

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)

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 eventuele 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 nadeel, daar vaak door de failliet 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 dan al geschied: er is geen geld meer voor de schuldeisers en de mogelijkheden om de activa alsnog te achterhalen door ‘terugrecherchen’ zijn in de praktijk beperkt, onder andere omdat er met opzet geen of een 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 rol van de curator, de invoering van de mogelijkheid van een civiel bestuursverbod en een verbetering van het toezicht teneinde misbruik van rechtspersonen te voorkomen. 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 met een partiële herziening van de bepalingen kan worden volstaan waarbij gestreefd wordt naar een verbeterde structuur en inrichting.

Naast de 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 failliet verkrijgt die hij nodig heeft. De huidige strafbaarstelling die deze verplichting kracht bijzet, wordt op dit punt nader onder de loep genomen. Belangrijk is voorts dat dit wetsvoorstel voorziet in een algemeen geldende strafrechtelijke bescherming tegen het niet voeren van een adequate administratie door rechtspersonen en ondernemingen. Met deze verbeteringen worden de mogelijkheden om – in geval van een faillissement – strafrechtelijk op te treden tegen fraudeus of bewust onbehoorlijk ondernemerschap vergroot.

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 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. 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 in de economie. Ook deze bescherming lag nadrukkelijk ten grondslag aan het strafrechtelijk faillissementsrecht. Dit heeft geleid tot opneming van de bankbreukbepalingen 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 onder andere 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 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, en is daarmee bij de afwikkeling van het faillissement benadeelde schuldeiser. Financiële gevolgen zijn er ook van vele malen grotere omvang – het recente verleden biedt daarvan voorbeelden – wanneer de Staat financieel moet bijspringen om rechtspersonen (zoals banken en woningbouwcorporaties) overeind te houden wier ondergang in het kader van het algemeen belang moet worden voorkomen. Toegankelijke en doeltreffende strafrechtelijke

faillissementswetgeving heeft ook in dat domein een functie door haar normstelling op het gebied van financieel beheer en administratie.

Voorstellen tot aanpassing van de bepalingen inzake faillissementsfraude zijn gedaan door prof. C.M. Hilverda (*De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is*, Kluwer, Deventer 2012 en *Faillissementsfraude: een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, derde druk, Kluwer, Deventer 2009), alsmede eerder door prof. B.F. Keulen (*Bankbreuk, ons strafrechtelijk faillissementsrecht*, Gouda Quint, Arnhem 1990).

De 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. In de nieuwe inhoud van de bepalingen wordt zo min mogelijk gebruik gemaakt van kruisverwijzingen. Op sommige punten wordt niettemin een rechtstreeks verband gelegd met verplichtingen die in de Faillissementswet en het Burgerlijk Wetboek inhoudelijk worden omschreven, ten behoeve van de consistentie in de uitleg van de inhoud van normstelling en eenduidige uitleg van wettelijke terminologie.

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 344 zien alle tevens op gedragingen die worden verricht vóór intreding van het faillissement of 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. Of de strafbepalingen zien op gedragingen vóór en/of tijdens het faillissement of toepassing van de schuldsaneringsregeling dient helder in de delictsommeringen tot uitdrukking te komen; door dit expliciet aan te geven en dit daarnaast ook door gebruik van de tegenwoordige en voltooid tegenwoordige tijd te verduidelijken.

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 hoeft 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 in verband met het faillissement van een rechtspersoon (of vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid). Op basis van dit onderscheid kan de strafrechtelijke normstelling in het kader van het faillissement van een rechtspersoon preciezer worden toegesneden op de gedragingen van betrokken bestuurders en commissarissen en de geldende normen in de economische sector. Daarbij zijn de vereisten die in het kader van behoorlijk bestuur aan het handelen van bestuurders gesteld mogen worden een belangrijke maatstaf.

3. De inlichtingenplicht en de administratieve verplichtingen

3.1 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. De inlichtingenplicht – bekrachtigd in artikel 194 Sr – kan worden onderscheiden van de andere administratieve verplichtingen, bestaande uit de verplichting om een zorgvuldige administratie te voeren, om deze administratie te bewaren en om deze in geval van faillissement af te dragen aan de curator.

3.2 De inlichtingenplicht

Artikel 194 Sr voorziet in sanctionering van de inlichtingenplichten die bestaan op grond van de Faillissementswet. Voorgesteld wordt de delictomschrijving te vereenvoudigen. Het is niet goed doenlijk om in de delictomschrijving 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 en 106 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 in ieder geval om degenen die ten tijde van het faillissement bestuurder of commissaris waren (Hoge Raad 17 november 1972, NJ 1973, 133).

3.3 *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 de dans ontspringen.

