificeerd als het onttrekken van een goed aan de boedel in de zin van de artikelen 341 en 343 Sr.

Artikel 341

De wijzigingen die zijn doorgevoerd in de strafbaarstelling van opzettelijke faillissementsfraude in artikel 341 Sr staan in het teken van verbetering en vooral vereenvoudiging van de delictsomschrijving.

Allereerst worden de subonderdelen 1° en 2° (zowel onder de onderdelen a als b) vervangen door het 'onttrekken van enig goed aan de boedel'. Onder dit begrip kunnen immers zowel het verdichten van lasten als het niet verantwoorden van baten (thans naast het onttrekken als gedraging opgenomen in subonderdeel 1°) als het om niet of klaarblijkelijk beneden de waarde vervreemden (thans opgenomen in subonderdeel 2°) worden geschaard. In deze gevallen is telkens sprake van het opzettelijk en wederrechtelijk buiten het bereik en beheer van de te benoemen of benoemde curator brengen van een vermogensbestanddeel, en daarmee van het onttrekken van een goed aan de boedel, althans een strafbare poging daartoe (zie Hilverda 2009, p. 277–279 en 468). Ook de Rvdr wees hierop in zijn advies. Deze vereenvoudiging is eveneens doorgevoerd in de artikelen 343 en 344 Sr.

Het gaat in artikel 341 Sr om gedragingen die opzet vereisen. In de huidige redactie wordt in dat verband in de bepalingen nog gesproken van 'ter bedrieglijke verkorting'. Hiermee wordt een aanvullend opzet tot uitdrukking gebracht. Lange tijd werd ervan uitgegaan dat dit de vorm van 'het oogmerk op' had, hetgeen een sterke wil van de verdachte op het benadelen van schuldeisers verlangde (anders: Hilverda 2009, p. 193–198). Recente rechtspraak van de Hoge Raad geeft aanleiding om definitief van deze lezing van het bestanddeel af te stappen. In een tweetal arresten heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat voor het vervullen van delictsbestanddeel 'ter bedrieglijke verkorting' zogenoemd voorwaardelijk opzet volstaat; het bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat door de gedraging schuldeisers benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden (zie Hoge Raad 11 mei 2010, LJN: BL7662 en Hoge Raad 9 februari 2010, NJ 2010, 104) (zie B.F. Keulen, Voorwaardelijk opzet als algemene ondergrens van opzet?, in J.W. Fokkens e.a., *Ad hunc modum*; opstellen over materieel strafrecht – liber amicorum A.J. Machielse, Kluwer, Deventer 2013, p. 183–192 en Hilverda, 2012, p. 93–98). Voorgesteld wordt, mede in het licht van deze jurisprudentiële ontwikkelingen, in de nieuwe formulering van artikel 341 Sr te kiezen voor een andere meer gebruikelijke formulering van het subjectieve bestanddeel – 'wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld'. Daardoor wordt ook in de wettekst duidelijk tot uitdrukking gebracht dat dit subjectieve bestanddeel tevens voorwaardelijk opzet omvat. Voor beoordeling van dit begeleidend opzet is het moment waarop het strafbare handelen plaatsvindt bepalend, zoals de NVB in haar advies opmerkte. 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 (vgl. Hoge Raad 9 februari 2010, NJ 2010, 104).

Onderdeel 2°-nieuw heeft betrekking op de bevoordeling van een schuldeiser ten nadele van andere schuldeisers. Voor zover de bevoordeling is geschied tijdens faillissement, staat uit de aard van het faillissement de wederrechtelijkheid en strafwaardigheid van het strafbaar gestelde vast: de gefailleerde heeft immers niet meer de beschikking en het beheer over zijn vermogen (artikel 23 Fw). Voor zover de bevoordeling plaatsvindt voorafgaande aan het faillissement sluit de strafbaarstelling aan bij de normen die het faillissementsrecht in dezen stelt, in het bijzonder de artikelen 42 en 47 Fw. Daarnaast wordt verwezen met de term 'wederrechtelijk'. Artikel 42 Fw richt zich op rechtshandelingen die onverplicht zijn verricht (o.a. betaling van een niet-opeisbare schuld, of onverplichte zekerheidsstelling in verband met een opeisbare schuld, of verkoop van een goed aan de schuldeiser onder verrekening van de koopprijs met een opeisbare schuld). Door opnemings van 'wederrechtelijk' wordt voorkomen, het OM vroeg hiernaar in zijn advies, dat een gedraging van de zijde van de schuldenaar die in het licht van de norm uit de artikelen 42 en 47 Fw toelaatbaar is, strafbaar is, namelijk omdat een schuldeiser hierdoor ten nadele van de andere schuldeisers wordt bevoordeeld. Artikel 47 Fw ziet op voldoening van opeisbare schulden door de rechtstreekse voldoening van het verschuldigde onder laakbare omstandigheden: daarvan zal sprake zijn indien dit geschiedt wetende dat het faillissement reeds was aangevraagd of ten gevolge van overleg met de schuldeiser in de zin van artikel 47 Fw.

