

## Woord vooraf

In 2012 is de wetgever gestart met een grote herziening van het Insolventierecht. Dit heeft de wetgever niet gedaan door integraal een nieuwe wet voor te stellen, maar door op deelonderwerpen de bestaande Faillissementswet te herzien. Het wetgevingsproces valt uiteen in drie pijlers, gericht op i) modernisering, ii) versterking van het reorganiserend vermogen van ondernemingen in moeilijkheden en iii) fraudebestrijding.

Het is de derde pijler, de Fraudepijler, die in dit boek centraal staat. Zonder het begrip fraude als zodanig te definiëren of helder af te bakenen, richt de wetgever zich op het bestrijden van faillissementsfraude. Vooral het faillissement van een rechtspersoon met beperkte aansprakelijk leent zich nog te makkelijk voor misbruik, waarbij een veelheid van gedupeerden met lege handen achterblijft. Hoewel het civiele recht reeds vele rechtsfiguren kent die onoorbaar gebruik van faillissementsrecht en rechtspersonen aan banden proberen te leggen, schiet dit civielrechtelijke instrumentarium vaak tekort. De wetgever heeft op verschillende onderdelen ingegrepen, zowel binnen het civiele recht als het strafrecht. De Fraudepijler zelf valt op zijn beurt uiteen in drie verschillende wetten. Op 1 juli 2016 zijn in werking getreden de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude. Op 1 juli 2017 is vervolgens de Wet versterking positie curator in werking getreden. Deze wetten staan in dit boek centraal.

De auteur dr. S. (Samantha) Renssen brengt op heldere en gedegen wijze het gehele wetgevingstraject, van oorspronkelijk voorstel tot uiteindelijk resultaat, overzichtelijk in kaart. Daarbij bespreekt zij de verschillende opvattingen in de literatuur. De auteur verrijkt daarmee het decor waarin de individuele bepalingen een rol spelen en geeft daarmee richting aan de toekomstige toepassing van deze bepalingen. De Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude betreft bovenal een modernisering van reeds beproefde maar qua frequentie relatief beperkt toegepaste bankbreukdelicten. Vooral de Wet civielrechtelijk bestuursverbod en de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude zullen zich in de praktijk nog moeten gaan bewijzen. Het boek vormt een uitstekende gids voor toepassing van de vele nieuwe en gewijzigde bepalingen, zowel voor curatoren, advocaten als rechtelijke macht. Met genoegen nemen wij het boek in de serie op.

Redactie

Em. Prof. B. Wessels, Dordrecht

Mevr. mr. drs. C.M. Harmsen, Amsterdam

Prof. mr. R.J. de Weijs, Amsterdam



# Inhoudsopgave

WOORD VOORAF		V
LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN		XIII
<b>1</b>	<b>INLEIDING</b>	<b>1</b>
1.1	Faillissementsfraude	1
1.2	De aanloop naar het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht	2
1.3	Het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht	9
1.3.1	Modernisering	10
1.3.2	Versterking reorganiserend vermogen van bedrijven	11
1.4	Het speerpunt van het wetgevingsprogramma: faillissementsfraude	12
1.5	De opzet van de pijler fraudebestrijding	15
<b>2</b>	<b>WET CIVIELRECHTELIJK BESTUURSVERBOD</b>	<b>17</b>
2.1	Inleiding	17
2.2	Het conceptwetsvoorstel	18
2.3	Enkele kritiekpunten op het conceptwetsvoorstel	25
2.3.1	De plaatsing in de Faillissementswet	25
2.3.2	Het verzoek respectievelijk de vordering tot het opleggen van het civielrechtelijk bestuursverbod	25
2.3.3	De bevoegdheid van de rechtbank en overige procedures	27
2.3.4	De norm en gronden	27
2.3.5	De disculpatiemogelijkheid	35
2.3.6	Het civielrechtelijk bestuursverbod voor zelfstandige ondernemers	35
2.3.7	De reikwijdte	35
2.3.8	De gevolgen	37
2.3.9	Uitvoerbaar bij voorbaat verklaring	39
2.3.10	Handhaving	39
2.3.11	Waarborgen	40
2.3.12	Art. 106c Fw	41
2.3.13	De niet-uitvoerend bestuurder	42
2.3.14	Strafrechtelijke aspecten	42
2.3.15	Effectiviteit en kostenaspect	43
2.4	Het Advies van de Raad van State en het Nader Rapport	44
2.4.1	Het doel van het voorstel	44