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 de vereffening van de boedel 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 een nieuw artikel 344a Sr. Deze strafbepaling wordt in artikel 67 Sv aangemerkt als misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis kan worden toegepast, waardoor adequate bevoegdheden tot opsporing voorhanden zijn.

In de voorgestelde nieuwe delictsomschrijving wordt gesproken van de ‘wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken’. Hiermee wordt gedoeld op de civielrechtelijke normen die ter zake zijn neergelegd in de artikelen 2:10, eerste lid, en 3:15i BW, alsmede artikel 5, eerste lid, juncto artikel 1, tweede lid, van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.

3.4 *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 vooral in het verlengde van de administratieplicht en de bewaarplicht. Immers, 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.

3.5 *De administratieplicht en bewaarplicht*

In de huidige artikelen 341, onderdeel a, onder 4^o, en 343, onderdeel 4^o, Sr is handhaving van de administratieplicht en bewaarplicht strafbaar gesteld als bedrieglijke bankbreuk. Voor deze misdrijven geldt het vereiste dat de dader opzet moeten 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. 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. Anderzijds laat het centraal stellen van het gevolg de ruimte om geringe 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 het huidige artikel 342, onderdeel 3^o, Sr is in aanvulling op het opzettelijk niet voldoen aan de administratieplicht ook strafbaar gesteld het verwijtbaar niet voldoen aan de administratieplicht door bestuurders en commissarissen van een rechtspersoon. Voortbouwend op deze bepaling is in het voorgestelde artikel 344a, derde lid, Sr eveneens het verwijtbaar niet-administreren strafbaar gesteld

3.6 *Algemene strafbaarstelling administratieplicht in WED*

In aanvulling op deze bepalingen 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 voldoen aan verplichtingen tot betaling van belasting 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 allerhande problemen te voorkomen, bijvoorbeeld in de zin van het tegengaan

van allerhande vormen van fraude of van wanbeheer; fraude of wanbeheer kunnen op hun beurt leiden tot een faillissement. 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).

4. 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 gedraging situeert zich vóór het intreden van het faillissement. 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. Voor het vervullen van de delictsomschrijving geldt – ter nadere indicatie van het strafwaardige van de gedraging – het vereiste dat de gedraging een noodzakelijk 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 hoeft 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.

Door vervanging van de term ‘verteringen’ door ‘uitgaven’ wordt verduidelijkt dat het om buitensporige uitgaven zowel buiten als binnen de context van een bedrijf (onverantwoord ondernemerschap) gaat. Beide kunnen relevant zijn bij het faillissement van een natuurlijk persoon, bijvoorbeeld als deze een eenmanszaak bedrijft. In de delictsomschrijving ligt de nadruk op het buitensporige van de uitgaven. Doorgaans wordt ‘buitensporig’ in de context van de bankbreukbepalingen uitgelegd als ‘volstrekt onredelijk’. In de hierboven aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad 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.

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 verduidelijking van de delictsomschrijving. Het strafmaximum waarmee dit misdrijf wordt bedreigd vereist dat misdrijven met opzet op benadeling van de schuldeisers zijn gepleegd. Nu wordt 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 dit 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). 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 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. Vereist is dat het nadeel voor de schuldeisers daarna werkelijk is ingetreden; niet vereist is dat dit onherstelbaar is (vgl. Hilverda, 2009, p. 467 en Hoge Raad 9 februari 2010, NJ 2010, 104).

Onderdeel 3 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’; de situatie omschreven in deze artikelen levert niet alleen een vernietigbare rechtshandeling op, maar tevens een onrechtmatige daad. 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). Artikel 47 Fw ziet op voldoening van opeisbare schulden 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.

5. 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, de desbetreffende strafbaarstellingen meer 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 uitbreidingen van het begrip ‘bestuurder van een rechtspersoon’ gebezigd in deze strafbepalingen.

Artikel 84a

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. Voorgesteld wordt dit te verduidelijken in de daarvoor bestemde betekenistitel 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 dit soort entiteiten, vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen worden gelijkgesteld met een rechtspersoon.

Artikel 342

De delictomschrijving van artikel 342 Sr wordt ingrijpend gewijzigd. De bepaling die thans bestaat uit vier onderdelen wordt gereduceerd tot strafbaarstelling van één gedraging, gepleegd voor het intreden van een faillissement.

Het huidige eerste onderdeel – met betrekking tot handelen in strijd met de statuten, zoals dit naar zijn strekking moet worden begrepen – is opgegaan in de nieuwe, eenduidige redactie 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 – in geval van buitensporige uitgaven – eveneens vervolgd worden op grond van de nieuwe delictomschrijving. Het derde onderdeel, dat zag op het strafbaarstelling van het verwijtbaar niet voldoen aan de administratieplicht, is verplaatst naar artikel 344a, derde lid, Sr-nieuw.