6. Strafbaar handelen bij een faillissement van een rechtspersoon

Een van de verbeteringen die het wetsvoorstel brengt is dat op basis van een helder onderscheid tussen enerzijds gedragingen rond het faillissement van een natuurlijk persoon en anderzijds gedragingen in het kader van het faillissement van een rechtspersoon, strafbaarstellingen in laatstgenoemde situatie beter kunnen worden toegesneden op de gedragingen van betrokken bestuurders en commissarissen. Dit komt tot uiting in de voorgestelde herformulering van de artikelen 342 en 343 Sr, alsmede door uitbreidingen van het begrip 'bestuurder van een rechtspersoon' gebezigd in deze strafbepalingen, opgenomen in artikel 348a-nieuw Sr. De reden voor dit onderscheid is in paragraaf 3 reeds aan de orde gekomen. Op grond van de daar geschetste structuur en beweegredenen wordt duidelijk dat ik een andere benadering voorsta dan de Rvdr. De Rvdr pleitte in zijn advies voor het hanteren van één kader voor strafbaarstelling, dat in het geval de failliet een rechtspersoon betreft zou kunnen worden ingevuld door artikel 51 Sr. Het wetsvoorstel richt zich echter juist op het onderscheiden van situaties van het faillissement van een natuurlijk persoon en van een rechtspersoon. Er zijn ook meer technische redenen om deze benadering niet te verkiezen. Zo ziet artikel 2:10 BW enkel op administratieve verplichtingen voor bestuurders en niet voor de rechtspersoon zelf. Verder moet worden gewezen op het feit dat op het moment dat een afgifteplicht van de administratie jegens de curator ontstaat er geregeld formeel noch feitelijk een bestuurder van de rechtspersoon meer is en het gegeven dat de inlichtingenplicht ook kan rusten op voormalig bestuurders van de rechtspersoon. Dit alles staat in die gevallen in de weg aan het daderschap van de rechtspersoon en daarmee aan de mogelijkheid om strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders via aansprakelijkheid van de rechtspersoon en diens feitelijk leidinggevendenden te bewerkstelligen. Ten overvloede wordt opgemerkt dat vervolging van de failliete rechtspersoon, zo al mogelijk, niet zinvol is.

De strafbaarstellingen van de nieuwe artikelen 342 en 343 Sr richten zich – net als de oude artikelen 342 en 343 Sr – ook op gedragingen gepleegd vóór intreding van het faillissement. Dit is nu met zoveel woorden in de desbetreffende delictsomschrijvingen tot uitdrukking gebracht. Het gegeven dat het kan gaan om gedragingen vóór het faillissement, betekent tevens dat op grond van deze strafbepalingen ook strafbaar zijn personen die bij het intreden van het faillissement reeds geen bestuurder of commissaris van de rechtspersoon meer zijn, maar eerder toen zij nog wel die hoedanigheid hadden zich schuldig hebben gemaakt aan strafbare gedragingen. Ook zijn strafbaar oud-bestuurders, indien zij in het kader van de faillissementsrechtelijke inlichtingenplicht die op hen rust ten aanzien van de periode dat zij bestuurder waren, tijdens het faillissement aan de curator opzettelijk foutieve inlichtingen verschaffen of de afgifteplicht overtreden, waarmee zij zich naast aan overtreding van artikel 194 Sr in voorkomende gevallen ook schuldig maken aan onttrekking van goederen, strafbaar gesteld in artikel 343 aanhef en onderdeel 1°-nieuw Sr of aan het misdrijf van artikel 344a, tweede lid, onderdeel 1°-nieuw Sr.