2.4.2	De rol van de curator	45
2.4.3	De beoordeling door de rechter	46
2.4.4	Het bestuursverbod voor een groot- of enig aandeelhouder	47
2.4.5	Privacy	48
2.4.6	Overige opmerkingen	49
2.5	Het aangepaste wetsvoorstel	49
2.6	Kritiek op het aangepaste wetsvoorstel	59
2.6.1	Het verzoek respectievelijk de vordering tot het opleggen van het civielrechtelijk bestuursverbod	59
2.6.2	De norm en gronden	60
2.6.3	De reikwijdte	62
2.6.4	De gevolgen	63
2.6.5	Arbeidsrechtelijke aspecten	64
2.6.6	Het civielrechtelijk bestuursverbod in de financiële sector	65
2.6.7	Handhaving	65
2.6.8	Waarborgen	66
2.6.9	Strafrechtelijke aspecten	66
2.6.10	Art. 6 EVRM	66
2.6.11	Effectiviteit en kostenaspect	67
2.7	De afrondende fase van het wetgevingsproces	68
2.7.1	Het bestuursverbod in verhouding tot bestaande civielrechtelijke bevoegdheden	69
2.7.2	Het bestuursverbod in verhouding tot de bestaande strafrechtelijke bevoegdheden	71
2.7.3	Civielrechtelijke gevolgen van het bestuursverbod	71
2.7.4	Uitvoering en handhaving	74
2.7.5	Registratie van bestuursverboden	78
2.7.6	Effectiviteit	82
2.7.7	Belangrijkste aandachtspunten uit de consultatie	83
2.7.8	Gevolgen voor het bedrijfsleven en nalevingskosten	84
2.7.9	Art. 106a Fw	85
2.7.10	Art. 106b Fw	89
2.7.11	Art. 106d Fw	90
2.8	De uiteindelijke wet	91
2.9	Evaluerende beschouwing	93
<b>3</b>	<b>WET HERZIENING STRAFBAARSTELLING FAILLISEMENTSFRAUDE</b>	<b>97</b>
3.1	Inleiding	97
3.2	Het conceptwetsvoorstel	99
3.3	Enkele kritiekpunten op het conceptwetsvoorstel	109
3.3.1	Opmerkingen van algemene aard	109
3.3.2	Modernisering en vereenvoudiging	111
3.3.3	De verhouding tot het civiele recht en het reeds bestaande strafrecht	111
3.3.4	Art. 84a Sr: verruiming bestuursbegrip	112
3.3.5	Art. 194 Sr: inlichtingenplicht	114
3.3.6	De verhouding tot art. 6 EVRM	115
3.3.7	Het onderscheid tussen rechtspersonen en natuurlijk personen	116

3.3.8	Art. 340 Sr: eenvoudig misdrijf natuurlijk persoon	117
3.3.9	Art. 341 Sr: gekwalificeerd misdrijf natuurlijk persoon	119
3.3.10	De Wsnp	120
3.3.11	Art. 342 Sr: eenvoudig misdrijf rechtspersoon	121
3.3.12	Art. 343 Sr: gekwalificeerd misdrijf rechtspersoon	121
3.3.13	Art. 344 Sr: misdrijf derden	122
3.3.14	Art. 344a Sr: afgifteplicht en administratieplicht	122
3.3.15	Art. 347 Sr: strafbare handelingen onafhankelijk van intreden faillissement	127
3.3.16	Art. III: WED	129
3.3.17	Europees perspectief	130
3.3.18	Art. 348 Sr?	130
3.4	Het advies van de Raad van State en het Nader Rapport	130
3.4.1	Art. 347 Sr	131
3.4.2	De samenhang met de andere wetsvoorstellen	132
3.4.3	Effectiviteit: capaciteit en deskundigheid	134
3.5	Het aangepaste wetsvoorstel	135
3.6	Kritiek op het aangepaste wetsvoorstel	148
3.6.1	Opmerkingen van algemene aard	148
3.6.2	De verhouding tussen het civiele recht en het strafrecht	148
3.6.3	Art. 6 EVRM	149
3.6.4	Art. 340 Sr	151
3.6.5	Art. 342 Sr	151
3.6.6	Art. 344a Sr	152
3.6.7	Art. 344b Sr	152
3.6.8	Art. 347 Sr	153
3.6.9	Art. 348a Sr	153
3.6.10	Art. III: WED	153
3.6.11	De bestrijding van rechtspersonenfraude	153
3.7	De afrondende fase van het wetgevingsproces	154
3.7.1	Voorafgaande opmerkingen	155
3.7.2	Adviezen inzake het wetsvoorstel	160
3.7.3	Algemene uitgangspunten	164
3.7.4	De inlichtingenplicht en de administratieve verplichtingen – algemeen	167
3.7.5	De inlichtingenplicht	168
3.7.6	De administratie- en bewaarplicht	169
3.7.7	Algemene strafbaarstelling administratieplicht in de WED	172
3.7.8	Strafbaar handelen bij een faillissement van een natuurlijk persoon	172
3.7.9	Strafbaarstelling van laakbaar handelen onafhankelijk van het faillissement	173
3.7.10	Art. 345 Sr?	176
3.7.11	Art. 194 Sr	176
3.7.12	Art. 340 Sr	177
3.7.13	Art. 341 Sr	177
3.7.14	Art. 342 Sr	178
3.7.15	Art. 344 Sr	179
3.7.16	Art. 344a Sr	180

3.7.17	Art. 347 Sr	182
3.7.18	(Nader) voorlopig verslag en (Nadere) Memorie van Antwoord	182
3.7.18.1	Maatschappelijke impact en aanpak van faillissementsfraude	182
3.7.18.2	Samenhang met de andere wetsvoorstellen tot versterking van het faillissementsrecht	186
3.7.18.3	Financiële en capacitaire gevolgen	186
3.7.18.4	Overige opmerkingen	187
3.7.18.5	Artikelsgewijze opmerkingen	189
3.7.19	Nadere vragen en opmerkingen van de leden van de SP-fractie	191
3.8	De uiteindelijke wet	195
3.9	Evaluerende beschouwing	199
<b>4</b>	<b>WET VERSTERKING POSITIE CURATOR</b>	<b>201</b>
4.1	Inleiding	201
4.2	Het conceptwetsvoorstel	202
4.3	Enkele kritiekpunten op het conceptwetsvoorstel	212
4.3.1	Opmerkingen van algemene aard	212
4.3.2	Art. 68 Fw	213
4.3.3	De werklust voor de curator en de rechter-commissaris	216
4.3.4	De aansprakelijkheid van de curator	216
4.3.5	Art. 71 Fw	217
4.3.6	Art. 73a Fw	218
4.3.7	Art. 105 Fw	218
4.3.8	Art. 105a Fw	218
4.3.9	Art. 6 EVRM	219
4.3.10	Andere waarborgen	221
4.3.11	Art. 105b Fw	221
4.3.12	Art. 106 Fw	224
4.3.13	De verhouding tot de overige wetsvoorstellen	224
4.3.14	Overige opmerkingen	225
4.4	Het Advies van de Raad van State en het Nader Rapport	226
4.5	Het aangepaste wetsvoorstel	227
4.6	Kritiek op het aangepaste wetsvoorstel	239
4.6.1	Opmerkingen van algemene aard	239
4.6.2	Art. 68 Fw	240
4.6.3	Aansprakelijkheid van de curator	242
4.6.4	Schikkingsmogelijkheden van bestuurdersaansprakelijkheids-vorderingen	242
4.6.5	Art. 71 Fw	242
4.6.6	Art 105b Fw	243
4.7	De afrondende fase van het wetgevingsproces	243
4.7.1	Inleidende opmerkingen	244
4.7.2	De spilfunctie van de curator	245
4.7.3	Versterking van de informatiepositie van de curator	248