In zijn nieuwe redactie ziet artikel 342 Sr op strafbaarstelling van de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die buitensporig middelen van de rechtspersoon heeft verbruikt, uitgegeven of vervreemd’. Het gaat om de pendant van de strafbaarstelling van buitensporige uitgaven in artikel 340-nieuw Sr, die hier vooral moet worden geplaatst in de sleutel van de vereisten van behoorlijk bestuur. Gedacht kan worden aan de grootschalige speculatie met het vermogen van de rechtspersoon of investeringen in uiterst risicovolle aangelegenheden. Een ander voorbeeld is het toeschuiven van geld, zonder een reële tegenprestatie te verlangen, aan bevriende (zaken)relaties. Als maatstaf geldt telkens of het bewuste handelen buitensporig is, in de zin van volstrekt onredelijk, in verband met de vereisten van behoorlijk bestuur. Opzet op het faillissement is niet vereist; wel moet het handelen tot gevolg hebben dat één of meer schuldeisers zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden.

Artikel 343

In artikel 343 Sr zijn de wijzigingen doorgevoerd op het punt van het aanvullend opzet en op het punt van het tot uitdrukking brengen van het gegeven dat handelingen in voorkomende gevallen vóór en tijdens het faillissement strafbaar zijn, 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. Dit resulteert onder andere in het opgaan van het huidige onderdeel 2°, waarin de strafbaarstelling van het onder de waarde vervreemden van activa was opgenomen, in een nieuw onderdeel 3° waarin het ‘buitensporig

verbruiken, uitgeven of vervreemden van middelen van de rechtspersoon' wordt strafbaar gesteld. Het gaat om een gedraging die identiek is aan het hierboven besproken artikel 342-nieuw Sr, 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 in hun verhaalsmogelijkheden.

6. Strafbaarstelling van laakbaar handelen onafhankelijk van faillissement

In de brief van 26 november 2012 (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74) is 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 een strafbaarstelling van handelen van een bestuurder in strijd met de statuten, tengevolge 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 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.

Voorgesteld wordt om artikel 347 Sr aan te vullen met een nieuw tweede en derde lid. In het tweede lid wordt het buitensporig verbruiken, uitgeven of vervreemden strafbaar gesteld, ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. Daarmee is de delictomschrijving grotendeels gelijklopend aan de nieuw voorgestelde artikelen 342 en 343, onderdeel 2°, Sr, die in het teken staan van handelen in strijd met de vereisten van behoorlijk bestuur. Verwezen kan worden naar de hiervoor in deze memorie gegeven toelichting op deze artikelen. Anders dan bij deze artikelen bepaalt hier het gevolg van het handelen in de zin van 'ernstig nadeel voor de rechtspersoon' mede de strafwaardigheid en de strafbaarheid van het onbehoorlijk handelen van de bestuurder. Een belangrijk verschil is verder dat de strafbaarheid kan ontstaan onafhankelijk van een eventueel op later moment volgend faillissement.

Indien sprake is handelen met het oogmerk op persoonlijke verrijking wordt het strafmaximum op grond van het derde lid verhoogd tot vier jaar gevangenisstraf of een geldboete van de vijfde categorie. Als voorbeeld van gedragingen die vallen onder deze delictomschrijving kan worden gedacht aan 'kick backs': een bestuurder van een rechtspersoon doet namens de rechtspersoon buitensporige uitgaven die vervolgens door de ontvanger weer deels terug worden gestort in het privé-vermogen van de bestuurder. Deze gedraging situeert zich daarmee dicht tegen verduistering in dienstbetrekking aan (artikel 322 Sr). Een ander voorbeeld is een bestuurder die zijn onderneming lukraak een aantal andere ondernemingen laat overnemen teneinde de omzet-gerelateerde bonus die hij ontvangt te doen stijgen.

De voorgestelde uitbreiding van artikel 347 Sr vult het strafrechtelijke instrumentarium ter bestrijding van faillissementsdelicten in twee belangrijke opzichten aan.

Allereerst wordt onbehoorlijk bestuur op gelijke wijze strafbaar zowel wanneer het faillissement is gevolgd, als wanneer dat (nog) niet is gevolgd. Het laatste is van belang indien we ons realiseren dat in gevallen waarin bedrijven van de ondergang worden gered – door overheid of private partijen – dit tot gevolg heeft dat de bepalingen inzake faillissementsfraude (de artikelen 342 en 343 Sr) bij gebrek aan faillissement niet van toepassing zijn. Dit terwijl mogelijk evenzeer sprake is van wanbeheer of frauduleus handelen. Artikel 347, tweede lid, Sr dicht deze lacune.

