

FAILLISSEMENTSFRAUDE

Afstudeerscriptie



HBO-Rechten Saxion Hogeschool te Enschede
Leerjaar 4 | 2016-2017

Student: A.J. (Loes) Huiskamp
Opdrachtgever: Schol & Gorter Advocaten
Docent: E.D. van Dooren-Wisseborn

Februari 2017 – juni 2017

Persoonsgegevens

Auteur:

A.J. (Loes) Huiskamp

Klas ERE4VB

Studentnr: 345048

345048@student.saxion.nl

Opdrachtgever:

Schol & Gorter Advocaten

Molenstraat 13

7514 DJ Enschede

Praktijkbegeleiding:

Dhr. mr. P.E.M. Schol

Advocaat/curator

p.schol@sgadvocaten.nl

Onderwijsinstelling:

Saxion Hogeschool

M.H. Tromplaan 28

7513 AB Enschede

Academie Bestuur, Recht & Ruimte

Opleiding HBO-Rechten

2016-2017

Onderwijsbegeleiding:

Eerste lezer: mevr. mr. E.D. van Dooren-Wisseborn

Tweede lezer: dhr. mr. N.J.H. Leferink

Samenvatting

Een onderzoek naar onder meer de vaststelling van het verschijnsel van ‘faillissementsfraude’, de (rechts)middelen en bevoegdheden die een curator kan inzetten in voorkomend geval en de relevante criteria en overwegingen die een curator dient mee te nemen bij zijn of haar keuze tot het inzetten van een bepaald (rechts)middel of bepaalde bevoegdheid in geval van faillissementsfraude.

De Belastingdienst, curatoren, Politie en Justitie; allen zijn zij op enige wijze betrokken en belast met de signalering, opsporing, vaststelling dan wel bestrijding van faillissementsfraude. De partijen beschikken hiertoe ieder over hun eigen (rechts)middelen en bevoegdheden en staan elkaar hierin bij. Dit laatste is in lijn met de doelstelling van de overheid; beter samenwerken teneinde fraude te bestrijden.¹ In het onderzoek is gebleken dat het voornoemde in de praktijk nog te wensen over laat. Met een pakkans van slechts 1 tot 2% blijft het daadwerkelijk bestrijden van faillissementsfraude in de praktijk uit, met als belangrijke redenen onder andere de lege boedel-problematiek bij de curator en een gebrek aan capaciteit bij Politie en Justitie.² Fraude in faillissementen is echter een wijd verbreid – en maatschappelijk probleem.

In onderhavig onderzoek is allereerst het begrip en de definitie van faillissementsfraude onderzocht. Het wettelijk kader van faillissementsfraude is beschreven en verschillende fraudeconstructies en vormen van faillissementsfraude zijn benoemd. Aan de hand daarvan is vastgesteld dat in geval van faillissementsfraude de benadeling van de schuldeisers een centrale plek dient in te nemen. Het begrip faillissementsfraude kan worden omschreven als: *gedragingen (van het bestuur) van de gefailleerde die de (opzettelijke) benadeling van de faillissementsschuldeisers tot gevolg kunnen hebben.*

De curator is in geval van een faillissement belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel, maar sinds wetswijzigingen kent de curator tevens een fraude-signalerende functie. In het geval van faillissementsfraude kan de curator, naast het doen van aangifte - / het melden van faillissementsfraude, over verschillende civielrechtelijke instrumenten beschikken. Hiermee kan de curator de faillissementsfraudeur financieel aansprakelijk stellen.³ Voorbeelden van de civielrechtelijke instrumenten zijn het instellen van een rechtsvordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid, op grond van de onrechtmatige daad en/of het vernietigen van een (on)verplichte rechtshandeling.

Onderhavig onderzoek is gericht op de kenmerkende bestanddelen van de wetsebepalingen van de civielrechtelijke instrumenten. De kenmerkende bestanddelen zijn steeds toegelicht aan de hand van de gestelde criteria die voortvloeien uit de jurisprudentie. Vervolgens is nader ingegaan op de toepassing in de praktijk van de verschillende civielrechtelijke acties door de curator. In de bijlagen van het onderzoek zijn de verschillende relevante criteria afsluitend in kaart gebracht door middel van een viertal overzichten.

Door middel van dit onderzoek kan de lezer relatief snel en overzichtelijk inzicht verkrijgen op het gebied van faillissementsfraude, de in te zetten (rechts)middelen en bevoegdheden van de curator in voornoemd geval en de mogelijke aanpak hiervan.

¹ *Kamerstukken II*, 2016/17, 33695, nr. 13

² Bijlage III. Interview Prof. mr. C.M. Hilverda, Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

³ Bijlage V. Interview mr. P. Gorter

Voorwoord

Deze scriptie is geschreven in het kader van de laatste fase van mijn HBO-Rechten opleiding aan de Hogeschool Saxion te Enschede in opdracht van Schol & Gorter Advocaten.

Het onderzoek is gericht op faillissementsfraude en in het bijzonder de daaraan gestelde criteria op grond van de rechtspraak. De afstudeerrichting wekte mijn interesse gezien het feit dat ik momenteel twee jaar werkzaam ben als faillissementsmedewerker. Gedurende het onderzoek heb ik mij als student verder mogen ontwikkelen op het gebied van faillissementsfraude. Ik kijk dan ook terug op een leerzame afstudeerperiode.

Verschillende mensen hebben meegewerkt aan de totstandkoming van dit onderzoek. Allereerst wil ik hiervoor mijn opdrachtgever, Schol & Gorter Advocaten, bedanken. Gedurende het onderzoek heb ik hier gebruik mogen maken van de faciliteiten, de nodige hulp en de aanwezige kennis. In het bijzonder wil ik de heer Schol bedanken voor de inhoudelijke begeleiding van mijn onderzoek. Mevrouw van Dooren-Wisseborn en de heer Leferink wil ik bedanken voor de begeleiding vanuit de onderwijsinstelling. Zij hebben bij de vormgeving van het onderzoek geholpen door middel van feedback en adviezen.

Tevens wil ik alle mensen bedanken die door middel van een interview hun visie vanuit de praktijk hebben gegeven en zodoende betrokken zijn bij dit onderzoek.

Tot slot gaat mijn dank uit naar mijn medestudenten en naasten. Zij hebben mij gedurende het onderzoek aanwijzingen, inzichten, adviezen, steun en motivatie geboden en zodoende bijgedragen aan de totstandkoming van dit onderzoek.

Enschede, 6 juni 2017

Loes Huiskamp

Inhoudsopgave

Lijst met afkortingen	6
Hoofdstuk 1. Inleiding onderzoek	7
1.1 Situatieschets	7
1.2 Opdrachtgever Schol & Gorter Advocaten	8
1.3 Aanleiding van het onderzoek	8
1.4 Doelstelling van het onderzoek	8
1.5 Probleemstelling	9
1.5.1 Onderzoeksvragen	9
1.6 Onderzoeksmethode	9
1.6.1 Interview	10
1.6.2 Documentenanalyse	10
1.7 Betrouwbaarheid, validiteit en bruikbaarheid van het onderzoek	10
Hoofdstuk 2. Inleiding faillissementsfraude	12
2.1 Het faillissement en de faillietverklaring	12
2.2 Faillissementsfraude	12
2.3 Vormen van faillissementsfraude, fraudeurs en constructies	13
2.3.1 Soorten fraudeurs	13
2.3.2 Vormen van faillissementsfraude	14
2.3.3 Fraudeconstructies	14
2.4 Tussenconclusie	16
Hoofdstuk 3. Betrokken partijen en instanties	17
3.1 Curator en Rechter-Commissaris	17
3.2 Belastingdienst	18
3.2.1 FIOD	18
3.3 Ministerie van Veiligheid & Justitie	19
3.4 Politie en OM	20
3.5 Tussenconclusie	21
Hoofdstuk 4. Faillissementsfraude op basis van de wet en de rechtspraak	23
4.1 Strafbaarstelling faillissementsfraude in het strafrecht	23
4.1.1 Bankbreuk	23
4.1.2 Bedrieglijke verkorting	23
4.2 Civielrechtelijke acties faillissementsfraude	25
4.2.1 Bestuurdersaansprakelijkheid	26
4.2.1.1 Onbehoorlijke taakvervulling	26
4.2.1.2 Kennelijk onbehoorlijk bestuur	27
4.2.1.3 Bewijsvermoedens	28
4.2.2 Faillissementspauliana	31
4.2.2.1 Faillissementspauliana onverplichte rechtshandeling	31
4.2.2.2 Faillissementspauliana verplichte rechtshandeling	33
4.2.2.3 Toepassing paulianeus handelen	34
4.2.3 Onrechtmatige daad	35

Hoofdstuk 5. Toepassing van de civielrechtelijke acties door de curator in de praktijk	37
5.1 Bestuurdersaansprakelijkheid: art. 2:9 BW, 2:248 BW en/of 6:162 BW?	37
5.2 Faillissementspauliana: art. 42 Fw, 47 Fw en/of 6:162 BW?	37
5.3 Financieringsbronnen voor de curator	38
Hoofdstuk 6. Conclusies en aanbevelingen	40
6.1 Begrip faillissementsfraude	40
6.1.1 Aanpak en vaststelling van faillissementsfraude op grond van het strafrecht ...	40
6.1.2 Aanpak en vaststelling van faillissementsfraude op grond van het civiel recht .	41
6.1.2.1 Bestuurdersaansprakelijkheid	41
6.1.2.2 Vernietiging van een paulianeuze rechtshandeling	42
6.1.3 Financiering van een rechtsvordering op grond van het civielrecht	44
6.2 Aanbevelingen	44
Literatuurlijst	46
Bijlagen	51
Bijlage I: Overzichten Hoofdstuk 4. Faillissementsfraude in de wet en rechtspraak	52
Bijlage II: Wetsartikelen Hoofdstuk 4	56
Bijlage III: Uitwerking interview Prof. mr. C.M. Hilverda	63
Bijlage IV: Uitwerking interview mr. P.E.M. Schol	65
Bijlage V: Uitwerking interview mr. P. Gorter	68
Bijlage VI: Uitwerking interview mr. P. Weenink	70
Bijlage VII: Standaardformulier MELDING Faillissementsfraude	72
Bijlage VIII: Vergoedingsregeling curatoren voor het doen van aangifte faillissementsfraude	76
Bijlage IX: Garantstellingsregeling curatoren 2012	79
Bijlage X: Verklaring gebruikte hulpmiddelen	91

Lijst met afkortingen

Art.	Artikel (met betrekking tot wet- en regelgeving)
Artt.	Artikelen (met betrekking tot wet- en regelgeving)
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
B.V.	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
FIOD	Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst
Fw	Faillissementswet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
KvK	Kamer van Koophandel
Mr.	Meester (in de rechten)
N.V.	Naamloze vennootschap
OM	Openbaar Ministerie
OvJ	Officier van Justitie
Polw 2012	Politiewet 2012
Prof.	Hoogleraar
Rb.	Rechtbank (hierna volgt de naam van het arrondissement)
R-C	Rechter-Commissaris
SGA	Schol & Gorter Advocaten (opdrachtgever)
Sr	Wetboek van Strafrecht
Wet RO	Wet op de Rechtelijke Organisatie
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

Hoofdstuk 1. Inleiding onderzoek

1.1 Situatieschets

Faillissementsfraude; een groot, kostbaar en maatschappelijk probleem.