4.7.4	Versterking van de fraudesignalerende rol van de curator en de samenwerking tussen de curator, de rechter-commissaris en het OM	251
4.7.5	Extra inspanningen van de curator	257
4.7.6	Opmerkingen naar aanleiding van de consultatie	263
4.7.7	Gevolgen voor het bedrijfsleven en nalevingskosten	270
4.7.8	Art. 68 Fw	271
4.7.9	Art. 71 Fw	272
4.7.10	Art. 73a Fw	272
4.7.11	Art. 105 Fw	273
4.7.12	Art. 105a Fw	275
4.7.13	Art. 105b Fw	276
4.7.14	ARTIKEL IIa	278
4.8	De uiteindelijke wet	279
4.9	Evaluerende beschouwing	282
	Lijst van geraadpleegde literatuur	285
	Lijst van geraadpleegde Kamerstukken	291
	Lijst van geraadpleegde jurisprudentie	295





# 1 | Inleiding

## 1.1 Faillissementsfraude

In deze uitgave staat de pijler fraudebestrijding van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht centraal.<sup>1</sup> Deze pijler heeft als doel de bestrijding van faillissementsfraude. De voormalig Minister heeft de pijler fraudebestrijding in het wetgevingsprogramma geïntroduceerd naar aanleiding van de toenemende aandacht voor faillissementsfraude en de zorgbarende cijfers daaromtrent.<sup>2</sup> Opmerkelijk is dat het begrip ‘faillissementsfraude’ in de pijler bestrijding faillissementsrecht van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht niet uitdrukkelijk wordt gedefinieerd. Ook in de literatuur is het begrip nog steeds diffuus en wordt het op verschillende wijzen geïnterpreteerd. Volgens Kemp zijn er drie gangbare definities:

i. de definitie zoals gehanteerd in een onderzoek verricht in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (hierna: WODC) door Knecht e.a.:

*‘Opzettelijk, wederrechtelijk handelen waardoor de faillissementsschuldeisers van de failliete rechtspersoon opzettelijk of culpoos worden benadeeld’<sup>3</sup>*

ii. de definitie volgens art. 341 Sr:

*‘Wanneer voorafgaand aan een faillissement ter bedriegelijke verkorting van de rechter van schuldeisers lasten zijn verdicht, hetzij baten niet zijn verantwoord, hetzij goederen aan de boedel zijn onttrokken.’<sup>4</sup>*

iii. de definitie volgens Minister Opstelten:

*‘Het opzettelijk geven van een onjuiste voorstellen van zaken, om hieruit wederrechtelijk voordeel te verkrijgen’.<sup>5</sup>*

---

1 Kamerstukken II 2012/13, 29911, 74.

2 Zie o.a.: Brouwer 2014; Feenstra 2015; Harmsen 2014; Kemp 2014, p. 56-71; Van der Linden 2014, p. 161-164; Verrest & Heukels 2017, p. 51-57.

3 Knecht e.a. 2005.

4 Art. 341 Sr voor de inwerkingtreding van de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsrecht (Stb. 2016/154).

5 Brief van Opstelten aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, 20 december 2013.

Volgens Kemp is de meest praktische omschrijving van faillissementsfraude de definitie zoals gehanteerd door Opstelten.<sup>6</sup> Het Openbaar Ministerie (hierna: OM) hanteert een andere omschrijving en schaaft onder het begrip faillissementsfraude ook misbruik van faillissementsrecht en onbehoorlijk bestuur.<sup>7</sup> Volgens Feenstra slaat de definitie van het OM te ver door, omdat dit geen strafrechtelijke normen zijn.<sup>8</sup> Volgens hem bestaat er geen definitie van faillissementsfraude. In de praktijk worden onder dit begrip immers uiteenlopende soorten fraude verstaan die wat hem betreft in twee hoofdvarianten te zijn onderscheiden.

Allereerst is er volgens Feenstra fraude die wordt gepleegd op het moment dat er sprake is van een (naderend) faillissement, welk hij typeert als boedelfraude. Feenstra wijst erop dat de curator zijn taak in de eerste plaats verricht ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, als gevolg waarvan de boedel wordt onttrokken aan de macht van de schuldenaar en de individuele schuldeisers, zodat het vermogen niet wordt gebruikt voor de eigen genoegens van de schuldenaar of de voldoening van een individuele schuldeiser. Wanneer willens en wetens inbreuk wordt gemaakt op dit beginsel, dan is sprake van strafbaar handelen, omdat diegene ten faveure van zichzelf of van een ander ervoor zorgt dat de andere schuldeisers minder zullen ontvangen en/of omdat de curator zijn wettelijke taak niet naar behoren kan uitoefenen. Boedelfraude is volgens Feenstra voornamelijk gelegenheidsfraude; op het moment dat de schuldenaar voorziet dat het faillissement zal volgen, handelt hij in strijd met de faillissementswettelijke regelingen. Als gevolg daarvan is de boedel minder groot.