Artikel 342

De delictsomschrijving van artikel 342 Sr wordt ingrijpend gewijzigd. De bepaling die thans bestaat uit drie onderdelen wordt gereduceerd tot strafbaarstelling van één gedraging, te weten het buitensporig verbruiken, uitgeven of vervreemden van middelen van de rechtspersoon, gepleegd voor het intreden van een faillissement.

Het huidige eerste onderdeel – met betrekking tot handelen in strijd met de statuten – vindt in de praktijk geen toepassing. Het gaat, voor zover het gepaard gaat met het buitensporig uitgeven van middelen van de rechtspersoon, op in de nieuw delictsomschrijving van artikel 342 Sr. Het huidige tweede onderdeel dat ziet op het aangaan van financiële verplichtingen, kan in gevallen waarin sprake

is van strafwaardig handelen – wederom indien en voor zover de handeling valt aan te merken als het buitensporig uitgeven van middelen van de rechtspersoon – eveneens vervolgd worden op grond van de nieuwe delictomschrijving. Het derde onderdeel, dat zag op het strafbaarstelling van het verwijtbaar niet voldoen aan de administratie-, bewaar- en afgifteplicht, is verplaatst naar de artikelen 344a en 344b Sr.

In zijn nieuwe redactie is artikel 342 Sr een pendant van de strafbaarstelling van buitensporige uitgaven in artikel 340-nieuw Sr, die hier wordt geplaatst in de sleutel van goed ondernemerschap. Voor het vervullen van de strafbaarstelling is opzet op het faillissement niet vereist; wel moet het handelen tot gevolg hebben dat één of meer schuldeisers zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Bij het buitensporig verbruiken, uitgeven, of vervreemden van middelen kan worden gedacht aan de grootschalige speculatie met het vermogen van de rechtspersoon in risicokapitaal. Als maatstaf geldt telkens of het bewuste handelen buitensporig is, in de zin van volstrekt onredelijk; het gaat in de context van een onderneming om vanuit het oogpunt van goed ondernemerschap onverklaarbare handelingen. In het advies van de NVB werd gevraagd of een achteraf bezien veel te dure investering in een vernieuwing van ICT zou vallen onder de reikwijdte van de strafbaarstelling omdat deze als buitensporig zou kunnen worden aangemerkt. Dat is waarschijnlijk niet het geval. Leidend is het moment waarop de investering werd gedaan; als die investering toen niet volstrekt onredelijk was, in de zin van geen reëel economisch doel dienende en vanuit het oogpunt van goed ondernemerschap onverklaarbaar, kan deze niet als buitensporig worden aangemerkt. Het gaat uitdrukkelijk dus niet om beoordeling van een handeling met kennis achteraf dat de bewuste investering weinig nut heeft gehad en enkel tot effect heeft gehad dat de financiële situatie van een onderneming is verslechterd. Hiermee wordt ook duidelijk dat de strafbaarstelling geen enkele belemmering vormt voor ondernemers om te investeren en te innoveren, dat gepaard gaat met een zeker (doch geen volstrekt onverantwoord) ondernemersrisico, waar NVB en VNO-NCW en MKB-Nederland in hun adviezen aandacht voor vroegen.

Artikel 343

De strafbepaling van artikel 343 Sr wordt eveneens gewijzigd. De bepaling die thans bestaat uit vier onderdelen, wordt gereduceerd tot drie onderdelen die zich concentreren op gedragingen van bestuurders en commissaris verricht met (voorwaardelijk) opzet op benadeling van schuldeisers van de rechtspersoon.

In het eerste onderdeel van artikel 343-nieuw Sr wordt het onttrekken van enig goed aan de boedel strafbaar gesteld. Omdat onder dit begrip ook zowel het verdichten van lasten als het niet verantwoorden van baten (thans naast het onttrekken als gedraging opgenomen in onderdeel 1^o) als het om niet of klaarblijkelijk beneden de waarde vervreemden (thans opgenomen in onderdeel 2^o) worden geschaard – zie de toelichting op artikel 341 Sr in paragraaf 5 –, komen laatstgenoemde onderdelen niet meer terug in de nieuwe delictomschrijving.