Het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) bracht in december 2016 in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Veiligheid & Justitie, het onderzoeksrapport: “Oorzaken en schulden van de in 2015 beëindigde faillissementen” uit. Uit het onderzoeksrapport blijkt onder meer dat van de in 2015 failliet gegane bedrijven in 30,1% van de gevallen wordt vermoed dat sprake is van de benadeling van schuldeisers.⁴ Ten opzichte van 2010 is dit een stijging van 6,5%; zo schreef de minister van Veiligheid & Justitie in een brief aan de Tweede Kamer op 12 december 2016 naar aanleiding van het onderzoeksrapport.⁵

De minister schreef tevens in deze brief dat de stijging van het percentage van de benadeling van schuldeisers niet onverwacht komt. Doordat betere samenwerking en een keten brede en integrale aanpak van faillissementsfraude immers tot meer inzicht in mogelijke faillissementsfraude leidt, en er steeds meer aandacht is voor het melden van vermoedens.⁶ Het doel is om de bewustwording van frauderisico's te vergroten, faillissementsfraude tijdig te kunnen signaleren en om beter samen te werken teneinde het plegen van fraude te verstoren dan wel zo moeilijk mogelijk te maken.⁷

De maatschappelijke en politieke aandacht voor het voorkomen, detecteren en bestrijden van fraude is toegenomen.⁸ Desondanks klinkt uit de praktijk een ander signaal, nu onder andere volgens prof. mr. C.M. Hilverda, hoogleraar faillissementsfraude aan de Universiteit van Nijmegen, in 2012 slechts 2% van alle faillissementsfraudezaken daadwerkelijk resulteerde tot strafrechtelijke vervolging.⁹ Fred Speijers (voormalig landelijk fraudeofficier) en Dato Steenhuis (voormalig procureur-generaal) concludeerden in ZEMBLA dat de pakkans slechts 1% tot 1,5% is, waarmee Politie en Justitie waarneembaar falen in de bestrijding van faillissementsfraude.¹⁰

De gedane schattingen over de omvang van faillissementsfraude en de hiermee gepaarde kosten wijken eveneens sterk af van de stelling van de minister dat de gehanteerde aanpak tot een effectieve bestrijding van faillissementsfraude zou leiden.¹¹ Schattingen van de schade die faillissementsfraude jaarlijks aanricht, variëren van bedragen van enkele honderden miljoenen euro's tot bedragen van jaarlijks een paar miljard euro.^{12 13} Feit is dat faillissementsfraude jaarlijks een aanzienlijk bedrag kost en deze vorm van fraude bovendien een sterke horizontale werking heeft.¹⁴ Dit wil zeggen dat niet de overheid, maar juist de burger door deze vorm van fraude wordt geschaad.¹⁵ Ondernemingen krijgen hun facturen niet betaald, werknemers krijgen hun loon niet betaald en er wordt geen belasting afgedragen; uiteindelijk betaalt de samenleving de rekening van faillissementsfraude.^{16 17}

⁴ CBS en WODC 2016, *Faillissementen oorzaken en schulden 2015*

⁵ *Kamerstukken II*, 2016/17, 33695, nr. 13

⁶ *Kamerstukken II*, 2016/17, 33695, nr. 13

⁷ *Kamerstukken II*, 2016/17, 33695, nr. 13

⁸ *Kamerstukken II*, 2016/17, 33695, nr. 13

⁹ Hilverda 2012, p. 6

¹⁰ Zembla.vara.nl, *Nederland fraudeland*

¹¹ *Kamerstukken II*, 2016/17, 33695, nr. 13

¹² Om.nl, *Faillissementsfraude*

¹³ Hilverda 2012, p. 6

¹⁴ MvT 2013, *Wetsvoorstel van wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude*

¹⁵ Verantwoordingsonderzoek.rekenkamer.nl, *Fraude en faillissementsfraude*

¹⁶ Om.nl, *Faillissementsfraude*

1.2 Opdrachtgever Schol & Gorter Advocaten

Schol & Gorter Advocaten (SGA), opgericht in maart 2013, is een relatief nieuw en jong kantoor. SGA richt zich als advocatenkantoor voornamelijk op de ondernemer op het gebied van ondernemingsrechtelijke commerciële juridische dienstverlening, waaronder het insolventierecht. Naast het adviseren en procederen op het gebied van het insolventierecht, worden drie van de vier advocaten van SGA met regelmaat aangesteld als curator in faillissementen. Met name de praktijkcoach van dit onderzoek, mr. P.E.M. Schol, is hoofdzakelijk werkzaam op het gebied van het insolventierecht.¹⁸

1.3 Aanleiding van het onderzoek

Bij het signaleren, opsporen, vaststellen en bestrijden van faillissementsfraude zijn verschillende (landelijke) instanties direct, dan wel indirect, betrokken. De (landelijke) instanties zijn onder meer: de Belastingdienst, het Openbaar Ministerie (OM), de Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (FIOD), het Ministerie van Veiligheid & Justitie en de nationale Politie.^{19 20}

In de praktijk zijn met name de curator en de Rechter-Commissaris (R-C) rechtstreeks betrokken bij de behandeling van het faillissement. Deze partijen worden op grond van de Faillissementswet (Fw) door de rechtbank benoemd en aangesteld. De curator in een faillissement is op grond van art. 68 Fw belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De R-C houdt hierop toezicht, een en ander op grond van art. 64 Fw.

Ieder van de hiervoor genoemde partijen beschikken in meer of mindere mate over eigen (rechts)middelen en bevoegdheden teneinde het signaleren, opsporen, vaststellen en bestrijden van faillissementsfraude. Maar zoals hiervoor reeds beschreven werd, laat dit in de praktijk te wensen over.^{21 22}

De curatoren werkzaam bij de opdrachtgever behoren tot één van de direct betrokken partijen op het gebied van het signaleren, opsporen, vaststellen en bestrijden van faillissementsfraude. Door middel van het onderhavige onderzoek wordt in kaart gebracht welke omstandigheden, gevallen en situaties in de praktijk aangemerkt (kunnen) worden als faillissementsfraude. Door het in kaart brengen van de criteria die van belang zijn voor het vaststellen van faillissementsfraude, kan de curator (rechts)middelen en bevoegdheden hiertoe op passende wijze en doelgericht inzetten. De curatoren werkzaam bij de opdrachtgever kunnen zodoende effectiever en efficiënter te werk gaan bij constatering van gevallen van faillissementsfraude.

1.4 Doelstelling van het onderzoek

Het interne doel van het onderzoek is het uiteenzetten van criteria die in de praktijk van belang zijn gebleken voor de vaststelling van faillissementsfraude. Hiertoe zijn met name reeds vastgestelde faillissementsfraudezaken op basis van relevante jurisprudentie geanalyseerd. Aan de hand daarvan is beoordeeld of hierin specifieke kenmerken c.q. kernpunten van belang zijn gebleken voor de vaststelling van faillissementsfraude.

Vervolgens is beoordeeld welke criteria in geval van faillissementsfraude van belang blijken bij het inzetten van een bepaald (rechts)middel of bepaalde bevoegdheid. Het voornoemde kennisdoel is aan de hand van de geformuleerde probleemstelling en de hieraan gekoppelde onderzoeksvragen beantwoord (zie paragraaf 1.5).

¹⁷ Hilverda 2012, p. 6

¹⁸ Sgadvocaten.nl

¹⁹ Om.nl, *Faillissementsfraude*

²⁰ Scharenborg 2016, p. 35-39

²¹ Mvt 2013, *Wetsvoorstel van wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude*

²² Hilverda 2012, p. 6

Het externe doel in het onderzoek is in ieder geval van informatieve aard en een verrijking van kennis voor de curatoren werkzaam bij de opdrachtgever. Het onderzoek is praktisch inzetbaar. Het uiteenzetten van relevante criteria waarbij in de praktijk (vermoedelijk) wordt gesproken van faillissementsfraude, kan bijdragen aan een meer effectieve en meer efficiënte manier van werken. Hiermee kunnen de curatoren, werkzaam bij de opdrachtgever, de behandeling van gevallen van faillissementsfraude verder verbeteren.

1.5 Probleemstelling

De geformuleerde probleemstelling dient als de centrale vraag binnen het onderzoek²³ en luidt als volgt:

“Welke criteria stelt de rechtspraak aan de vaststelling van faillissementsfraude en welke criteria dienen de curatoren werkzaam bij de opdrachtgever mee te nemen bij zijn/haar keuze voor het inzetten van een bepaald (rechts)middel of bepaalde bevoegdheid in geval van faillissementsfraude?”

1.5.1 Onderzoeksvragen

De onderzoeksvragen dienen gezamenlijk ter beantwoording van de probleemstelling.²⁴ Aan de hand van de voornoemde probleemstelling zijn de onderstaande onderzoeksvragen geformuleerd:

1. *“Wat is faillissementsfraude en welke partijen zijn in de praktijk betrokken en belast met de signalering, opsporing, vaststelling en bestrijding van faillissementsfraude?”*

2. *“Welke gevallen en situaties zijn in het verleden in de rechtspraak reeds als faillissementsfraudezaken aangemerkt en welke criteria zijn bij de vaststelling van belang gebleken?”*

3. *“Welke (rechts)middelen en bevoegdheden kan een curator in geval van faillissementsfraude inzetten en welke criteria dienen de curatoren werkzaam bij de opdrachtgever mee te nemen bij zijn/haar keuze voor het inzetten hiervan?”*

1.6 Onderzoeksmethode

Er is sprake van een praktijkgericht juridisch onderzoek, meer specifiek een kwalitatief onderzoek.²⁵ Gedurende het onderzoek vond een casestudy plaats. Om informatie te verzamelen en kennis te verwerven teneinde de uitvoering van het onderzoek, zijn verschillende (rechts)bronnen geraadpleegd.²⁶ Gedurende het onderzoek zijn de verschillende (rechts)bronnen op de inhoud geanalyseerd, vergeleken en geïnterpreteerd. Naast rechtsbronnen is de voorhanden zijnde literatuur, alsmede personen en media als bron van informatie geraadpleegd.²⁷

Om de juiste informatie uit de (rechts)bronnen te halen zijn verschillende onderzoeksmethoden in de casestudy toegepast.²⁸ Men spreekt van *triangulatie*.²⁹ Door de toepassing van triangulatie is een meer volledig beeld geschetst van faillissementsfraude. Er is vanuit verschillende invalshoeken en met verschillende onderzoeksmethoden gewerkt. Hiermee is de betrouwbaarheid van het onderzoek verhoogd.³⁰ De navolgende onderzoeksmethoden zijn in dit onderzoek gecombineerd;

²³ Van Schaaijk 2011, p. 60

²⁴ Van Schaaijk 2011, p. 68-69

²⁵ Van Schaaijk 2011, p. 80

²⁶ Van Schaaijk 2011, p. 83

²⁷ Van Schaaijk 2011, p. 85

²⁸ Van Schaaijk 2011, p. 87

²⁹ Van Schaaijk 2011, p. 81

³⁰ Verhoeven 2011, p. 167

documentenanalyse en interviews.³¹ Daarnaast is gedurende de uitvoering van het onderzoek gebruik gemaakt van overleg- en terugkoppelmomenten. Deze momenten hebben wekelijks dan wel tweewekelijks plaatsgevonden met de opdrachtgever, begeleider en/of medestudenten. Hier zijn steeds meningen en adviezen van derden geïnventariseerd en meegenomen bij de uitvoering van het onderzoek. In de navolgende paragrafen worden de onderzoeksmethoden interview en documentenanalyse nader uiteengezet.

1.6.1 Interview

In het onderzoek is gebruik gemaakt van een half gestructureerd interview. Deze structuur is tijdens de interviews gehanteerd zodat in het interview dieper kon worden ingegaan op de onderwerpen die werden besproken. De interview-onderzoeksmethode neemt veel tijd in beslag. Door een goede tijdsplanning van de interviews, is deze bron efficiënt gebleken.

Mr. P.E.M. Schol en mr. P. Gorter, werkzaam bij de opdrachtgever, treden regelmatig op als curator in faillissementen en zijn zodoende in de praktijk betrokken bij de afwikkeling van faillissementen en het daarbij horende onderzoek naar mogelijk gepleegde faillissementsfraude. De voornoemde advocaten zijn geïnterviewd om een beter beeld te krijgen van de huidige, door hen toegepaste, werkpraktijk. Daarnaast is mr. P. Weenink, werkzaam als advocaat en curator bij Haafkes en Van Gorp Advocaten, geïnterviewd om een beeld te krijgen van de door hem toegepaste werkpraktijk. Prof mr. C.M. Hilverda, hoogleraar faillissementsfraude aan de Universiteit van Nijmegen, is tevens bereid geweest om een gesprek aan te gaan binnen het kader van dit onderzoek.

Met de interviews van de voornoemde personen is vanuit verschillende invalshoeken (deskundige) informatie verkregen aangaande de werkpraktijk van curatoren met betrekking tot faillissementsfraude. De uitwerkingen van de interviews zijn als bijlagen bij dit onderzoek gevoegd (zie Bijlage III, IV, V en VI).