Daarnaast bestaat fraude die (automatisch) leidt tot een faillissement, welke vorm Feenstra rechtspersoonfraude noemt. Hij doelt hierbij op verschillende vormen van fraude, maar met name op fraude in de vorm van oplichting en flessentrekkerij. De rechtspersoon wordt als dekmantel gebruikt om fraude te plegen. Rechtspersoonfraude is een actieve vorm van fraude die erop gericht is een contractspartij gelden of goederen afhandig te maken met de bedoeling om de daarbij behorende wederkerige verplichting opzettelijk niet na te komen.

## 1.2 De aanloop naar het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht

De afgelopen decennia is veel aandacht geweest voor faillissementsfraude. De eerste aanzet vanuit de wetgever is de brief van 13 september 2004 van de Minister van Justitie, inhoudende een Actieplan bestrijding faillissementsfraude.<sup>9</sup> In dit Actieplan is aan het WODC opdracht gegeven om onderzoek te verrichten naar de aard en de omvang van faillissementsfraude. Daarnaast werd een tweesporenbeleid aangekondigd. Het eerste spoor betreft de preventieve aanpak van faillissementsfraude, waarbij onder andere werd gedacht aan de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod. Het tweede spoor betreft de repressieve aanpak, waarbij een onderscheid werd gemaakt tussen complexe zware zaken en eenvoudige zaken.

---

6 Kemp 2014, p. 58.

7 Te raadplegen via: [www.om.nl/onderwerpen/faillissementsfraude/faillissementsfraude-0/](http://www.om.nl/onderwerpen/faillissementsfraude/faillissementsfraude-0/).

8 Feenstra 2015.

9 *Kamerstukken II* 2003/04, 27244, 22.

In 2005 publiceerde het WODC het in opdracht van de Minister uitgevoerde onderzoek naar de aard en de omvang van faillissementsfraude.<sup>10</sup> In het onderzoek stonden de volgende drie vragen centraal:

1. Wat is de aard en omvang van misbruik en fraude in Nederlandse faillissementen van rechtspersonen (te weten: BV's, NV's, stichtingen en buitenlandse rechtspersonen)?
2. Wat doen de betrokken functionarissen en instanties om dat misbruik en die fraude tegen te gaan, en welk gebruik maken ze daarbij van de bestaande mogelijkheden?
3. In hoeverre zijn die bestaande mogelijkheden toereikend, en op welke punten zijn verbeteringen mogelijk?

Teneinde deze vragen te kunnen beantwoorden, is gebruikgemaakt van verschillende methoden. Allereerst heeft een inhoudsanalyse van 868 dossiers bij negen rechtbanken van tussen januari en augustus 2004 beëindigde faillissementen informatie opgeleverd over de aard van deze zaken en over datgene wat de curator ten aanzien van mogelijk onrechtmatig gedrag heeft genoteerd. 95% van de dossiers had betrekking op BV's. Daarnaast zijn aan de hand van bestaande registraties en statistieken gegevens bijeengebracht over faillissementen en de strafrechtelijke handhaving van faillissementsfraude in het algemeen. Ten slotte zijn halfopen interviews gehouden met diverse betrokkenen, waaronder curatoren, rechters-commissarissen, de FIOD, de Belastingdienst en het UWV.

Ten aanzien van de eerste vraag is een basisindeling gehanteerd in drie typen wederrechtelijk gedrag: faillissementsfraude, misbruik van faillissement en onbehoorlijk bestuur. Bij faillissementsfraude is vóór of tijdens het faillissement sprake van opzettelijke en wederrechtelijke gedragingen, waardoor de faillissementsschuldeisers van de rechtspersoon opzettelijk of culpoos worden benadeeld. Daarbinnen zijn twee varianten te onderscheiden. De meest vergaande variant is die waarin het faillissement het oogmerk had de schuldeisers te benadelen. Daarnaast kunnen personen die namens de rechtspersoon handelen, activa uit de boedel ontvreemden of betalingen doen uit al dan niet gefingeerde verbintenissen die ten koste gaan van de legitieme aanspraken van anderen.

Van misbruik van faillissement is sprake als het faillissement wordt gebruikt als middel tot oneigenlijke beëindiging van lopende (duur)overeenkomsten. Oneigenlijk wil in dit verband zeggen dat de financiële toestand van de rechtspersoon op het moment van de faillissementsaanvraag zodanig was dat zij haar verplichtingen uit deze (arbeids- of huur-)overeenkomsten, inclusief de lasten die zouden voortvloeien uit reguliere beëindiging van deze overeenkomsten, had kunnen dragen zonder dat de continuïteit in gevaar zou komen.

Van onbehoorlijk bestuur is sprake indien bestuurders nalatig zijn geweest in het voeren van de administratie van de onderneming, in het deponeren van de jaarrekening of anderszins zodanig hebben gehandeld dat daarmee de belangen

---

10 Knegt e.a. 2005.

van de schuldeisers kunnen zijn geschaad. In zoverre deze tekortkomingen verwijtbaar zijn, wordt gesproken van onbehoorlijk bestuur. Indien de tekortkomingen louter te wijten zijn aan slordigheid, spreekt men in de regel van ondeskundig bestuur.<sup>11</sup>

Geconcludeerd wordt dat in 43% van de in het onderzoek betrokken faillissementen sprake is van handelen dat als wederrechtelijk kan worden gekwalificeerd. Bijna een kwart valt in de categorie faillissementsfraude. Daarnaast resteren nog 162 gevallen waarin sprake is van ondeugdelijk bestuur, maar waarin faillissementsfraude niet is aangetoond. Als vanuit het dossieronderzoek wordt geëxtrapoleerd naar het aantal faillissementen in heel Nederland, dan kan het aantal frauduleuze faillissementen op grond van het dossieronderzoek worden geschat op 760. In ongeveer 360 gevallen is sprake van faillissementen waarin sprake is van opzet of gebruik van de vennootschap voor benadeling.<sup>12</sup>