In artikel 343 Sr zijn verder wijzigingen doorgevoerd op het punt van tot uitdrukking brengen van het vereiste aanvullend opzet. Dit geschiedt wederom door opneming van het bestanddeel ‘wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers (van de rechtspersoon) in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld’. Ook is in de nieuwe delictomschrijving expliciet aangegeven dat het gaat om handelingen die kunnen plaatsvinden tijdens het faillissement of vóór het faillissement, zoals die eerder in deze toelichting zijn besproken in het kader van het gewijzigde artikel 341 Sr. Naast de wijzigingen die in dat verband worden voorgesteld, worden de strafbare handelingen in artikel 343 Sr meer gericht op de specifieke situatie en context van de rechtspersoon. Daartoe wordt in een nieuw onderdeel 2^o het opzettelijk ‘buitensporig verbruiken, uitgeven of vervreemden van middelen van de rechtspersoon’ strafbaar gesteld. Het gaat om een gedraging die identiek is aan het hierboven besproken artikel 342-nieuw Sr, en waaraan dezelfde uitleg toekomt, zij het dat het hier gaat om een strafbaarstelling waarbij de bestuurder bij zijn handelen het opzet moet hebben gehad op de benadeling van schuldeisers van de rechtspersoon in hun verhaalsmogelijkheden.

Artikel 348a

Het begrip ‘bestuurder van een rechtspersoon’, zoals dat wordt gebruikt in de strafbaarstellingen met betrekking tot faillissementsfraude, komt een autonome, ruime betekenis toe die in beginsel losstaat van formele criteria als inschrijving in de hoedanigheid van bestuurder in het handelsregister. Ook degenen die feitelijk de rechtspersoon besturen, zonder een officiële functie als bestuurder of commissaris te vervullen, kunnen gelden als bestuurder. Bepalend is in dit verband onder meer of de betreffende persoon het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald, of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder

Voorgesteld wordt dit te verduidelijken in een apart artikel, dat geldt ten aanzien van de gehele Titel

XXVI van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht. Een direct gevolg van het voorgestelde onderscheid tussen faillissementsdelicten bij een faillissement van een natuurlijk persoon en bij een faillissement van een rechtspersoon, is dat het faillissement van entiteiten die als het ware tussen een natuurlijk persoon en een rechtspersoon in staan, onvoldoende geadresseerd worden. Dit wordt tegengegaan door te bepalen dat voor de toepassing van de faillissementsdelicten bestuurders van de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap gelijk worden gesteld met bestuurders van rechtspersonen.

7. Strafbaarstelling van laakbaar handelen onafhankelijk van faillissement

In mijn brief van 26 november 2012 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74) heb ik uitbreiding van de mogelijkheden om strafrechtelijk op te treden vóór een faillissement genoemd als een van de verbeterpunten voor het strafrechtelijk instrumentarium ter bestrijding van faillissementsfraude. In de faillissementstitel in het Wetboek van Strafrecht is reeds een tweetal bepalingen (de artikelen 347 en 348 Sr) opgenomen waarin gedragingen worden strafbaar gesteld zonder dat een faillissement is ingetreden of later intreedt. In het bijzonder artikel 347 Sr is van belang. Dit artikel bevat thans een strafbaarstelling van handelen van een bestuurder in strijd met de statuten, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever reeds eerder het nauwe verband heeft onderkend dat kan bestaan tussen zeer onzorgvuldig handelen in het economisch verkeer, het ernstige nadeel voor een rechtspersoon dat dientengevolge kan ontstaan, de gevaarzetting die dit oplevert in verband met de continuïteit van de rechtspersoon en mogelijk uiteindelijk een faillissement, met benadeling van schuldeisers en alle maatschappelijke schade van dien.

Uitbreiding van de reikwijdte van de strafrechtelijke instrumentarium tot gedragingen die inhoudelijk gelijk zijn aan die welke zijn strafbaar gesteld in geval van faillissement is om twee redenen gewenst. De eerste reden is die van het opheffen van een onwenselijke vorm van rechtsongelijkheid. Laakbare gedragingen (buitensporig middelen vervreemden, verbruiken of uitgeven) blijven thans, hoewel zij materieel overeenkomen, ongestraft, omdat het faillissement bijvoorbeeld met een uiterste krachtsinspanning of ingrijpen en financiële injecties van derden – al dan niet de overheid – kan worden afgewend of het faillissement na een ontbinding ex artikel 2:19, eerste lid, onderdeel a, BW niet meer wordt uitgesproken. Ook kan worden gedacht aan het geval waarin betrokkenen aansturen op een ontbinding van de rechtspersoon die veel schulden heeft – onder meer door het adres van de rechtspersoon uit te schrijven bij de Kamer van Koophandel en geen aangifte vennootschapsbelasting meer te doen – waarmee een formeel faillissement wordt voorkomen en daarmee de vraag naar eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van de faillissementsmisdrijven niet meer kan worden gesteld. De tweede reden is gelegen in de mogelijkheid om met het oog op een naderend faillissement nog in enige mate proactief te kunnen optreden, wanneer er sprake is van frauduleuze handelingen die dreigen uit te monden in een faillissement. Signalen die wijzen op een situatie waarin mogelijk sprake is van een dergelijke situatie kunnen bijvoorbeeld tot de politie, FIOD en OM komen door een aangifte van betrokkenen of informatie van overheidsinstanties als de Belastingdienst. Daarnaast kunnen ook risicomeldingen, gegenereerd door het TRACK-systeem (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 77), een rol spelen. Opsporingsdiensten en het OM kunnen op basis van de voorgestelde strafbaarstelling strafrechtelijk optreden en mogelijk daadwerkelijke of nog zwaardere benadeling van schuldeisers voorkomen.