1.6.2 Documentenanalyse

Naast de interviewmethode is in het onderzoek hoofdzakelijk gebruik gemaakt van bestaand materiaal. Hiervan is gebruik gemaakt omdat er over het onderwerp veel bestaand materiaal beschikbaar is. Deze onderzoeksmethode heeft ervoor gezorgd dat het onderzoek niet onnodig veel tijd vergde. Tevens heeft dit ervoor gezorgd dat de kosten van het onderzoek laag zijn gebleven; hierdoor zijn de gebruikte bronnen efficiënt.

Het onderzoek richt zich voor een groot deel op faillissementen waarbij reeds is vastgesteld dat van faillissementsfraude sprake is. Hiertoe is de voorhanden zijnde jurisprudentie geraadpleegd. Verder gebruikte (rechts)bronnen betreffen de voorhanden zijnde geldende wet- en regelgeving en overige documenten zoals Kamerstukken en (vak)literatuur.

De relevante (rechts)bronnen zijn gedurende het onderzoek nader geanalyseerd en geïnterpreteerd. Het gebruikte materiaal is hoofdzakelijk wetenschappelijk van aard en heeft te gelden als een betrouwbare bron van informatie.

1.7 Betrouwbaarheid, validiteit en bruikbaarheid van het onderzoek

De validiteit (geldigheid) van het onderzoek hangt samen met de betrouwbaarheid van het onderzoek.³² Het afnemen van interviews kan de validiteit van het onderzoek in gevaar brengen.³³ Om de betrouwbaarheid en validiteit van het onderzoek te verhogen en het voornoemde probleem te ondervangen, is gebruik gemaakt van triangulatie (zie paragraaf 1.6). Er zijn verschillende

³¹ Van Schaaijk 2011, p. 88-89

³² Verhoeven 2011, p. 168

³³ Verhoeven 2011, p. 196-197

onderzoeksmethoden met elkaar gecombineerd.³⁴ Veel informatie uit de afgenomen interviews wordt bevestigd door middel van de voorhanden zijnde literatuur.

Er is sprake van een kwalitatief onderzoek; zodoende is slechts een kleine selectie van personen geïnterviewd. Gelet op het voorgaande, is enkel de mening en werkwijze van de geïnterviewde personen onderzocht. De interviews hebben plaatsgevonden in afzonderlijke ruimtes en zijn opgenomen door middel van opnameapparatuur. Hierdoor is er geen belangrijke informatie verloren gegaan. Van de interviews is een uitwerking gemaakt, maar de gegevens zijn hierbij geparafraseerd of samengevat en niet uit hun verband genomen. Ter controle zijn de uitgewerkte versies van de interviews nadien aan de geïnterviewden voorgelegd. Dit draagt bij aan een betrouwbaar en valide onderzoek.

Het (rechts)bronnen- en literatuuronderzoek dat is uitgevoerd, is betrouwbaar en valide. Het gebruikte materiaal is hoofdzakelijk wetenschappelijk van aard en zorgt voor betrouwbare informatie. De gebruikte bronnen zijn toelaatbaar, vakkundig en worden erkend door vakgenoten. De gegevens zijn gebruikt door middel van een citaat, geparafraseerd of samengevat, maar niet uit hun verband genomen. Dit draagt bij aan een betrouwbaar en valide onderzoek. Daarnaast maken de literatuurverwijzingen het antwoord controleerbaar. Door middel van voetnoten wordt steeds verwezen naar de vindplaatsen van de (rechts)bronnen. Aan het einde van het onderzoek is een complete literatuurlijst opgenomen. Hiermee is de betrouwbaarheid van het onderzoek verhoogd.³⁵

Indien de betrouwbaarheid en de validiteit van een onderzoek te wensen overlaten, kan het onderzoek toch bruikbaar zijn. Veel onderzoeken worden gebruikt ter verbetering van de eigen organisatie, het uitstippelen van een bepaald beleid of om een bepaalde discussie aan te snijden.³⁶

³⁴ Van Schaaijk 2011, p. 87

³⁵ Verhoeven 2011, p. 167

³⁶ Verhoeven 2011, p. 171

Hoofdstuk 2. Inleiding faillissementsfraude

2.1 Het faillissement en de faillietverklaring

In september 1893 trad de Faillissementswet (Fw) in werking, waarbij het faillissement in die tijd door de regering werd gezien als *‘een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen des schuldenaars ten behoeve zijner gezamenlijke schuldeisers’*.³⁷

In art. 1 lid 1 Fw is het faillissement als volgt gedefinieerd:

De schuldenaar die in de toestand verkeert van het *ophouden met betalen* kan bij rechtelijk vonnis in staat van faillissement worden verklaard, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer zijner schuldeisers. Het opgehouden te betalen is dus bepalend voor de faillietverklaring van een schuldenaar. Als schuldenaar kunnen zowel natuurlijke – als rechtspersonen worden aangemerkt.

Het faillissement dient ertoe om het gehele vermogen van de schuldenaar onder de gezamenlijke schuldeisers te verdelen conform de wettelijke rangorde. Dit gebeurt door middel van een gerechtelijk beslag op – en executie van het gehele vermogen van de schuldenaar.³⁸

Het gehele vermogen van de schuldenaar per datum faillissement, alsmede hetgeen de gefailleerde gedurende het faillissement verwerft, worden gezamenlijk ook wel aangeduid als de *‘boedel’*.³⁹ Na aftrek van de kosten van het faillissement en andere boedelschulden, komt de resterende boedel conform de wettelijke rangorde ten goede aan de schuldeisers die op datum faillissement reeds een vordering op de gefailleerde hadden.⁴⁰

2.2 Faillissementsfraude

Zoals onder paragraaf 2.1 reeds is beschreven definieert het faillissement zich met de toestand van *het opgehouden te betalen*. Of er wel of geen geld is, is in deze dus niet bepalend. Nu zal de eerlijke gemiddelde gefailleerde inderdaad over weinig tot geen geld meer beschikken, maar hoe zit dit met de oneerlijke gefailleerde; de fraudeur?⁴¹

Faillissementsfraude is geen uitzondering, maar een wijd verbreid en veel besproken onderwerp in zowel de media als in de politiek (zie paragraaf 1.1).^{42 43} Toch blijkt deze fraudevorm en de omvang van het probleem voor veel mensen onbekend terrein.^{44 45}

Faillissementsfraude is in het Wetboek van Strafrecht (Sr) strafbaar gesteld en wordt hier aangeduid als *‘bankbreuk’*. Desondanks wordt het begrip niet nauw omschreven door de wetgever en kent het geen vaste definitie. Oud-minister Opstelten definieerde faillissementsfraude als het misbruik maken van een faillissementsprocedure om financieel gewin te behalen.⁴⁶ De Hoge Raad schetste de formulering: *‘bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers van de rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard’*.^{47 48} Volgens NRC spreekt men van faillissementsfraude wanneer de schuldeisers worden benadeeld door het onttrekken van goederen en geld aan de gefailleerde boedel.⁴⁹ Volgens prof. mr. C.M. Hilverda is sprake van faillissementsfraude indien

³⁷ *Kamerstukken II*, 1890/91, 100, nr. 3

³⁸ Hilverda 2012, p. 3

³⁹ Adriaansens 1998, p. 11

⁴⁰ Adriaansens 1998, p. 11

⁴¹ Scharenborg 2016, p. 11

⁴² Hilverda 2012, p. 5

⁴³ Philips, *FIP*, 2013/14, p. 114

⁴⁴ Brouwer, *TvI*, 2014/15, p. 86

⁴⁵ Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

⁴⁶ *Kamerstukken II*, 2010/11, 29 911, nr. 52

⁴⁷ HR 9 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BI4691

⁴⁸ HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:166

⁴⁹ NRC.nl, *Faillissementsfraude kent geen eenvoudige definitie*

faillissementsschuldeisers op wederrechtelijke wijze opzettelijk (dreigen te) worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden.⁵⁰ Mr. R.F. Feenstra schrijft in het Tijdschrift voor Insolventierecht juist dat de definitie van faillissementsfraude breder is dan enkel het benadelen van de boedel; hij onderscheidt verschillende soorten fraude in groepen.⁵¹

INSOLAD, de vereniging voor insolventierecht advocaten, hanteert een standaardformulier MELDING Faillissementsfraude. Uit dit formulier blijkt dat onder faillissementsfraude wordt verstaan:

'De verdenking van vermoedelijke overtreding van:

- *art. 340 Sr t/m art. 343 Sr (eenvoudige of bedrieglijke bankbreuk);*
- *art. 344 Sr (bedrieglijke bankbreuk door derden);*
- *deelneming aan misdrijven art. 340 Sr t/m art. 344 Sr (bijv. medeplegen ex. art. 47 e.v. Sr);*
- *art. 194 Sr (opzettelijke schending faillissementsrechtelijke inlichtingenplicht.*

En/of de (eventueel hiermee gepaard gaande) commune delicten:

- *art. 225 Sr: valsheid in geschrifte;*
- *art. 321 Sr: verduistering;*
- *art. 326 Sr: oplichting;*
- *art. 326a Sr: flessentrekkerij;*
- *art. 420bis: opzettelijk witwassen; en*
- *art. 68 en 69 AWR: onjuiste c.q. geen fiscale aangifte.'*⁵²

Afgeleid van de verschillende formuleringen uit onder andere de voormelde bronnen kan het begrip faillissementsfraude worden omschreven als; *gedragingen van (het bestuur van) de gefailleerde die de (opzettelijke) benadeling van de faillissementsschuldeisers tot gevolg kunnen hebben;* met name op grond van de hiervoor genoemde wetsartikelen. In onderhavig onderzoek zal dit dan ook gelden als de definitie van faillissementsfraude. Hierbij dient de kanttekening te worden gemaakt dat binnen het kader van dit onderzoek met name van belang is onder welke omstandigheden de rechtspraak van faillissementsfraude spreekt. Immers, het onderzoek richt zich op de uiteenzetting van relevante criteria die de rechtspraak stelt aan de vaststelling van faillissementsfraude (zie paragrafen 1.3 en 1.4).

2.3 Vormen van faillissementsfraude, fraudeurs en constructies

In de voorgaande paragrafen werd reeds beschreven dat faillissementsfraude geen eenduidige definitie kent, maar dat *de benadeling van schuldeisers* een centrale plek inneemt in geval van faillissementsfraude. In de praktijk zijn er verschillende vormen van faillissementsfraude die voorkomen, maar er kan ook onderscheid worden gemaakt tussen soorten fraudeurs en tussen de verschillende constructies die worden gebruikt. Ter verduidelijking van het begrip en het verschijnsel *faillissementsfraude* worden in de navolgende sub-paragrafen soorten fraudeurs, vormen van faillissementsfraude en fraudeconstructies uiteengezet.

2.3.1 Soorten fraudeurs

Allereerst dient bij fraudeurs een onderscheid te worden gemaakt tussen de gelegenheids- en de beroepsfraudeurs. Daarnaast kent men de (frauderende) financiële instellingen, die vanwege hun bijzondere informatiepositie een dreigend faillissement eerder kunnen voorzien.⁵³

De gelegenheidsfraudeur is een 'amateur'; een persoon die met een dreigend faillissement wordt

⁵⁰ Hilverda 2012, p. 3

⁵¹ Feenstra, *TvI*, 2014/15, p. 83

⁵² Bijlage VII. Standaardformulier MELDING Faillissementsfraude

⁵³ Scharenborg 2016, p. 11

geconfronteerd en vervolgens een wederrechtelijk voordeel tracht te halen uit het niet vooropgezette faillissement.⁵⁴ Bij de gelegenheidsfraudeur is er veelal sprake van eenvoudige faillissementsfraude waar sporen worden achtergelaten. Hier kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het ontbreken van administratie en/of het onttrekken van goederen aan de boedel.⁵⁵

Bij de beroepsfraudeur c.q. de georganiseerde fraudeur is er sprake van een 'professional'. Het faillissement wordt hier als een doelbewust middel ingezet om op onrechtmatige wijze vermogen aan de boedel te onttrekken.⁵⁶ Het gaat veelal om omvangrijke fraudebedragen en er wordt gebruik gemaakt van (juridische) constructies om de fraude te verhullen, dan wel aansprakelijkheid en/of vervolging te voorkomen.⁵⁷ Men spreekt van *complexe faillissementsfraude*, waarbij het fraudeonderzoek bijzondere financiële kennis vergt.⁵⁸

2.3.2 Vormen van faillissementsfraude

- *Buitensporige uitgaven en het onttrekken van vermogen;*

Buitensporige uitgaven zien op het verbrassen dan wel opmaken van geld. Bij het onttrekken van vermogen gaat het om het wegnemen c.q. verduisteren van geld of goederen. Bijvoorbeeld het weghalen van een auto of het wegnemen van kasgeld.⁵⁹ De gevolgen hiervan zijn dat het uitgegeven geld of het onttrokken vermogen niet in de failliete boedel vloeit en derhalve niet meer ten goede kan komen aan de faillissementsschuldeisers.^{60 61} De schuldeisers worden alsdan evident benadeeld.