Ten aanzien van de tweede vraag worden als belangrijkste hindernissen de lage aangiftebereidheid van curatoren, het gebrek aan interesse en deskundigheid bij de politie, en het gebrek aan capaciteit bij de FIOD en het OM geïdentificeerd.<sup>13</sup>

In het kader van de derde vraag zijn de volgende knelpunten gesignaleerd:<sup>14</sup>

1. Het feit dat de curator voor de vergoeding van zijn werkzaamheden op de boedel is aangewezen, maakt hem tot medebelanghebbende in de opbrengst van zijn handelen voor de boedel. Als activa vrijwel ontbreken en de kans dat hij zijn werkzaamheden vergoed krijgt gering is, kan het weinig aantrekkelijk zijn allerlei acties te ondernemen waarvan de opbrengst onzeker is. Dit heeft volgens de onderzoekers een dempend effect op de animo bij curatoren eventueel op te treden in geval van faillissementsfraude. Het kan zelfs in het belang van de boedel zijn een malafide bestuurder een doorstart te laten maken.
2. Curatoren maken maar in beperkte mate gebruik van informatiebronnen, hetgeen ten dele lijkt samen te hangen met onbekendheid met de mogelijkheden en ten dele met de tijd en kosten die voor hen met het raadplegen van die bronnen gemoeid zijn. Niet alle curatoren blijken te weten dat zij rechtstreeks gebruik kunnen maken van het systeem Vennoot. De capaciteit van de Dienst Justis, die Vennoot beheert, stelt bovendien grenzen aan de mogelijkheden. Bovendien lijken curatoren onvoldoende te beseffen dat het inschakelen van bijvoorbeeld een accountant door efficiency en ervaring aan die kant de boedel, ondanks de daarmee gemoeide kosten, ten goede zou kunnen komen.
3. De deskundigheid van curatoren is soms beperkt. Door de werkwijze bij de selectie van curatoren kan het gebeuren dat een betrekkelijk onervaren curator toch aan een ingewikkeld faillissement wordt gekoppeld. De scholing van curatoren op het middenniveau laat volgens sommige geïnterviewden te wensen over. Geïnterviewden in het strafrechtelijke circuit signaleren dat curatoren onvoldoende kennis hebben van de strafrechtelijke kant van faillissementen,

---

11 Idem, p. 109.

12 Idem, p. 111.

13 Idem, p. 115.

14 Idem, p. 116 e.v.

- waardoor zij te lang blijven hangen in een civiele aanpak. Accountants signaleren daarnaast dat curatoren soms niet verantwoord omspringen met de administratie van een failliete onderneming of delen van de boedel verkopen op een wijze die niet de optimale waarde weet te realiseren.
4. Ook de deskundigheid van anderen is soms beperkt. Curatoren signaleren namelijk dat de functie van rechter-commissaris in faillissementszaken een ‘doorgangsfunctie’ is. De moeizaam opgebouwde kennis en ervaring van de rechter-commissaris gaat zo na betrekkelijk korte tijd weer verloren. Hij is daardoor vaak niet krachtig genoeg als tegenspeler van de curator. Ook de deskundigheid van politie is volgens curatoren beneden het vereiste niveau.
  5. Curatoren ervaren problemen in de samenwerking met anderen. De ervaringen met de Belastingdienst zijn wisselend, variëren naar het schijnt per regio. Volgens sommige curatoren is de kwaliteit vooral afhankelijk van persoonlijk contact met een bepaalde functionaris. In de perceptie van de curator is het lastig dat hij geen vooroverleg kan plegen over een ‘doorstart’, omdat hij dan het risico loopt dat beslag door de Belastingdienst zijn pogingen zal frustreren. De ervaring met samenwerking met UWV is overwegend negatief: vooral de communicatie is in de perceptie van curatoren slecht geregeld, zij missen een vast aanspreekpunt. De samenwerking met de politie is matig. Met andere opsporingsdiensten (met name de FIOD) lijkt de samenwerking in sommige gevallen iets beter. Knelpunt in de samenwerking is het al genoemde gebrek van deskundigheid op elkanders werkterreinen en de beperkte tijd.
  6. De civielrechtelijke en strafrechtelijke kolommen staan naast elkaar, hetgeen leidt tot specifieke problemen van taakafbakening en samenwerking. Zo is omstreden in welke mate curatoren, die door de wet primair met een privaatrechtelijke opdracht zijn belast, daarnaast publieke verantwoordelijkheden hebben (zoals het initiëren van of bijdragen aan de opsporing en vervolging van fraudeurs). Die vraag is des te prangender als deze publieke verantwoordelijkheid handelen vereist dat ten nadele kan gaan van de boedel dan wel kan leiden tot individuele aansprakelijkheid van de curator. De wet biedt hierin geen duidelijk richtsnoer en uitspraken van de hoogste rechter ter zake blijken door verschillende betrokkenen verschillend te worden uitgelegd.

Ondanks de kritiek die destijds op het WODC-rapport werd geleverd,<sup>15</sup> baseren de wetgever en het OM de aanpak van faillissementsfraude op de resultaten hiervan.<sup>16</sup> Volgens Feenstra is dit onterecht, nu de onderzoekers minimale aandacht hebben besteed aan bijvoorbeeld het definiëren van het begrip faillissementsfraude.