Om de genoemde redenen wordt voorgesteld om artikel 347 Sr, dat in zijn huidige vorm een zeer beperkt toepassingsgebied heeft – en daardoor in de handhavingspraktijk geen rol van betekenis speelt –, te vervangen door een delictsomschrijving die ziet op strafbaarstelling van frauduleus handelen voorafgaand aan een faillissement, zonder dat het reeds tot een faillissement is gekomen of zal komen. De delictsomschrijving is voor een deel gelijklopend aan de nieuw voorgestelde artikelen 342 en 343, onderdeel 2°, Sr, waarin tevens sprake is van 'buitensporige uitgaven'. Als criterium geldt ook hier het volstrekt onredelijke van het handelen; het gaat om vanuit het oogpunt van goed ondernemerschap onverklaarbare gedragingen. Het gaat feitelijk om buitensporige (dus onredelijke) handelingen die niet alleen een ernstig nadeel opleveren voor de rechtspersoon, maar tevens een gevaar opleveren voor het voortbestaan. Van dergelijke onredelijke handelingen zal geen sprake zijn bij een herstructureringsoperatie, en zeker niet bij toepassing van bijzondere wettelijk geregelde mogelijkheden om in het kader van het gemeenschappelijke belang van de schuldeisers de continuïteit van de onderneming te bewerkstelligen (zoals het in het concept-wetsvoorstellen Continuïteit Ondernemingen I en II geregelde prepack en dwangakkoord), waardoor alle of individuele schuldeisers in voorkomende gevallen wel nadeel kunnen ondervinden.

Ten opzichte van de versie van het concept-wetsvoorstel dat ter advies is rondgezonden, is de delictsomschrijving aangescherpt. In de nieuwe opzet bestaat er geen aanleiding meer voor de vrees die het OM uitsprak dat de strafbaarstelling zou worden aangegrepen om meningsverschillen in het bestuur van een grote onderneming bij de strafrechter uit te vechten of dat claims van teleurgestelde

beleggers in het vervolg vaak tot strafzaken zouden leiden. De strafbepaling beperkt zich tot die gevallen waarin niet alleen sprake is van handelen dat ernstig nadeel oplevert, maar tevens het voortbestaan van de rechtspersoon in gevaar komt. Een voldoende zwaarwegende situatie om met het oog op (voorkoming van) benadeling van schuldeisers en maatschappelijke schade toepassing mogelijk te maken van het strafrecht. Graag voeg ik daar aan toe dat de invulling van het buitensporige handelen ook hier op voorhand voldoende concreet kan worden gemaakt. Het gaat om volstrekt onredelijk handelen: in de context van een onderneming om geen reëel economisch doel dienende en vanuit het oogpunt van goed ondernemerschap niet verklaarbare handelingen. Daarbij geldt ook wederom dat niet kennis achteraf bepalend is, maar beoordeling van hetgeen op het moment van gedraging redelijk kon worden geacht. VNO-NCW en MKB-Nederland vroegen in hun advies om bevestiging hiervan. Het gaat voorts om een zelfstandig te gebruiken bepaling, die niet eerst vaststelling van bestuurdersaansprakelijkheid in een civielrechtelijke procedure of vaststelling van wanbeleid in een enquêteprocedure voor de Ondernemingskamer verlangt. Laatstgenoemde procedures hebben een ander doel, gericht op vaststelling van wanbeleid en bepaling van (financiële) aansprakelijkheid, waar artikel 347 Sr in de kern een gevaarzettingsdelict is met een preventief doel.