Voorts biedt het gegeven dat reeds enige tijd voor een eventueel volgend faillissement sprake is van strafbaar handelen, opsporingsdiensten en OM een handvat om ook op dat moment al strafrechtelijk op te treden tegen de ‘foute’ bestuurders. Met dit optreden kan mogelijk ook worden voorkomen dat een bedrijf verder afglijdt richting faillissement en door wanbeheer of fraude steeds meer van de activa verdwijnen. Signalen die wijzen op een situatie waarin mogelijk sprake is van gedragingen die strafbaar zijn gesteld in artikel 347, tweede en derde lid, Sr kunnen bijvoorbeeld tot de politie, FIOD-ECD en OM komen door een aangifte van betrokkenen of informatie van overheidsinstanties als de Belastingdienst. Daarnaast kunnen ook risicomeldingen, gegenereerd door het RADAR-systeem (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 77), een rol spelen.

II. Artikelsgewijze toelichting

ARTIKEL I

Onderdeel A (Artikel 84a Sr)

Deze bepaling is toegelicht in paragraaf 5 van het algemene deel van deze toelichting. Ter aanvulling kan nog worden vermeld dat de omschrijving van de entiteiten in het tweede lid is ontleend aan artikel 51, derde lid, Sr.

Onderdeel B (Artikel 194 Sr)

Voor de hoofdlijnen van de voorgestelde wijziging van artikel 194 Sr wordt verwezen naar paragraaf 3.2 van het algemene deel van deze toelichting. In aanvulling daarop kan hier nog worden vermeld dat de delictomschrijving 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). Verder zij opgemerkt dat in het voorontwerp Insolventiewet (art. 4.1.7) is voorgesteld de reikwijdte van de inlichtingenplicht zoals thans opgenomen in de artikelen 105 en 106 Fw uit te bereiden tot – onder andere – voormalige bestuurders en commissarissen in functie vóór het intreden van het faillissement. In het kader van het concept-wetsvoorstel versterking positie curator, dat met onderhavig wetsvoorstel deel uitmaakt van het project herziening faillissementswet en versterking bestrijding faillissementsfraude, zal een voorstel tot wijziging in deze zin worden gedaan. Het voorgestelde artikel 194 Sr-nieuw heeft door de gekozen formulering (de verwijzing naar wettelijke plichten) bij die uitbreiding van de inlichtingenplicht op het niveau van de Faillissementswet geen wijziging teneinde te kunnen voorzien in strafrechtelijke handhaving van de uitgebreide norm.

Onderdeel C (Artikelen 340 tot en met 344 Sr)

(Artikel 340 Sr)

Voor de toelichting op dit artikel kan worden verwezen naar paragraaf 4 van het algemene deel van deze toelichting.

(Artikel 341 Sr)

Voor een toelichting op dit artikel kan worden verwezen naar paragraaf 4 van het algemene deel van deze toelichting.

(Artikel 342 Sr)

Verwezen wordt naar de toelichting in paragraaf 5 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. Bij de positionering en bepaling van de inhoud van de strafbaarstelling is tevens gekeken naar het Duitse recht (artikel 283 StGB).

(Artikel 343 Sr)

Zie de toelichting in paragraaf 5 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 laat bevoordelen boven andere schuldeisers. Het gaat bij dit laatste om een strafbaarstelling die als het ware het spiegelbeeld is van de voorgestelde artikelen 341, onderdeel 3°, en 343, onderdeel 3°, Sr: in die artikelen wordt immers het wederrechtelijk bevoordelen van de schuldeiser door de failliet strafbaar gesteld. Hier wordt voorzien in strafbaarstelling van de wederpartij van de failliet, waarbij – evenals in geval van artikel 341, onderdeel 3° en artikel 343, onderdeel 3°, Sr – nadere invulling aan de strafrechtelijke norm wordt gegeven door de artikelen 42 en 47 Fw. Voorts is het opzetverband gemoderniseerd en is de term ‘in het vooruitzicht van’, die in de praktijk verwarring opleverde, vervangen door ‘voorafgaand aan’.

Onderdeel D (Artikel 344a)

Voor de toelichting op dit onderdeel kan worden verwezen naar paragraaf 3 van het algemene deel van deze toelichting.

Onderdeel E (Artikel 347 Sr)

Voor de toelichting op dit onderdeel kan worden verwezen naar paragraaf 6 van het algemene deel. Bij de opstelling van de bepaling heeft onder andere de Franse strafbaarstelling van abus de biens sociaux (artikel L. 241-3 van de Code de commerce) tot inspiratie gediend.

ARTIKEL II

Deze wijziging is reeds kort aan de orde gekomen in de paragraaf 3.3 van het algemene deel van deze toelichting. Teneinde de mogelijkheden tot opsporing van deze strafbare feiten te vergroten zijn artikel 344a Sr en artikel 347, tweede 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 3.6 van het algemene deel van deze toelichting.

ARTIKEL IV

Het betreft een gebruikelijke inwerkingtredingsbepaling.