In 2009 presenteerde het OM vervolgens de Aanwijzing opsporing en vervolging Faillissementsfraude<sup>17</sup>, waarin het Actieplan bestrijding faillissementsfraude en het WODC-rapport als uitgangspunt worden genomen. In de Aanwijzing wordt net als in het Actieplan een tweesporenbeleid geformuleerd en onderscheid gemaakt tussen zware complexe zaken van faillissementsfraude en eenvoudige

---

15 Zie bijvoorbeeld: Aerts 2006, p. 75.

16 Feenstra 2015.

17 Aanwijzing opsporing en faillissementsfraude 2009, registratienummer 2009A001.

zaken. Gespecificeerd wordt dat eenvoudige zaken als kenmerk onder meer het ontbreken van administratie, het niet uitleveren van de (volledige) bedrijfsadministratie aan de curator en/of het onttrekken van één of enkele activabestanddelen aan de boedel hebben. Voor de opsporing en vervolging van dit soort zaken is geen bijzondere (aanvullende) financiële kennis vereist. Curatoren kunnen eenvoudige zaken aangeven/melden bij het Fraudemeldpunt (FMP), de regiopolitie of het arrondissementsparket.

Kenmerken van complexe zware zaken zijn: omvangrijkheid fraudebedrag, misbruik van rechtspersonen, ondoorzichtige eigendomsverhoudingen of bestuurdersrelaties of gebruik van een stroman, georganiseerd verband, andere vermogensdelicten, branchegebonden, en persoon van de verdachte(n) (recidivist, publieke functie, voorbeeldfunctie). Voor de opsporing en vervolging van dit soort zaken is bijzondere financiële kennis noodzakelijk. Curatoren kunnen complexe/gevoelige en zware zaken aangeven/melden bij een FMP, de FIOD of rechtstreeks bij een officier van justitie.

In de Aanwijzing wordt als uitgangspunt voor faillissementsfraudebestrijding genomen dat het strafrecht in beginsel complementair is aan andere (civielrechtelijke, door de curator te hanteren) instrumenten. Strafrechtelijk optreden heeft immers een reactieve rol in die gevallen waarin preventieve, civielrechtelijke actie onvoldoende (normbevestigende) effecten teweeg kan brengen en er sprake is van normschendingen waardoor grote schade aan de belangen van burgers en samenleving wordt toegebracht. Het strafrecht kan vanuit dit model naast het civiele recht worden ingezet, zelfs in één en dezelfde zaak.<sup>18</sup> Het OM beperkt faillissementsfraude in deze Aanwijzing tot de strafbepalingen genoemd in art. 194 en 340-345 Sr.

In zijn brief van 30 juni 2011 aan de Tweede Kamer brengt de Minister de problematiek rondom faillissementsfraude ter sprake.<sup>19</sup> Volgens de Minister bestaan er twee hoofdverschijningsvormen van faillissementsfraude. Allereerst kan sprake zijn van gelegenheidsfraude, waarbij fraudeurs wederrechtelijk voordeel trachten te halen uit een niet vooropgezet faillissement. Daarnaast kan sprake zijn van beroepsfraude, waarbij het faillissement een doelbewust instrument is om op onrechtmatige wijze vermogen aan de boedel te onttrekken. Door faillissementsfraude vallen diverse slachtoffers. Doordat fraudeurs de boedel leegtrekken, kunnen schuldeisers, waaronder leveranciers, werknemers en de Belastingdienst, niet betaald worden. Het is dus van groot belang dat faillissementsfraude zoveel mogelijk wordt voorkomen. De Minister geeft in zijn brief aan dat de afgelopen jaren reeds is geïnvesteerd in de aanpak van faillissementsfraude, onder andere door de opbouw van expertise bij het OM en de politie. Verdere verbetering is echter mogelijk en noodzakelijk, bijvoorbeeld op het gebied van informatie-uitwisseling en de samenwerking tussen de betrokken organisaties. Zo zouden de drempels voor samenwerking en het delen van informatie kunnen worden verlaagd.

---

<sup>18</sup> Idem, p. 1-2.

<sup>19</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 29911, 52.

Volgens de Minister is het essentieel dat duidelijk is hoe de verantwoordelijkheden onder de betrokkenen zijn verdeeld en welke verwachtingen op basis van deze verantwoordelijkheden kunnen worden waargemaakt teneinde de bestrijding van faillissementsfraude zo effectief mogelijk te organiseren. In dat kader is een fraudekader ontwikkeld aan de hand waarvan taken en verantwoordelijkheden verhelderd worden en een gerichte keuze kan worden gemaakt voor de te volgen interventiestrategie.

Faillissementsfraude kan volgens de Minister het meest effectief worden bestreden door een preventieve civielrechtelijke aanpak. De Minister geeft aan dat in dit kader reeds een aantal stappen is genomen. Zo is op 1 juli 2011 de Wet controle op rechtspersonen in werking getreden. Hiermee is een nieuw stelsel van preventief toezicht ingevoerd, bestaande uit een vorm van controle gedurende de gehele levensloop van rechtspersonen. Het doel van dit systeem is om misbruik van rechtspersonen te voorkomen en te bestrijden en de opsporing en vervolging van de strafbare feiten die met dergelijke rechtspersonen zijn gepleegd of dreigen te worden gepleegd te vergemakkelijken.<sup>20</sup> Bij deze doorlopende controles van rechtspersonen wordt gebruikgemaakt van veranderingen in sleutelgegevens (zoals NAW-gegevens, gegevens over bestuurders, en aandeelhouders) van rechtspersonen aan de hand van risicoprofielen, waarmee misbruik gedetecteerd kan worden. De doorlopende controle vindt in de volgende zes stappen plaats:

- i. Uit het handelsregister worden sleutelgegevens betrokken over de levensmomenten (zoals de oprichting, de verhuizing en een bestuurderswisseling) van rechtspersonen.
- ii. De Justitiële Informatiedienst en het Centraal Insolventie Register zullen gegevens over criminele en financiële antecedenten van rechtspersonen en daarbij betrokken natuurlijke personen verstrekken.
- iii. Aan de hand van de sleutelgegevens en criminele en financiële antecedenten, met gebruikmaking van de voor dat doel ontwikkelde risicoprofielen, zal een (risico)analyse plaatsvinden van mogelijk misbruik van rechtspersonen.
- iv. Op basis van de risicoanalyse zullen onder andere de belastingdienst en het Kadaster zo nodig nadere gegevens leveren over de rechtspersonen waar een indicatie van misbruik is. Dit kan leiden tot een risicomelding.
- v. Bij het KLPD/VR0S wordt getoetst of sprake is van lopende strafrechtelijke onderzoeken.
- vi. Tot slot worden de risicomeldingen, bestaande uit gegevens uit relevante openbare en gesloten bronnen, aan een selectie van handhavers (zoals het OM, de Belastingdienst, de Nederlandsche Bank, De Autoriteit Financiële Markten en de politie, inclusief bijzondere opsporingsdiensten zoals de FIOD) verstrekt. De controle op rechtspersonen wordt uitgevoerd door de Dienst Justis.<sup>21</sup>

---

20 *Kamerstukken II 2008/09, 31948, 3 (MvT), p. 2.*

21 *Kamerstukken II 2008/09, 31948, 3 (MvT), p. 4-5.*

Ook is in 2012 de Garantstellingsregeling Curatoren aangepast.<sup>22</sup> Op basis van deze regeling staat het Ministerie van Veiligheid en Justitie garant voor de door de curator te maken kosten indien de curator in een faillissement van een rechtspersoon met een ontoereikende boedel een actie overweegt op grond van de Actio Pauliana of uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.

Naast een civielrechtelijke aanpak van faillissementsfraude is ook een strafrechtelijke aanpak nodig.<sup>23</sup> Ook op dit terrein zijn reeds maatregelen genomen. Zo is de capaciteit en expertise voor fraudebestrijding bij de politie, de FIOD en het OM vergroot. Bovendien maken de politie, de FIOD en het OM afspraken om de bestaande fraudemeldpunten door te ontwikkelen naar één centraal meldpunt voor faillissementsfraude teneinde het doen van aangiften en het maken van meldingen te vereenvoudigen. Belangrijk in dit kader is dat curatoren bij vermoeden van fraude hiervan op eenvoudige en snelle wijze melding kunnen maken bij het centrale meldpunt. Daarenboven dienen afspraken te worden gemaakt met curatoren over de terugkoppeling van wat er met meldingen en aangiften is of wordt gedaan. Ook de instelling van een centraal meldpunt en verbetering van de informatiepositie van alle betrokken partijen is cruciaal.

Bij brief van 11 april 2012 heeft de Minister de Tweede Kamer bericht over de voortgang van de hierboven aangekondigde maatregelen ter bevordering van de geïntegreerde aanpak van faillissementsfraude.<sup>24</sup> De Minister bericht ten eerste dat de Garantstellingsregeling Curatoren 2012 in werking is getreden. Ten tweede is in februari 2012 het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude ingesteld. Het meldpunt is ondergebracht bij de FIOD. De melding kan eenvoudig worden gedaan via het e-mailadres [faillissementsfraude@belastingdienst.nl](mailto:faillissementsfraude@belastingdienst.nl). Volstaan kan worden met het opnemen van informatie over de failliet, de bestuurder(s) en aandeelhouders, de datum van het faillissement, van welke vorm van faillissementsfraude er sprake is en – indien er sprake is van onttrekkingen – het bedrag aan onttrekkingen uit de boedel. Degene die melding doet bij meldpunt krijgt bericht dat de melding ontvangen is en dat binnen drie weken een reactie volgt. De meldingen die binnenkomen bij het meldpunt worden op basis van de hierboven besproken Aanwijzing Opsporing en Vervolgging Faillissementsfraude beoordeeld.

Bovendien heeft de politie in 2012 een Leidraad eenvoudige faillissementsfraude opgesteld voor financieel rechercheurs om hun kennis van faillissementsfraude te vergroten en om de opsporing van relatief eenvoudige faillissementsfraudezaken te vereenvoudigen.<sup>25</sup> In de Leidraad wordt ingegaan op wat een faillissement precies is, de partijen die bij een faillissement zijn betrokken en hun bevoegdheden en faillissementsfraude en de schadelijke gevolgen daarvan.

Het onderwerp faillissementsfraude staat niet alleen in de belangstelling bij de overheid, maar ook in de wetenschappelijke wereld. Zo werd Hilverda op 1 april 2011 als bijzonder hoogleraar Faillissementsfraude benoemd. In haar oratie op 25 mei 2012 schetste zij een zorgwekkend beeld van de huidige praktijk rondom

---

22 *Stb.* 2012, 3973.

23 *Kamerstukken II* 2010/11, 29911, 52, p. 5.

24 *Kamerstukken II* 2011/12, 29911, 67.

25 *Leidraad Eenvoudige Faillissementsfraude*, Politie BrabantZuidoost 2012.



de opsporing van frauduleuze faillissementen.<sup>26</sup> Volgens Hilverda is een een kwart tot een derde van alle faillissementen sprake van fraude, terwijl de kans dat de daders aansprakelijk worden gesteld, zeer gering is. Nog geen 2% van alle fraudes wordt strafrechtelijk aangepakt. De economische schade als gevolg van faillissementsfraude wordt geschat op ongeveer 1,7 miljard euro per jaar. In haar oratie wijst Hilverda op de lege boedelproblematiek: in 60 tot 70% van de faillissementen is sprake van een lege boedel, als gevolg waarvan de curator (gedeeltelijk) niet betaald kan worden. De curator is dan veelal niet gemotiveerd te onderzoeken of er mogelijk fraude is gepleegd. Hilverda spoort de overheid dan ook aan om bij een lege boedel middelen beschikbaar te stellen, zodat de curator onderzoek kan doen naar eventuele fraude.