Indien sprake is handelen met het oogmerk op persoonlijke verrijking wordt het strafmaximum op grond van het tweede lid verhoogd tot vier jaar gevangenisstraf of een geldboete van de vijfde categorie. Als voorbeeld van een gedraging die valt onder deze delictsomschrijving kan worden gedacht aan een bestuurder-grotaandeelhouder van een onderneming die op onverantwoorde wijze grote delen van de activa laat overhevelen naar privé-projecten. Een ander voorbeeld is een bestuurder die zijn onderneming lukraak een aantal andere ondernemingen laat overnemen teneinde een omzet-gerelateerde beloning die hij ontvangt te doen stijgen.

8. Financiële en capacitaire gevolgen

De doelstelling van het wetsvoorstel – het moderniseren en verbeteren van de effectiviteit van de strafbepalingen inzake faillissementsfraude – brengt niet rechtstreeks financiële gevolgen met zich mee voor de uitvoeringspraktijk. Het betreft immers grotendeels verbetering van de huidige delictsomschrijvingen en maar op enkele kleinere onderdelen een uitbreiding van de strafbaarheid. Het wetsvoorstel heeft vooral een faciliterend karakter. Het wil de praktijk van opsporing en vervolging een beter handvat bieden voor de aanpak van faillissementsfraude. Bedoeling is dat faillissementsfraude eenvoudiger en met de nodige slagkracht kan worden opgespoord. Dit kwam naar voren in de adviezen van de Nationale Politie, het OM en de NVvR. In die zin leidt het voorstel tot een vermindering van beslag op de capaciteit voor opsporing en vervolging. Wel mag worden verwacht dat dit leidt tot meer zaken die kunnen worden vervolgd. De Rvdr zei echter geen substantiële werklastgevolgen op grond van het voorstel te verwachten. In die zin lijkt de aanname gerechtvaardigd dat de werklast verlichtende en werklast verzwarende effecten van het voorstel zich grotendeels zullen uitmiddelen.

Van toenemende lasten voor het bedrijfsleven is geen sprake, omdat de normen waaraan moet worden voldaan – inclusief de administratieplicht – inhoudelijk ongewijzigd blijven.

De effecten van het wetsvoorstel staan echter los van de beoogde versterking van de opsporing en vervolging van faillissementsfraude, zoals hierboven beschreven. Die zal onder andere gestalte krijgen door het maken van prioriterings- en resultaatsafspraken (Kamerstukken II 2013/14, 17 050, nr. 450, blz. 13). De versterking van de aanpak van faillissementsfraude, die ook onafhankelijk van het wetsvoorstel nodig is en in die zin daarvan los staat, zorgt er evenwel voor dat de belangrijke verbeteringen die het wetsvoorstel biedt een substantiële bijdrage kunnen leveren aan de voorgestane versterking van de bestrijding van faillissementsfraude.

II. Artikelsgewijze toelichting

Artikel I

Onderdeel A (Artikel 194 Sr)

Voor de hoofdlijnen van de voorgestelde wijziging van artikel 194 Sr wordt verwezen naar paragraaf 4.2 van het algemene deel van deze toelichting. In aanvulling daarop kan hier nog worden vermeld dat de delictsomschrijving op meerdere punten taalkundig is verbeterd. Zo wordt niet meer gesproken van ‘wettelijk opgeroepen tot het geven van inlichtingen’, maar van ‘wettelijk verplicht tot het geven van inlichtingen’ waarmee niet het vereiste van een betekening of anderszins administratieve handeling voorop wordt gesteld. Verder is verduidelijkt dat het opzettelijk verkeerde inlichtingen geven niet alleen onjuiste inlichtingen betreft, maar tevens onvolledige inlichtingen (zie Hilverda 2012, p. 57–61). Van het voorstel dat door het OM in zijn advies werd gedaan tot verbetering van de redactie van het eerste lid – wijziging van de volgorde van de verschillende tekst delen – is gebruik gemaakt.

Onderdeel B (Artikelen 340 tot en met 344 Sr)

(Artikel 340 Sr)

Voor de toelichting op dit artikel kan worden verwezen naar paragraaf 5 van het algemene deel van deze toelichting.

(Artikel 341 Sr)

Voor een toelichting op dit artikel kan worden verwezen naar paragraaf 5 van het algemene deel van deze toelichting.