- *Bevoordelen van partijen;*

Bij het bevoordelen van partijen is het niet de gefailleerde die direct naar zichzelf toe het vermogen onttrekt, maar wordt het voordeel ondergebracht bij een andere (derde) partij. Dit gebeurt bijvoorbeeld door het verkopen van goederen tegen een te lage waarde aan familie of vrienden.⁶² Vervolgens kan de gefailleerde gebruik blijven maken van het goed of het goed doorverkopen voor een reële prijs.⁶³ De schuldeisers worden benadeeld doordat het vermogen niet – of slechts de te lage verkoopprijs – in de boedel vloeit.⁶⁴

Bij het bevoordelen van partijen kan het ook gaan om het selectief voldoen van bepaalde schuldeisers.⁶⁵ Op grond van art. 3:277 BW geldt het *paritas creditorum* beginsel; het principe dat alle schuldeisers gelijk zijn, behoudens door de wet erkende voorrang.

Het selectief betalen van schulden als zodanig is niet onrechtmatig. Maar indien en zodra bekend wordt dat er onvoldoende middelen beschikbaar zijn om alle schuldeisers te kunnen voldoen, dan wel het faillissement onvermijdelijk blijkt, handelt men met selectieve betalingen in strijd met het *paritas creditorum* beginsel.⁶⁶ De achtergebleven onbetaalde schuldeisers worden benadeeld.

2.3.3 Fraudeconstructies

Naast de soorten fraudeurs en verschillende vormen van faillissementsfraude, kan men verschillende

⁵⁴ Feenstra, *Tvl*, 2014/15, p. 83

⁵⁵ Scharenborg 2016, p. 12

⁵⁶ Hilverda 2012, p. 4

⁵⁷ Feenstra, *Tvl*, 2015/14, p. 85

⁵⁸ Bijlage VIII. Vergoedingsregeling curatoren voor het doen van aangifte faillissementsfraude

⁵⁹ Bijlage V. Interview mr. P. Gorter

⁶⁰ Om.nl, *Faillissementsfraude*

⁶¹ Scharenborg 2016, p. 14-15

⁶² Knecht e.a. 2005, p. 18-19

⁶³ Scharenborg 2016, p. 15-16

⁶⁴ Om.nl, *Faillissementsfraude*

⁶⁵ Scharenborg 2016, p. 16

⁶⁶ HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669

fraudeconstructies onderscheiden. Fraudeconstructies zijn manieren waarop de fraudeur probeert om de ontdekking van fraude of aansprakelijkstelling te voorkomen.⁶⁷ Het toepassen van een dergelijke constructie kan duiden op faillissementsfraude. Immers, waarom wordt een dergelijke constructie toegepast? In deze paragraaf worden voorbeelden van mogelijke fraudeconstructies kort uiteengezet.

- *Wegsluisoma;*

De wegsluitoma is een bevriende relatie die geld, goederen of documenten buiten het zicht van de curator houdt. De goederen die onttrokken zijn aan de boedel worden tijdelijk bij 'oma' gestald en vloeien derhalve niet in de failliete boedel.⁶⁸

- *Plof B.V.;*

Een Plof B.V. is kortgezegd een rechtspersoon die door de gefailleerde leeggehaald wordt. De gefailleerde verduistert de goederen van de besloten vennootschap zodat deze geen voorraad meer heeft en failliet gaat.⁶⁹ Als bestuurder van de vennootschap is het niet verstandig om met de eigen B.V. te 'ploffen', doordat er nadien veel sporen kunnen achterblijven. De beroepsfraudeur maakt dienaangaande veelal gebruik van de zogenaamde Plank B.V. Dit is een lege B.V. die een 'bv-handelaar' als het ware heeft klaarliggen 'op de plank'. Bij het aankopen van een Plank B.V. zouden onzuivere motieven vaak een rol spelen.^{70 71}

- *Sterfhuis;*

In feite is een sterfhuisconstructie een grote onttrekking van de activa en renderende activiteiten van een onderneming, die vervolgens worden overgeheveld naar een andere onderneming. De passiva (schulden) blijven achter in de oorspronkelijke onderneming; die vervolgens failliet gaat.⁷² Een sterfhuisconstructie is op zichzelf niet onrechtmatig, dit is afhankelijk van de intentie en de uitvoering die eraan wordt gegeven. Zo mag de boedel niet worden benadeeld en moet er een reële prijs worden betaald voor de activa. Het sterfhuis mag niet misbruikt worden om banen te schrappen of om aan ontslagvergoedingen te ontkomen en van het bestuur mag worden verwacht dat de liquidatie zorgvuldig geschiedt en dat daarbij zorgvuldig wordt omgegaan met de belangen van crediteuren.^{73 74}

- *Katvangers;*

Een katvanger, ook wel stroman genoemd, is iemand die formeel op de voorgrond treedt om de werkelijke opdrachtgever buiten zicht te houden. De katvanger kan zich vlak voor datum faillissement laten inschrijven als de formeel bestuurder van de onderneming, waardoor de daadwerkelijk frauderende bestuurder in eerste instantie uit het zicht van de curator kan blijven.⁷⁵ Bij katvangers gaat het vaak om personen die al (geld)problemen hebben en hun diensten willen verrichten in ruil voor een geldbedrag.⁷⁶

- *Zetelverplaatsing;*

Het verplaatsten van een statutaire zetel naar een andere vestigingsplek is geen fraudeconstructie op

⁶⁷ Scharenborg 2016, p. 14

⁶⁸ Trouw.nl, *Strijden tegen wegsluitoma's en plof bv's*

⁶⁹ Hof Arnhem 20 juni 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ8568

⁷⁰ Scharenborg 2016, p. 17

⁷¹ Trouw.nl, *Strijden tegen wegsluitoma's en plof bv's*

⁷² Scharenborg 2016, p. 19

⁷³ HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:AB2388

⁷⁴ Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3057

⁷⁵ Scharenborg 2016, p. 20

⁷⁶ Om.nl, *OM Utrecht gaat katvangen per 1 oktober vervolgen*

zich en niet strafbaar; tenzij dit alleen gedaan wordt om de rechtsgang te frustreren.⁷⁷ Bij deze fraudevorm wordt de zetel veelal naar het buitenland verplaatst, zodat de afwikkeling en aansprakelijkstelling door het buitenlandse rechtssysteem wordt bemoeilijkt.⁷⁸

- *Wegmaken en/of manipuleren van administratie;*

De gefailleerde heeft er belang bij dat de gepleegde fraude niet te destilleren is uit de administratie. Faillissementsfraude gaat daarom veelal gepaard met het niet bijhouden -, aanpassen - of weggooien van administratie.^{79 80} Op grond van art. 2:10 BW is het bestuur van een rechtspersoon echter verplicht om een deugdelijke administratie te voeren. Op grond van art. 3:15i BW geldt de administratieplicht eveneens voor een natuurlijk persoon in de uitoefening van een zelfstandig beroep of bedrijf.

2.4 Tussenconclusie

Het faillissement dient ertoe om het gehele vermogen van de schuldenaar onder de gezamenlijke schuldeisers te verdelen conform de wettelijke rangorde. Dit gebeurt door middel van een gerechtelijk beslag op – en executie van het gehele vermogen van de schuldenaar. Het faillissement definieert zich met de toestand van *het opgehouden te betalen*. Of er wel of geen geld is, is dus niet bepalend.

Fraude in faillissementen is een wijd verbreid maatschappelijk probleem en strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht. Desondanks is het begrip niet nauw omschreven door de wetgever en kent het geen vaste definitie.

Afgeleid van de verschillende beschreven fraudevormen, fraudeconstructies en formuleringen uit verschillende literatuurbronnen, kan worden geconcludeerd dat in geval van faillissementsfraude *de benadeling van de schuldeisers* een centrale plek inneemt. Het begrip faillissementsfraude kan worden omschreven als: *gedragingen van (het bestuur van) de gefailleerde die (de opzettelijke) benadeling van de faillissementsschuldeisers tot gevolg kunnen hebben*.

⁷⁷ Rb. Amsterdam 1 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9883

⁷⁸ Scharenborg 2016, p. 20

⁷⁹ Hilverda 2012, p. 5

⁸⁰ Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol, Bijlage V. Interview mr. P. Gorter, Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

Hoofdstuk 3. Betrokken partijen en instanties

Zoals reeds kort werd benoemd onder paragraaf 1.3 zijn met name de curator en de R-C rechtstreeks op grond van de wet betrokken bij de behandeling van het faillissement. Deze partijen spelen dan ook veelal een rol bij de signalering, opsporing, vaststelling en bestrijding van faillissementsfraude, maar zij staan hierin niet alleen.

Met het signaleren, opsporen, vaststellen en bestrijden van faillissementsfraude zijn verschillende partijen en (landelijke) instanties belast.^{81 82} Immers, betere samenwerking en een keten brede en integrale aanpak van faillissementsfraude leidt tot meer inzicht in faillissementsfraude.⁸³

'Fraude is een groot maatschappelijk probleem dat niet zomaar verdwijnt. Om fraude aan te pakken, moeten we samenwerken'; aldus Opstelten, voormalig minister van Veiligheid & Justitie tijdens het Fraude Film Festival in 2014.⁸⁴

In de navolgende paragrafen worden de verschillende betrokken partijen en (landelijke) instanties benoemd en wordt hun positie binnen de aanpak van faillissementsfraude in kaart gebracht. Zodoende wordt meer inzicht en context gegeven aan het verschijnsel van faillissementsfraude en de huidige aanpak hiervan.

3.1 Curator en Rechter-Commissaris

De curator in een faillissement is op grond van art. 68 Fw belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De Rechter-Commissaris (R-C) houdt hierop toezicht op grond van art. 64 Fw. Curatoren worden op grond van art. 14 Fw door de rechtbank bij vonnis aangesteld. De R-C wordt op grond van art. 14 Fw op gelijke wijze benoemd.^{85 86} De taak van de curator is oorspronkelijk gericht op het afhandelen van de boedel, maar kent sinds wetswijzigingen tevens een fraude-signalerende functie.^{87 88 89} Meningen en visies ten aanzien van de fraude-signalerende functie van de curator lijken sterk uiteen te lopen. Zo wordt vanuit de praktijk het maatschappelijk belang om faillissementsfraude op te sporen enerzijds erkend, maar is een gehoord bezwaar anderzijds dat de curator geen onbezoldigd opsporingsambtenaar moet worden.⁹⁰ Voorts is het vooralsnog onduidelijk in hoeverre wat van de curator wordt verwacht in het kader van de fraude-signalering. Hoever mag/moet de curator gaan? Wat als de curator niet voldoet aan de taak van fraude-signalering? Er heerst nog veel onduidelijkheid hieromtrent.