Een ander probleempunt waarop Hilverda wijst is de vaak afwezige, onjuiste of onvolledige bedrijfsadministratie in een faillissement, hetgeen vaak een indicatie van onverantwoord ondernemerschap en zelfs ook van fraude is. Een faillissementsfraudeur heeft er immers belang bij dat de fraude niet met behulp van de administratie is aan te tonen. Hilverda stelt daarom voor de wet zodanig te wijzigen dat het verwijtbaar ontbreken van een behoorlijke administratie in een faillissement helder zonder uitzondering strafbaar is met een maximum van één tot vier jaren.

Bovendien wijst Hilverda in haar oratie op de geringe prioriteit die politie en het OM de afgelopen jaren gaven aan het bestrijden van faillissementsfraude, hetgeen op curatoren een demotiverende werking heeft. Zij zagen geen heil in het doen van aangifte als daarmee toch niets werd gedaan. Ook is er volgens Hilverda een gebrek aan financiële expertise: curatoren en opsporingsinstanties dienen beter opgeleid te worden om bedrijfsadministraties op fraude te kunnen analyseren. Tot slot geeft Hilverda aan dat de huidige strafbepalingen inzake faillissementsfraude lastig leesbaar zijn en te weinig aansluiten bij de verschijningsvormen van faillissementsfraude in de praktijk.

Bij haar afscheid als bijzonder hoogleraar Faillissementsfraude heeft Hilverda op 1 juni 2017 de eerste 'Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen' gelanceerd. De nieuwe leidraad moet curatoren praktische handvatten geven om deze fraudegevallen snel te traceren en aan te pakken.<sup>27</sup>

De overheid reageerde eind 2012 met de aankondiging van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht, met als hoofdpijler fraudebestrijding.<sup>28</sup>

### 1.3 Het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht

*'Het huidige economische tij leidt tot een historisch hoog aantal faillissementen. Dat leidt tot meer aandacht in politiek en media voor fraudebestrijding en het wettelijk kader, in het bijzonder de Faillissementswet. Er zijn ook al initiatieven ontplooid om het wettelijk kader te optimaliseren. De huidige omstandigheden maken dat ik wil bezien of de Faillissementswet zelf op onderdelen verbeterd kan worden.'*<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Hilverda 2012, p. 9-24.

<sup>27</sup> Zie ook: [www.mr-online.nl/hilverda-lanceert-instrument-faillissementsfraude/](http://www.mr-online.nl/hilverda-lanceert-instrument-faillissementsfraude/).

<sup>28</sup> Kamerstukken II 2012/13, 29911, 74.

<sup>29</sup> Idem, p. 2.

Zo introduceerde de Minister van Veiligheid en Justitie op 26 november 2012 in een brief aan de Tweede Kamer het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht. Op verzoek van de Minister heeft INSOLAD vervolgens op 14 december 2012 een aantal concrete wetsvoorstellen geformuleerd die naar het oordeel van INSOLAD kunnen leiden tot een belangrijke verbetering van de Faillissementswet.<sup>30</sup> Volgens INSOLAD voorzien de door haar gedane wetsvoorstellen in de door de Minister beoogde versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven. Bovendien vullen zij een belangrijk aantal van de in de brief door de Minister genoemde maatregelen aan, aldus INSOLAD.<sup>31</sup>

De verkenning van de Minister van mogelijke verbeterpunten in de Faillissementswet heeft geresulteerd in het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht, dat rust op de volgende drie pijlers: modernisering, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en fraudebestrijding.

### 1.3.1 Modernisering

Het initiële doel van de door de Minister beoogde modernisering is driedelig: i. het in lijn brengen van de Faillissementswet met de technische ontwikkelingen en mogelijkheden, ii. het mogelijk maken van meer maatwerk mogelijkheden bij de afwikkeling van een faillissement en iii. het bewerkstelligen van een betere kennisopbouw bij de rechterlijke macht.

Wat betreft de eerste doelstelling wil de Minister bevorderen dat het elektronisch berichtenverkeer en de mogelijkheden van internet beter kunnen worden benut. Wat betreft de tweede doelstelling heeft de minister de instelling van een onafhankelijke Insolventieraad voor de beleids- en wetgevingsadvisering voor ogen, alsook de instelling van een gespecialiseerde insolventierechter. Wat betreft de derde doelstelling is de Minister voornemens om de rechter meer mogelijkheden te geven om bij een faillietverklaring in zwaarwegende omstandigheden voorzieningen te treffen voor meer flexibiliteit bij de afwikkeling van een faillissement.

Het voorontwerp van het wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure is op 2 december 2015 voor internetconsultatie aangeboden.<sup>32</sup> Teneinde bij te dragen aan een efficiënte en transparantere faillissementsprocedure, voorziet het wetsvoorstel in vier maatregelen: i. het bevorderen van de digitalisering van de faillissementsprocedure en verbetering van de toegankelijkheid tot informatie, ii. de versnelling van de faillissementsprocedure, iii. meer maatwerk mogelijkheden en iv. het bevorderen van specialisatie bij de wetgever en ondersteuning bij het wetgevingsproces.

---

30 Voorstellen wijziging Faillissementswet – Commissie INSOLAD, 13 december 2012, te raadplegen via: [www.insolad.nl](http://www.insolad.nl).

31 Brief INSOLAD aan de Minister van Veiligheid en Justitie inzake Aanpassing Faillissementswet, 14 december 2012, te raadplegen via: [www.insolad.nl](http://www.insolad.nl).

32 Te raadplegen via: [www.internetconsultatie.nl/moderniseringfw](http://www.internetconsultatie.nl/moderniseringfw).