(Artikel 342 Sr)

Verwezen wordt naar de toelichting in paragraaf 6 van het algemene deel van deze memorie van toelichting. Daaraan kan worden toegevoegd dat onder 'middelen' worden verstaan alle goederen (zaken en vermogensrechten) die als activa van de rechtspersoon gelden.

(Artikel 343 Sr)

Zie de toelichting in paragraaf 6 van het algemene deel van deze toelichting.

(Artikel 344 Sr)

Artikel 344 Sr stelt een derde strafbaar die voor of tijdens het faillissement goederen uit het faillissement van een ander onttrekt. Tevens wordt de schuldeiser van de failliet strafbaar gesteld indien deze zich voor of tijdens het faillissement op wederrechtelijke wijze bevoordeelt of laat bevoordelen boven andere schuldeisers. Nadere invulling aan de strafrechtelijke norm wordt onder meer gegeven door de artikelen 42 en 47 Fw.

De voorgestelde tekst sluit beter aan bij de normen die zijn neergelegd in de genoemde artikelen van de Faillissementswet. Dit geldt onder andere het schrappen van de aparte strafbaarstelling van het 'bij verificatie van schuldvorderingen' 'een niet bestaande schuldvordering voorwenden' (zie ook Hilverda, 2009, p. 401–403). Dat kan in het vervolg worden vervolgd als zich wederrechtelijk laten bevoordelen of een strafbare poging daartoe. Voorts is het opzetverband gemoderniseerd en is de term 'in het vooruitzicht van', die in de praktijk verwarring opleverde, vervangen door 'voorafgaand aan'.

In enkele adviezen kwam de vraag naar voren of de bepaling moest worden gehandhaafd, in het licht van de mogelijkheid die zou bestaan om de schuldeiser die samen met de latere failliet andere schuldeisers benadeeld, met gebruikmaking van deelnemingsbepalingen (medeplegen, uitlokking, medeplichtigheid) op grond van de artikelen 341 en 343 Sr te vervolgen. Zulks ligt om meerdere redenen niet voor de hand. Allereerst omvat de strafbaarstelling enkele handelingen die niet tevens ook een strafbaar feit van de failliet veronderstellen, zoals het voorwenden van een te hoge aanspraak bij faillissement (valt onder het zich wederrechtelijk laten bevoordelen). Verder gaat het om sanctiëring van normen die voldoende van belang zijn om zelfstandig te worden neergelegd in de strafwet. Vergelijk in dit opzicht het naast elkaar bestaan van de strafbaarstelling van actieve en van passieve omkoping in het Wetboek van Strafrecht. Bovendien kent de strafbaarstelling een duidelijk van de andere strafbaarstellingen van faillissementsfraude afwijkende strafbedreiging.

Onderdeel C (Artikelen 344a en 344b)

Voor de toelichting op dit onderdeel kan worden verwezen naar paragraaf 4 van het algemene deel van deze toelichting. Op suggestie van de Gecombineerde commissie vennootschapsrecht is in de delictomschrijving de term 'vereffening' vervangen door 'afhandeling', omdat dit breder de werkzaamheden van de curator tot uitdrukking brengt in het kader waarvan deze de administratie van de failliet nodig heeft.

Onderdeel D (Artikel 347 Sr)

Voor de toelichting op dit onderdeel kan worden verwezen naar paragraaf 7 van het algemene deel van deze toelichting.

Onderdeel E (Artikel 348a Sr)

Deze bepaling is toegelicht in paragraaf 6 van het algemene deel van deze toelichting.



Artikel II

Deze wijziging is reeds aan de orde gekomen in de paragraaf 4.3 van het algemene deel van deze toelichting. Teneinde de mogelijkheden tot opsporing van deze strafbare feiten te vergroten zijn de misdrijven van de artikelen 340, 342, 344a, 344b en 347, eerste lid, Sr in artikel 67 Sv opgenomen als misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis kan worden toegepast. Dit maakt onder andere toepassing van enkele bijzondere opsporingsbevoegdheden en het aanhouden en ophouden tot verhoor van een verdachte van deze misdrijven buiten heterdaad mogelijk. Deze bevoegdheden kunnen nodig zijn om op adequate wijze onderzoek naar deze gedragingen te kunnen verrichten.

Artikel III

Deze wijziging is toegelicht in paragraaf 4.6 van het algemene deel van deze toelichting.

Artikel IV

Het betreft een gebruikelijke inwerkingtredingsbepaling.

De Minister van Veiligheid en Justitie,