Wel is duidelijk dat indien er signalen zijn van faillissementsfraude, de curator deze allereerst zelf zal onderzoeken. De curator brengt de situatie voor zichzelf en voor de R-C in kaart. Vervolgens kan de curator (met toestemming van de R-C) kiezen om het fraudeonderzoek zelf uit te voeren, maar ook de Belastingdienst (FIOD) en/of de Politie kunnen hiertoe worden verzocht (zie paragrafen 3.2 en 3.4).^{91 92} Om faillissementsfraude op te sporen en taken naar behoren te kunnen uitoefenen dient de curator over informatie te beschikken. Hiertoe rust bijvoorbeeld een informatieverplichting op de gefailleerde en diens (oud-)bestuurders op grond van de artt. 105 en 106 Fw. Daarnaast beschikt de

⁸¹ Hilverda 2012, p. 9

⁸² Bijlage V. Interview mr. P. Gorter, Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

⁸³ *Kamerstukken II*, 2016/17, 33695, nr. 13

⁸⁴ Rijksoverheid.nl, *Minister bij opening fraude filmfestival*

⁸⁵ Polak 2014, p. 2 en p. 249

⁸⁶ Hilverda 2012, p. 9

⁸⁷ Stb 2016, nr. 153/154

⁸⁸ Scharenborg 2016, p. 8

⁸⁹ *Kamerstukken I*, 2014/15, 33994, A

⁹⁰ Bijlage III. Interview Prof. mr. C.M. Hilverda, Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol, Bijlage V. Interview mr. P. Gorter, Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

⁹¹ Scharenborg 2016, p. 41

⁹² Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

curator over verschillende (rechts)middelen en bevoegdheden die in geval van daadwerkelijke faillissementsfraude kunnen worden ingezet. Deze (rechts)middelen en bevoegdheden worden in de hoofdstukken 4 en 5 besproken.

3.2 Belastingdienst

De Belastingdienst is namens de Rijksoverheid belast met de heffing en invordering van rijksbelastingen en premies volksverzekeringen op grond van de Invorderingswet 1990 (IW 1990) en de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR).

In veel faillissementen is de Belastingdienst één van de grootste schuldeisers en daarmee is het tegelijkertijd één van de belangrijkste slachtoffers van faillissementsfraude.⁹³ De totale onbetaalde schuld van de in 2015 beëindigde faillissementen bedroeg 4,9 miljard euro, waarvan 754 miljoen euro (15,4%) preferente vorderingen van de Belastingdienst betrof.⁹⁴

Doordat iedere meerderjarige in Nederland belasting moet betalen, beschikt de Belastingdienst over een dossier van iedere meerderjarige Nederlander. Het belastingdossier kan in geval van faillissement gedurende het faillissementsonderzoek als belangrijke informatiebron dienen.^{95 96} De Belastingdienst dient vermoedens van faillissementsfraude te melden aan de Boete-fraudecoördinator. Daarnaast heeft de Belastingdienst de taak om met de curator in overleg te treden en te informeren omtrent de vermoedens van faillissementsfraude.⁹⁷ Op grond van art. 67 lid 2 sub c IW 1990 jo. art. 43 AWR mag de Belastingdienst gegevens verstrekken aan de curator, die door of namens de gefailleerde zelf zijn verstrekt aan de Belastingdienst. Op grond van art. 36.2 van de Leidraad Invordering 2008 kan de Belastingdienst tevens aanvullende informatie verstrekken, bijvoorbeeld ten aanzien van het vermogen en de verhaalspositie van (ex-)bestuurders van de gefailleerde vennootschap. Om aan dit informatieverzoek te kunnen voldoen dient de curator wel voornemens te zijn tot aansprakelijkstelling van de (ex-)bestuurders.⁹⁸ Tevens moet bij deze informatieverstrekking een fiscaal belang gediend zijn; de Belastingdienst dient een crediteur in het faillissement te zijn.

De Belastingdienst kan ook zelf overgaan tot aansprakelijkstelling teneinde de geleden schade door fraude te beperken. Echter, zoals omschreven in art. 36.1 van de Leidraad Invordering 2008 geniet aansprakelijkstelling door de curator de voorkeur, tenzij blijkt dat de bewijspositie van de Belastingdienst sterker is. Daarnaast kan de Belastingdienst op grond van art. 73.1.4 van de Leidraad Invordering 2008 de curator onder bepaalde omstandigheden ondersteunen door middel van de Proceskostengarantie in een gerechtelijke procedure (niet zijnde de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure) (zie paragraaf 5.3).⁹⁹

3.2.1 FIOD

De Belastingdienst heeft een aantal kerntaken waaronder het opsporen van fiscale –, economische – en financiële fraude. Deze opsporingstaak is uitbesteed aan een specialistische divisie binnen de Belastingdienst genaamd de Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (FIOD).¹⁰⁰ De FIOD (en de Bovenregionale Recherche) behandelen de meer complexe fraudezaken.^{101 102}

⁹³ Hilverda 2012, p. 12

⁹⁴ CBS en WODC 2016, *Faillissementen oorzaken en schulden 2015*

⁹⁵ Scharenborg 2016, p. 35

⁹⁶ Bijlage V. Interview mr. P. Gorter, Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

⁹⁷ Hilverda e.a 2009, p. 522-524

⁹⁸ Bijlage V. Interview mr. P. Gorter

⁹⁹ Bijlage V. Interview mr. P. Gorter

¹⁰⁰ Belastingdienst.nl, *Wat doet de FIOD*

¹⁰¹ Hilverda e.a 2009, p. 520-521

¹⁰² Politie.nl, *Fraude*

De FIOD krijgt dagelijks fraudemeldingen binnen. Deze meldingen worden gedaan door de Belastingdienst zelf, maar ook door de Politie, de Douane of de oplettende burger.¹⁰³ De FIOD onderzoekt na de fraudemelding of er sprake is van fraude en verzamelt informatie. De verzamelde informatie wordt vervolgens besproken met het Openbaar Ministerie (OM). Het OM bepaalt uiteindelijk of de verdachte strafrechtelijk wordt vervolgd of niet (zie paragraaf 3.4).¹⁰⁴ Het OM kan daarnaast ook bepalen dat een *toezichthouder* een sanctie oplegt, zoals een heffing of boete. Voorbeelden van toezichthouders zijn de Belastingdienst zelf, de Nederlandsche Bank en de Nederlandse Zorgautoriteit.¹⁰⁵

De Belastingdienst, via de FIOD, is in de praktijk dus betrokken en belast met *de opsporing, vaststelling en bestrijding van faillissementsfraude*. De Belastingdienst kent daarnaast een *signalerende functie*. Er wordt in de praktijk veel samengewerkt met curatoren. Dit is in lijn met de doelstelling van de overheid; beter samenwerken teneinde fraude te bestrijden.¹⁰⁶ Echter, betere samenwerking en ruimere informatieverstrekking blijkt nog een veelgehoorde wens vanuit de praktijk. Curatoren blijken bij de informatieverstrekking vanuit deze instanties regelmatig op privacywetgeving te stuiten.¹⁰⁷

3.3 Ministerie van Veiligheid & Justitie

Het Ministerie van Veiligheid & Justitie is verantwoordelijk voor de rechtsorde in Nederland, het werkt aan een veiliger en rechtvaardiger samenleving en grijpt daar waar nodig in.¹⁰⁸ Zo ook op het gebied van faillissementsfraude. Het is de (mede-)verantwoordelijkheid van het Ministerie om curatoren, Politie en Justitie voldoende faciliteiten te bieden, zodat zij de aan hun opgedragen taken naar behoren kunnen uitoefenen.¹⁰⁹ Met betrekking tot faillissementsfraude is binnen het ministerie de Dienst JUSTIS verantwoordelijk voor de zogenaamde Garantstellingsregeling voor curatoren, één van de faciliteiten die door het Ministerie kan worden verstrekt aan curatoren (zie paragraaf 5.3).¹¹⁰ Een andere faciliteit die de Dienst JUSTIS faciliteert is informatieverstrekking aan curatoren. De Dienst JUSTIS screent sinds 1 juni 2011 doorlopend (rechts)personen en hun bestuurders op integriteit op grond van de Wet controle op de rechtspersonen.¹¹¹ Het Ministerie, via de Dienst JUSTIS, heeft toegang tot exclusieve informatiebronnen. De Dienst JUSTIS analyseert deze informatie en kan zodoende mogelijke fraude c.q. misbruik constateren.¹¹² Curatoren kunnen bij de Dienst JUSTIS zogenoemde netwerktekeningen opvragen; in de netwerktekeningen worden onderlinge relevante relaties tussen de bevraagde (rechts)personen weergegeven.¹¹³ Een deel van de gebruikte informatiebronnen bevat echter besloten informatie waarvan de curator geen gebruik mag maken.¹¹⁴ Hier klinkt vanuit de werkpraktijk van curatoren opnieuw de wens om een betere en ruimere informatievoorziening.¹¹⁵

¹⁰³ Belastingdienst.nl, *Hoe werkt de FIOD*

¹⁰⁴ Bijlage III. Interview Prof. mr. C.M. Hilverda

¹⁰⁵ Belastingdienst.nl, *Hoe werkt de FIOD*

¹⁰⁶ *Kamerstukken II*, 2016/17, 33695, nr. 13

¹⁰⁷ Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol, Bijlage V. Interview mr. P. Gorter, Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

¹⁰⁸ Rijksoverheid.nl, *Ministerie van Veiligheid & Justitie*

¹⁰⁹ Hilverda 2012, p. 13

¹¹⁰ Justis.nl, *Garantiestellingsregeling*

¹¹¹ Justis.nl, *Dienst JUSTIS*

¹¹² *Kamerstukken II*, 2011/12, 29911, nr. 57

¹¹³ Scharenborg 2016, p. 36

¹¹⁴ *Kamerstukken II*, 2011/12, 29911, nr. 57

¹¹⁵ Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol, Bijlage V. Interview mr. P. Gorter, Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

3.4 Politie en OM

Voor de Politie bestaat een taak om faillissementsfraude op te sporen en voor Justitie (het Openbaar Ministerie; OM) de taak om deze fraude te vervolgen indien het civiele – en/of het fiscale recht tekortschiet. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de curator wegens gebrek aan (administratieve-, financiële-, en/of dwang)middelen, niet in staat is om de fraude te bewijzen en/of de weggesluisde activa niet kan achterhalen.¹¹⁶ Binnen de politieorganisatie legt iedere eenheid zich toe op fraudebestrijding.¹¹⁷ De primaire taak met betrekking tot het verrichten van opsporingsonderzoek in eenvoudige faillissementsfraudezaken ligt bij de regionale Politie.¹¹⁸ Zaken die complexer zijn worden door de Bovenregionale Recherche of de FIOD uitgevoerd (zie paragrafen 3.2.1 en 3.4).^{119 120}

Het Ministerie van Veiligheid & Justitie is verantwoordelijk voor de rechtsorde in Nederland. Politie en Justitie (het OM met haar Officieren van Justitie) vallen onder het voornoemde ministerie en zijn belast met de daadwerkelijke en/of strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde in Nederland. Uit art. 124 Wet op de Rechtelijke Organisatie (Wet RO) blijkt dat het OM onder andere belast is met de *strafrechtelijke handhaving* van de rechtsorde.

Het OM heeft een centrale plaats in de strafvordering door middel van het *vervolgingsmonopolie* en het gezag over de Politie.¹²¹ Het OM bepaalt uiteindelijk welke zaken er worden vervolgd.¹²² De Officieren van Justitie (OvJ's) vertegenwoordigen het OM hierin en zijn op grond van de artt. 9 en 148 Wetboek van Strafvordering (Sv) tevens belast met de vervolging en opsporing van strafbare feiten.

De Politie heeft op grond van art. 3 van de Politiewet 2012 (Polw 2012) tot taak de *daadwerkelijke handhaving* van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven, in ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag en de geldende rechtsregels.

Politie en Justitie blijken in de praktijk belast met *de opsporing, vaststelling en bestrijding van faillissementsfraude*, maar bij de uitoefening van werkzaamheden staat de Politie onder het gezag van het OM en op grond van art. 12 Polw 2012 tevens onder het gezag van de OvJ.

De curator kan bij de Politie aangifte doen van faillissementsfraude. Een voordeel voor de curator om de Politie in te schakelen is dat de kosten van het onderzoek niet ten laste van de boedel komen.¹²³

Een ander voordeel is dat Politie en Justitie over meer (dwang)middelen beschikken dan de curator en zodoende meer bewijs kunnen vergaren om faillissementsfraude en/of weggesluisde activa op te sporen.¹²⁴ Tevens, wanneer geen vermogen voorhanden blijkt, kunnen vrijheidsstraffen en andere niet-vermogensrechtelijke sancties ervoor zorgen dat de fraude niet ongestraft blijft.¹²⁵

Een groot nadeel dat kleeft aan het inschakelen van Politie en Justitie is de beperkte capaciteit. Slechts een beperkt aantal zaken wordt onderzocht. In 2012 concludeerde Fred Speijers (voormalig landelijk fraudeofficier) en Dato Steenhuis (voormalig procureur-generaal) in *ZEMBLA* dat de pakkans voor het plegen van faillissementsfraude slechts 1% tot 1,5% is.¹²⁶ Deze zeer geringe pakkans blijkt de

¹¹⁶ Hilverda 2012, p. 14

¹¹⁷ Politie.nl, *Fraude*

¹¹⁸ Hilverda e.a. 2009, p. 520-521

¹¹⁹ Hilverda e.a. 2009, p. 520-521

¹²⁰ Politie.nl, *Fraude*

¹²¹ Om.nl

¹²² Bijlage III. Interview Prof. mr. C.M. Hilverda

¹²³ Scharenborg 2016, p. 43

¹²⁴ Hilverda 2012, p. 31

¹²⁵ Scharenborg 2016, p. 43

¹²⁶ Zembla.vara.nl, *Nederland fraudeland*

belangrijkste reden voor curatoren om geen aangifte te doen van faillissementsfraude.^{127 128 129}

Bovendien wordt de tijd die met het doen van aangifte is gemoeid lang niet altijd vergoed bij een lege faillissementsboedel. Enkel indien de curator expliciet wordt uitgenodigd tot het doen van aangifte en deze aangifte daadwerkelijk leidt tot opsporing, vindt een vergoeding plaats van maximaal vijf uren.^{130 131} Andere nadelen van het Politie – en Justitieonderzoek zijn de lange onderzoeksduur en, gezien de beperkte informatieverstrekking, het door de curator kwijtraken van de controle over het onderzoek.¹³² Vanuit de praktijk worden de voornoemde nadelen erkend.¹³³

3.5 Tussenconclusie

Betrokken partijen en instanties bij de aanpak van faillissementsfraude			
Ministerie van Veiligheid & Justitie	Belastingdienst (FIOD)	Curator (R-C)	Politie en Justitie
- Betrokken bij de totstandkoming van de wetgeving en de uitvoering hiervan. Biedt faciliteiten o.a. aan curatoren, politie en justitie.	- De FIOD is een bijzondere opsporingsdienst van de Belastingdienst. Beide hebben opsporende, vaststellende en bestrijdende functies. De Belastingdienst kent tevens een signalerende functie.	- Signalerende, opsporende, vaststellende en bestrijdende functie. De curator staat bij de uitoefening van zijn werkzaamheden onder toezicht van de R-C.	- Opsporende, vaststellende en bestrijdende functie. De politie staat bij de uitoefening van werkzaamheden onder het gezag van Justitie.

De Belastingdienst, curatoren, Politie en Justitie; allen zijn zij op enige wijze betrokken en belast met de signalering, opsporing, vaststelling dan wel bestrijding van faillissementsfraude. De partijen beschikken hiertoe ieder over hun eigen (rechts)middelen en bevoegdheden en staan elkaar hierin bij. Dit laatste is in lijn met de doelstelling van de overheid; beter samenwerken teneinde fraude te bestrijden.¹³⁴ Hetgeen in de praktijk nog te wensen over laat. Immers, betere samenwerking en ruimere informatieverstrekking is nog een veelgehoorde wens vanuit de praktijk.¹³⁵ Curatoren blijken bijvoorbeeld bij de informatieverstrekking in de praktijk tegen privacywetgeving aan te lopen.

Het Ministerie van Veiligheid & Justitie faciliteert de (rechts)middelen en bevoegdheden voor onder andere curatoren en Justitie en is verantwoordelijk voor de rechtsorde. Maar met een pakkans van slechts 1 tot 2% blijft het daadwerkelijk bestrijden van faillissementsfraude in de praktijk uit, met als belangrijke redenen onder andere de lege boedel-problematiek bij de curator en een gebrek aan

¹²⁷ Hilverda 2012, p. 15

¹²⁸ Knecht e.a. 2005, p. 136-137

¹²⁹ Bijlage V. Interview mr. P. Gorter, Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

¹³⁰ Hilverda 2012, p. 16

¹³¹ Bijlage VIII. Vergoedingsregeling curatoren voor het doen van aangifte faillissementsfraude

¹³² Scharenborg 2016, p. 43

¹³³ Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol, Bijlage V. Interview mr. P. Gorter, Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

¹³⁴ Kamerstukken II, 2016/17, 33695, nr. 13

¹³⁵ Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol, Bijlage V. Interview mr. P. Gorter, Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

capaciteit bij Politie en Justitie.¹³⁶ De gefaciliteerde (rechts)middelen en bevoegdheden (mede vanuit het Ministerie van Veiligheid & Justitie) kunnen vooralsnog als onvoldoende worden beschouwd.

De voornoemde problematiek oplossen ligt buiten handen van de curator.

De curatoren werkzaam bij de opdrachtgever kunnen binnen de wettelijke kaders alleen invloed uitoefenen op hun eigen werkwijze en trachten zo efficiënt mogelijk onderzoek te voeren naar (mogelijke) faillissementsfraude. Het praktisch uiteenzetten van criteria van omstandigheden die in de rechtspraak reeds van belang zijn gebleken voor het aanmerken van faillissementsfraude, kunnen een positieve bijdrage leveren aan de werkwijze van de curator en de mate van efficiënt onderzoek.

¹³⁶ Bijlage III. Interview Prof. mr. C.M. Hilverda, Bijlage VI. Interview mr. P. Weenink

Hoofdstuk 4. Faillissementsfraude op basis van de wet en de rechtspraak

4.1 Strafbaarstelling faillissementsfraude in het strafrecht

Door de wetgever is faillissementsfraude strafbaar gesteld in de artt. 340 t/m 344 Wetboek van Strafrecht (Sr) en wordt faillissementsfraude aangeduid als *'bankbreuk' (eenvoudige bankbreuk, bedrieglijke bankbreuk en/of bedrieglijke bankbreuk door derden)*.¹³⁷

In de wetsbepalingen van de strafrechtelijke bankbreukdelicten ziet men de strafbaarstelling van de in hoofdstuk 2 reeds beschreven fraudevormen terugkomen;

- Het onttrekken van vermogen (paragraaf 2.3.2) → art. 341 sub a lid 1 Sr;
- Het bevoordelen van schuldeisers (paragraaf 2.3.2) → art. 341 sub a lid 3 Sr;
- Het wegmaken en/of manipuleren van administratie (paragraaf 2.3.3) → art. 342 lid 3 Sr.

De strafrechtelijke bepalingen worden in de praktijk door de curatoren werkzaam bij opdrachtgever hoofdzakelijk toegepast en ingezet met betrekking tot het doen van aangifte - / het melden van faillissementsfraude.¹³⁸ Immers, het vervolgingsmonopolie is in handen van het OM (zie paragraaf 3.4) Dit valt ook af te leiden uit het Standaardformulier MELDING Faillissementsfraude dat wordt gehanteerd door INSOLAD.¹³⁹

Ter verduidelijking van de strafbepalingen die van belang zijn bij het doen van aangifte - / het melden van faillissementsfraude, worden de bestanddelen van de bankbreukdelicten nader toegelicht. In de navolgende paragrafen worden de kenmerkende bestanddelen van de bankbreukdelicten en de hieraan gestelde criteria op grond van de jurisprudentie uiteengezet.

4.1.1 Bankbreuk

Aan het begrip bankbreuk wordt door de wetgever zelf geen nadere omschrijving gegeven. Ook bij de curatoren werkzaam bij de opdrachtgever doemt de vraag op over wat nou precies als fraude kan worden gedefinieerd.¹⁴⁰

In de strafbepalingen van de artt. 340 en 342 Sr spreekt de wetgever van *'eenvoudige bankbreuk'* en in de artt. 341 sub a, 343 en 344 Sr wordt gesproken van *'bedrieglijke bankbreuk en/of bedrieglijke bankbreuk door derden'* gebezigd in de woorden; *'ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers'*.

De woorden *'ter verkorting van de rechten der schuldeisers'* en *'de benadeling der schuldeisers'* worden onder andere door de wetgever door elkaar gebruikt en zijn zodoende onderling inwisselbaar.¹⁴¹ Voor de vaststelling van bankbreuk c.q. faillissementsfraude blijkt dus wederom *de benadeling van de schuldeisers* van belang. Eerder werd faillissementsfraude binnen het kader van dit onderzoek al gedefinieerd als: *'gedragingen van (het bestuur van) de gefailleerde die (de opzettelijke) benadeling van faillissementsschuldeisers tot gevolg kunnen hebben'* (zie paragraaf 2.2).

4.1.2 Bedrieglijke verkorting

Voor de aansluitende vraag of er dan sprake is van eenvoudige of bedrieglijke bankbreuk dient onder andere te worden vastgesteld of volgens het bestanddeel *'ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers'* is gehandeld. De functie die het woord *'bedrieglijk'* heeft in de artt. 341 sub a, 343 en 344 Sr is dat hier sprake moet zijn van *opzet gericht op het gevolg van de benadeling van de schuldeisers*.¹⁴² Voor de vaststelling van eenvoudige bankbreuk geldt dit vereiste niet.

¹³⁷ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, artt. 340-344 Sr

¹³⁸ Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol, Bijlage V. Interview mr. P. Gorter

¹³⁹ Bijlage VII. Standaardformulier MELDING Faillissementsfraude

¹⁴⁰ Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol

¹⁴¹ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, zie titel bankbreukdelicten – art. 340-344 Sr

¹⁴² HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:166

In 2010 heeft de Hoge Raad in verscheidene arresten meer duidelijkheid gegeven omtrent de inhoud en betekenis van het bestanddeel ‘ter bedrieglijke verkorting van de rechten van der schuldeisers’.¹⁴³ In 2017 herhaalde de Hoge Raad de relevante overwegingen met betrekking tot het bestanddeel.¹⁴⁴ Het bestandsdeel brengt tot uitdrukking dat de verdachte de *opzet* moet hebben gehad op de verkorting van de rechten van de schuldeisers; *voorwaardelijke opzet* is in dat verband voldoende. Voor het bewijs van de opzet is tenminste vereist dat de handeling van de verdachte de *aanmerkelijke kans* op verkorting van de rechten van de schuldeisers heeft doen ontstaan.¹⁴⁵ Met een aanmerkelijke kans wordt *een redelijke mate van waarschijnlijkheid* bedoeld.¹⁴⁶

- *Voorbeelden uit de jurisprudentie betreffende eenvoudige – en bedrieglijke bankbreuk;*
Voor de strafbaarstelling van faillissementsfraude op grond van de bankbreukdelicten blijkt uit de rechtspraak dat de (opzettelijke) benadeling van de schuldeisers onder meer van belang is. Hetgeen, zoals hiervoor beschreven, wordt verder verduidelijkt door middel van de onderstaande jurisprudentie voorbeelden.

Ontbreken opzet: eenvoudige bankbreuk volgt;

De Officier van Justitie stelde in casu dat bij de verdachte bestuurder sprake was van voorwaardelijke opzet op de verkorting van de rechten van de schuldeisers. De verdachte bestuurder verklaarde dat hij onbedoeld katvanger is geweest (zie paragraaf 2.3.3). De rechtbank gaat hierin mee; ‘hoewel die intentie naïef is te noemen (...) kan niet worden gezegd dat verdachte de (voorwaardelijke) opzet heeft gehad eventuele schuldeisers te benadelen’. Eenvoudige bankbreuk door de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon volgt.¹⁴⁷

Opzet: bedrieglijke bankbreuk volgt;

Verdachte bestuurder verklaarde geruime tijd rekening te houden met een mogelijk faillissement en was op de hoogte van een zeer ondeugdelijke administratie binnen de onderneming (zie paragraaf 2.3.3). Volgens het hof is het een feit van algemene bekendheid dat nalatigheid in het voeren van een deugdelijke administratie, leidt tot tenminste een aanmerkelijke kans op de benadeling van de schuldeisers in het faillissement. Ook de verdachte bestuurder, temeer gelet op zijn beroep als kandidaat-notaris, moet hiervan op de hoogte zijn geweest. Desondanks werden geen maatregelen getroffen door de betreffende bestuurder. Het hof leidt hieruit af dat de verdachte bestuurder hiermee de aanmerkelijke kans bewust heeft aanvaard en zodoende ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers van de rechtspersoon heeft gehandeld.¹⁴⁸

Voor de vaststelling van bedrieglijke bankbreuk dient sprake te zijn van (*voorwaardelijke*) *opzet gericht op het gevolg van de benadeling van de schuldeisers*. Voor het bewijs van de opzet geldt het vereiste dat de verdachte de aanmerkelijke kans op de benadeling van de schuldeisers heeft doen ontstaan. Een redelijke mate van waarschijnlijkheid is hierbij voldoende.

Voor de vaststelling van eenvoudige bankbreukdelicten op grond van de artt. 340 en 342 Sr wordt het opzetcriterium niet gesteld. Er wordt verondersteld dat deze gedragingen de benadeling van de faillissementsschuldeisers tot gevolg hebben. Of opzet bij die benadeling aanwezig is en/of er daadwerkelijk sprake is van benadeling, behoeft niet ten laste te worden gelegd of bewezen.¹⁴⁹

Zie Bijlage I. Aangifte – /melding faillissementsfraude voor een overzicht van deze paragraaf.

¹⁴³ HR 9 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BI4691, HR 16 februari 2010, LJN:BK4797, HR 11 mei 2010, LJN:BL7662

¹⁴⁴ HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:166

¹⁴⁵ HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:166

¹⁴⁶ HR 22 december 2009, NJ 2010, 273

¹⁴⁷ Rb. Rotterdam 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8103

¹⁴⁸ Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:351, HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:430

¹⁴⁹ HR 13 december 2011, LJN:BQ4673

4.2 Civielrechtelijke acties faillissementsfraude

Zoals hiervoor reeds beschreven, worden de strafrechtelijke bepalingen in de praktijk door de curator toegepast en ingezet met betrekking tot het doen van aangifte – / het melden van faillissementsfraude.¹⁵⁰ Immers, het OM heeft het vervolgingsmonopolie (zie paragraaf 3.4). Naast de strafbaarstelling van faillissementsfraude op grond van de hiervoor beschreven bankbreukdelicten, kan de curator nog over verschillende civielrechtelijke instrumenten beschikken.¹⁵¹ Deze instrumenten dienen om rechtshandelingen ten gevolge waarvan de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld, aan te tasten en het onttrokken vermogensbestanddeel terug te brengen in het vermogen in de staat waarin dit rechtens had moeten zijn zonder de gewraakte handelingen.¹⁵² Hieruit blijkt opnieuw dat de *benadeling van schuldeisers* een centrale plek inneemt bij de vaststelling van faillissementsfraude. Voorbeelden van de civielrechtelijke instrumenten zijn het instellen van een rechtsvordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid, op grond van de onrechtmatige daad en/of het vernietigen van een (on)verplichte rechtshandeling.¹⁵³

Civielrechtelijke acties zijn gericht op het financieel aansprakelijk stellen van de fraudeur.¹⁵⁴ De interpretatie en toepassing van veel van deze rechtsregels vloeit voort uit de jurisprudentie. Codificatie in de wetgeving van de door de Hoge Raad uitgesproken rechtsregels zou mogelijk verduidelijking kunnen geven.¹⁵⁵ Echter, dit is vooralsnog niet aan de orde. Dienaangaande richt onderhavig onderzoek zich op de kenmerkende bestanddelen van deze wetsbepalingen, toegelicht aan de hand van de gestelde criteria die voortvloeien uit de jurisprudentie. Onder meer aan de hand van de onderstaande casuspositie worden de civielrechtelijke instrumenten van de curator in de navolgende paragrafen nader, doch bondig, uiteengezet. De civielrechtelijke instrumenten die achtereenvolgens aan bod komen zijn de bestuurdersaansprakelijkheid, de faillissementspauliana en de onrechtmatige daad.

Casus Financial Air B.V.

“Financial Air B.V. is een beleggingsinstelling in financiële activa. Henk is enig aandeelhouder en bestuurder van Financial Air B.V. Op 1 januari 2017 is Financial Air B.V. failliet gegaan. De oorzaak van het faillissement zou hoofdzakelijk gelegen zijn in de economische crisis. Daarnaast zouden er een aantal verkeerde investeringen zijn gedaan. Mr. Jansen is als curator aangesteld.

Na verscheidene verzoeken heeft de curator geen complete administratie ontvangen en blijft het voor de curator onmogelijk om de opgegeven activiteiten en informatie van de gefailleerde te toetsen.

Door middel van nader onderzoek stuit de curator op verschillende bankafschriften waaruit blijkt dat Henk als bestuurder enkele goederen voor aanzienlijke bedragen heeft aangekocht. Deze goederen heeft de curator echter niet in de boedel aangetroffen. Op de rekening-courant van Financial Air B.V. staat een negatief saldo van € 150,-

¹⁵⁰ Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol, Bijlage V. Interview mr. P. Gorter

¹⁵¹ Bijlage V. Interview mr. P. Gorter

¹⁵² HR 22 mei 1992, NJ 1992/526

¹⁵³ Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol

¹⁵⁴ Hilverda 2012, p. 9-10

¹⁵⁵ Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol

4.2.1 Bestuurdersaansprakelijkheid

Henk is als bestuurder van Financial Air B.V. in beginsel niet aansprakelijk voor het handelen in de uitoefening van zijn taak als vertegenwoordiger van de rechtspersoon. Iedere rechtspersoon is namelijk een zelfstandig drager van rechten en plichten.

Onder bepaalde omstandigheden is doorbraak van aansprakelijkheid echter wel mogelijk. Hiertoe heeft de wetgever een aantal wetsbepalingen opgenomen die misbruik van een rechtspersoon moeten tegengaan. Het onderzoek beperkt zich hierin tot de interne – en externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de artt. 2:9 en 2:248 BW.¹⁵⁶

- *Interne – en externe bestuurdersaansprakelijkheid;*

De curator van Financial Air B.V. heeft de mogelijkheid om Henk als bestuurder persoonlijk aansprakelijk te stellen voor het tekort van de boedel. Dit wordt de externe bestuurdersaansprakelijkheid genoemd. De externe bestuurdersaansprakelijkheid is voor besloten vennootschappen in art. 2:248 BW uitgewerkt en voor naamloze vennootschappen in art. 2:138 BW.¹⁵⁷ Alleen de curator van het faillissement kan een beroep doen op de externe aansprakelijkheid op grond van de voornoemde wetsartikelen. Gelet op de grote gelijkenis tussen beide wetsartikelen en de rechtsvorm van Financial Air B.V., blijft art. 2:138 BW verder buiten beschouwing.

Tegenover de externe bestuurdersaansprakelijkheid staat de interne bestuurdersaansprakelijkheid, uitgewerkt in art. 2:9 BW. Art. 2:248 BW geldt alleen in geval van faillissement; art. 2:9 BW kan ook daarbuiten gelden. Op de werking van dit artikel kunnen de rechtspersoon en diens vertegenwoordigers een beroep doen. In geval van faillissement is dat tevens de curator. De curator van Financial Air B.V. kan dus een beroep doen op zowel art. 2:248 BW als art. 2:9 BW. De wet staat het de curator zelfs toe om een keuze te maken tussen interne – en/of externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 8 BW.¹⁵⁸

Voor aansprakelijkheid van Henk op grond van art. 2:9 BW dient volgens de wetgever sprake te zijn van een *onbehoorlijke taakvervulling*. Op grond van art. 2:248 BW geldt het criterium van *kennelijk onbehoorlijk bestuur*. In de navolgende paragrafen wordt de gestelde criteria aan de hand van de casuspositie en de relevante jurisprudentie uiteengezet.

4.2.1.1 Onbehoorlijke taakvervulling

Art. 2:9 BW bepaalt dat Henk als bestuurder jegens de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de aan hem opgedragen taak. Het tweede lid van art. 2:9 BW bepaalt dat voor een *onbehoorlijke taakvervulling* sprake dient te zijn van een situatie waarin Henk als bestuurder een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt.¹⁵⁹

Een ernstig verwijt betekent niet dat er sprake moet zijn van fraude. Er dient door Henk te zijn gehandeld op een wijze als *geen redelijk handelend bestuurder zou hebben gedaan*.¹⁶⁰ Klaarblijkelijke onkunde en grove fouten pleiten de bestuurder niet vrij, maar niet iedere fout leidt tot aansprakelijkheid.¹⁶¹

In het wetsartikel worden door de wetgever geen bewijsvermoedens genoemd; de curator van Financial Air B.V. dient de onbehoorlijke taakvervulling van Henk te stellen en bewijzen. Er geldt hierbij een hoge bewijsdrempel door het criterium van een *ernstig verwijt*. Hiermee wordt

¹⁵⁶ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, artt. 2:9 en 2:248 BW

¹⁵⁷ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, art. 2:138 BW

¹⁵⁸ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, art. 2:248 lid 8 BW

¹⁵⁹ HR 10 januari 1997, NJ 1997/360, HR 4 april 2003, NJ 2003/538

¹⁶⁰ Hof 's-Hertogenbosch 21 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5413, HR 8 juni 2002, NJ 2001/454, Hof Leeuwarden 30 januari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC3428

¹⁶¹ Hof 's-Gravenhage 6 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BT2016

voorkomen dat risicomijdend en te defensief ondernemerschap ontstaat.¹⁶²

Het gegeven dat Henk als bestuurder van Financial Air B.V. mogelijk verkeerde investeringen heeft gedaan, leidt dus niet vanzelfsprekend tot een onbehoorlijke taakvervulling.

Een ernstig verwijt dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, o.a.: de taakverdeling binnen het bestuur, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken, de aard van de uitgeoefende activiteiten van de rechtspersoon, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's evenals het inzicht en de zorgvuldigheid die van een dergelijke bestuurder mogen worden verwacht.¹⁶³

- *Toepassing onbehoorlijke taakvervulling;*

Om Henk aansprakelijk te stellen op grond van art. 2:9 BW dient dus sprake te zijn van *een onbehoorlijke taakvervulling* waarbij Henk als bestuurder een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt. Of Henk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden. In de onderstaande voorbeeldsituaties bleek sprake van een onbehoorlijke taakvervulling met een ernstig te maken verwijt richting de bestuurder:

- Het zonder rechtsgrond overboeken van meer dan € 25.000,- naar een andere vennootschap.¹⁶⁴

- Een overeenkomst stilzwijgend verlengen terwijl de bestuurder redelijkerwijze wist of behoorde te weten dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen uit deze overeenkomst zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan opgetreden schade.¹⁶⁵

- De enkele omstandigheid dat de bestuurder als vrijwilliger optrad, brengt niet mee dat niet het inzicht en de zorgvuldigheid mogen worden verwacht zoals van een bezoldigd bestuurder.¹⁶⁶

4.2.1.2 Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Alleen de curator in geval van faillissement kan de bestuurder extern aansprakelijk stellen op grond van art. 2:248 BW (art. 2:138 BW in geval van een naamloze vennootschap) (zie paragraaf 4.2.1). In het eerste lid van art. 2:248 BW is door de wetgever het criterium van *kennelijk onbehoorlijk bestuur* opgenomen. Daarnaast dient aannemelijk te zijn dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een *belangrijke oorzaak is van het faillissement*.

Door de wetgever is hier de term *kennelijk* toegevoegd om duidelijk te maken dat in geval van twijfel ten aanzien van het onbehoorlijk bestuur, de bestuurder van de rechtspersoon het voordeel van de twijfel wordt gegund. Aansprakelijkstelling heeft geen betrekking tot onopzettelijke domheden of beleidsfouten die gerekend kunnen worden tot de normale risico's van het ondernemerschap. Zo zouden bijvoorbeeld de verkeerde investeringen van Henk mogelijk onder beleidsfouten kunnen worden gerekend. Anderzijds zou het gegeven dat Henk als bestuurder voor aanzienlijke bedragen goederen heeft gekocht die niet in de boedel zijn aangetroffen, mogelijk tot kennelijk onbehoorlijk bestuur kunnen leiden. *Kennelijk onbehoorlijk bestuur impliceert dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt van onverantwoordelijk handelen met de wetenschap dat schuldeisers daarvan de dupe zouden kunnen worden.*¹⁶⁷

De onbehoorlijke taakvervulling moet op grond van art. 2:248 lid 6 BW gelegen zijn in de periode van

¹⁶² Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5083

¹⁶³ HR 8 december 2006, NJ 2006/659

¹⁶⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8104

¹⁶⁵ HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758

¹⁶⁶ Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX:1192

¹⁶⁷ Hof 's-Gravenhage 8 juni 1998, JOR 2000/93, Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU2145, RB. Utrecht 3 maart 1999, JOR 1999/221

drie jaren voorafgaand aan het faillissement. In het geval van Henk dienen de goederen dus ná 1 januari 2014 te zijn aangekocht. Eerder dan drie jaar kan niet leiden tot aansprakelijkheid.¹⁶⁸

Naast het vereiste van kennelijk onbehoorlijk bestuur dient aannemelijk te zijn dat dit onbehoorlijke bestuur een *belangrijke oorzaak* van het faillissement is geweest. Het kennelijk onbehoorlijk bestuur hoeft niet de enige oorzaak te zijn van het faillissement, *maar dient wel een opvallende plaats in te nemen bij de gebeurtenissen die tot het faillissement hebben geleid*.¹⁶⁹

Oorzaken van het faillissement van Financial Air B.V. zouden zijn gelegen in de economische crisis en verkeerde investeringen. Indien Henk aannemelijk kan maken dat deze feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest in plaats van de aangekochte goederen, kan hij niet aansprakelijk worden gesteld.¹⁷⁰ In het verleden is bijvoorbeeld het reeds aanschaffen van bedrijfsmiddelen voor een bepaald project dat vervolgens niet blijkt door te gaan, niet per definitie als onbehoorlijk aangemerkt.¹⁷¹

- *Toepassing kennelijk onbehoorlijk bestuur;*

Om Henk aansprakelijk te stellen op grond van art. 2:248 BW dient dus sprake te zijn van *kennelijk onbehoorlijk bestuur, waarbij aannemelijk is dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest*. Hieronder is een aantal jurisprudentie voorbeelden uiteengezet waarin sprake bleek van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

- Het verrichten van een onverplichte betaling van meer dan € 400.000,- waardoor de solvabiliteit van de vennootschap welbewust verder werd aangetast.¹⁷²

- Het verkopen van meerdere bedrijfsauto's die voor de bedrijfsvoering van de vennootschap essentieel waren. Hierdoor werd de continuïteit van de vennootschap ernstig in gevaar gebracht.¹⁷³

- Het komt voor rekening en risico van de bestuurder indien hij zich kritiekloos en/of zonder kennis van zaken laat leiden door anderen. Het is dienaangaande onvoldoende om als bestuurder te stellen dat men slechts een beperkte rol had in de vennootschap.¹⁷⁴

4.2.1.3 Bewijsvermoedens

Na verscheidene verzoeken heeft de curator van Financial Air B.V. geen complete administratie ontvangen. Het niet voldoen aan de administratieplicht blijkt in de praktijk een veelvoorkomende situatie in geval van faillissementsfraude (zie paragraaf 2.3.3).¹⁷⁵ Tevens werd hiervoor beschreven dat voor de curator de bewijsdrempel voor bestuurdersaansprakelijkheid relatief hoog ligt (zie paragraaf 4.2.1).¹⁷⁶ Hiertoe is in art. 2:248 lid 2 BW de wetgever aan bewijsmoeilijkheden tegemoetgekomen door bewijsvermoedens op te nemen: indien niet is voldaan aan de administratieplicht van art. 2:10 BW en/of de jaarrekeningsplicht van art. 2:394 BW, is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt dit als belangrijke oorzaak van het faillissement aangenomen. Gelet op de veelvoorkomende situatie van een onjuist gehouden c.q. niet goed verwerkte administratie wordt allereerst het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW met betrekking tot de administratieplicht nader uiteengezet. Het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2

¹⁶⁸ Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR1605

¹⁶⁹ Hof 's-Hertogenbosch 23 september 2003, JOR 2004/5, Rb. Utrecht 2 april 2003, NJ 2003/384

¹⁷⁰ HR 20 oktober 2006, NJ 2007/2s, HR 5 juni 1998, NJ 1998/668

¹⁷¹ Rb. Rotterdam 15 april 1999, JOR 1999/120

¹⁷² Hof Arnhem 13 mei 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG1270

¹⁷³ Rb. Utrecht 1 december 1999, JOR 2000/190

¹⁷⁴ Hof Amsterdam 7 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1474, Hof 's-Hertogenbosch 11 augustus 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK5887

¹⁷⁵ Bijlage III. Interview Prof. mr. C.M. Hilverda, Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol, Bijlage V. Interview mr. P. Gorter

¹⁷⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5083

BW met betrekking tot de jaarrekeningenplicht op grond van art. 2:394 BW wordt vervolgens besproken.

- *Bewijsvermoeden administratieplicht;*

In de artt. 2:10 en 3:15i BW is door de wetgever de plicht opgenomen tot het voeren en bewaren van een administratie *‘op een zodanige wijze dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend’* (zie paragraaf 2.3.3). Aan dit criterium wordt voldaan indien de administratie een snel inzicht kan geven in de debiteuren- en crediteurenpositie van de onderneming en deze posities en de stand van liquiditeiten een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie van de onderneming.¹⁷⁷ Maar ook andere elementen dan de debiteuren-, crediteuren-, en liquiditeitspositie kunnen van belang zijn. *De administratie moet worden gevoerd naar de eisen die voortvloeien uit de werkzaamheden van die betreffende rechtspersoon.*¹⁷⁸

Het gegeven dat Henk vooralsnog geen complete administratie heeft kunnen overleggen aan de curator kan mogelijk leiden tot schending van de administratieplicht. Zo is in het verleden reeds het niet bijhouden van een kasadministratie en het ontbreken van de administratie van de laatste vier maanden voor datum faillissement als schending van de administratieplicht aangemerkt.¹⁷⁹ Tevens werd het niet bijhouden van een volledige en samenhangende administratie, waardoor verkoopfacturen en inkoopnota's over een geheel jaar niet aan de curator konden worden overlegd, als schending van de administratieplicht aangemerkt.¹⁸⁰ Anderzijds bleek dat indien de curator in geval van faillissement een gebrekkige, chaotische en incomplete administratie ontvangt, dit nog niet bewijst dat de administratie op deze wijze werd gevoerd voor datum faillissement.¹⁸¹ Ook het ontbreken van een inhoudsopgave en het houden van een ongeordende administratie kon niet als schending worden aangemerkt.¹⁸²

Het is van belang dat Henk als bestuurder op verantwoordelijke wijze beslissingen heeft kunnen nemen op basis van betrouwbare informatie over de financiële positie van Financial Air B.V. Uit deze informatie dient, ook voor de curator, een eenduidig en getrouw beeld te volgen van de rechten en verplichtingen van Financial Air B.V.¹⁸³

Indien en zodra inderdaad blijkt dat Henk niet aan de administratieplicht van art. 2:10 BW heeft voldaan, is sprake van onbehoorlijke taakvervulling op grond van art. 2:248 BW en wordt dit als belangrijke oorzaak van het faillissement aangenomen. Het gegeven dat alleen bewijsvermoedens worden genoemd in art. 2:248 BW en niet in art. 2:9 BW, betekent niet dat de schending niet van invloed kan zijn op de aansprakelijkstelling op grond van art. 2:9 BW. Er kan ook sprake zijn van een op art. 2:9 BW gegronde aansprakelijkheid mede gelet op de in art. 2:10 BW geformuleerde administratieplicht.¹⁸⁴

- *Bewijsvermoedens publicatieplicht;*

In art. 2:394 BW is door de wetgever de publicatieplicht opgenomen: *‘de rechtspersoon is verplicht tot openbaarmaking van de jaarrekening binnen acht dagen na vaststelling’.*¹⁸⁵

¹⁷⁷ HR 11 juni 1993, NJ 1993/713

¹⁷⁸ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932

¹⁷⁹ Hof Amsterdam 22 december 1994, rolnummer 287/94

¹⁸⁰ Rb. Noord-Nederland 15 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7154

¹⁸¹ Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH5056

¹⁸² Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3057

¹⁸³ Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8067, Hof Leeuwarden 3 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0725

¹⁸⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8067

¹⁸⁵ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, art. 2:394 BW

Bij schending van de publicatieplicht wordt onweerlegbaar vermoed dat het bestuur over de hele linie onbehoorlijk is geweest.¹⁸⁶ Nalatigheid levert het bewijsvermoeden op dat sprake is van onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:248 BW.

De publicatie/ openbaarmaking van de jaarrekening geschiedt door nederlegging bij de Kamer van Koophandel (KvK). De dag van publicatie is de dag waarop de KvK de jaarrekening heeft ontvangen.¹⁸⁷

Een tijdige deponering van de jaarrekening is volgens de rechtbank 's-Gravenhage van belang doordat crediteuren anders niet in staat zijn om een snel en redelijk inzicht te verkrijgen in de vermogenspositie van de vennootschap waarmee zij zaken doen of willen doen.¹⁸⁸

Het risico van een tijdige publicatie ligt bij de bestuurder zelf. Indien de boekhouder van Henk de jaarrekening niet heeft verzonden, ontslaat dit Henk niet van zijn eigen verantwoordelijkheid.¹⁸⁹

Er kan wel sprake zijn van een *onbelangrijk verzuim* indien het niet voldoen aan de verplichting, in de omstandigheden van het geval, er niet op wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.

Er kan sprake zijn van een aanvaardbare verklaring voor het verzuim.¹⁹⁰

Henk is bijvoorbeeld als bestuurder verantwoordelijk voor de tijdige publicatie. Stel, de jaarrekening is gepubliceerd en het staat vast de gepubliceerde gegevens juist zijn. Echter, de accountantsverklaring ontbreekt vooralsnog. Henk kan een mededeling en verklaring toevoegen waarom deze ontbreekt. Het ontbreken kan in dat geval, onder omstandigheden, als onbelangrijk verzuim gelden.¹⁹¹

Zie Bijlage I. Bestuurdersaansprakelijkheid voor een overzicht van deze paragraaf.

¹⁸⁶ HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329, HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773

¹⁸⁷ Rb. Rotterdam 14 juni 2001, JOR 2001/174

¹⁸⁸ Rb. 's-Gravenhage 15 oktober 1997, JOR 1997/142

¹⁸⁹ Rb. Utrecht 20 november 1996, JOR 1997/4

¹⁹⁰ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189

¹⁹¹ Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU2145

4.2.2 Faillissementspauliana

De curator heeft de bevoegdheid om bepaalde rechtshandelingen die door de gefailleerde zijn verricht, te vernietigen: de faillissementspauliana (ook wel *actio pauliana* genoemd).

De faillissementspauliana beschermt de faillissementsschuldeisers tegen benadeling.¹⁹² Dat de *benadeling van schuldeisers* een centrale plek inneemt in geval van faillissementsfraude bleek reeds hiervoor. De wetsbepalingen, opgenomen onder art. 42 e.v. Fw, zijn belangrijke bepalingen op grond van het faillissementsrecht met betrekking tot het tegengaan van ontoelaatbaar handelen.¹⁹³

Het vernietigen van een rechtshandeling door de curator brengt mee dat de onttrokken goederen en/of gelden terugvloeien in de boedel.^{194 195} Het onderzoek beperkt zich tot de bepalingen van de artt. 42 en 47 Fw. Hierin wordt onderscheid gemaakt tussen de *verplichte* en *onverplichte* rechtshandeling. Art. 42 Fw is een overkoepelend artikel, waarin is bepaald dat de curator een rechtshandeling buitengerechtelijk kan vernietigen ten behoeve van de boedel.¹⁹⁶ Het dient hier te gaan om een rechtshandeling die de gefailleerde vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze *wist of behoorde te weten* dat *benadeling* van de schuldeisers het gevolg zou zijn. In art. 47 Fw gaat het om *verplichte* rechtshandelingen. De curator kan deze rechtshandelingen vernietigen indien hij aantoont dat *degene die de betaling ontving, wist van de faillissementsaanvraag*; óf indien hij aantoont dat *de betaling het gevolg was van overleg* tussen de gefailleerde en de schuldeiser, waarbij *de betaling ten doel had de begunstiging van deze schuldeiser boven de andere schuldeisers*.¹⁹⁷

4.2.2.1 Faillissementspauliana onverplichte rechtshandeling

In art. 42 Fw is de faillissementspauliana ten aanzien van de onverplichte rechtshandeling vóór datum faillissement uitgewerkt. Deze wettelijke bepaling wordt gekenmerkt door de bestanddelen: *onverplicht*, *benadeling* en *wetenschap van de benadeling*.

Hieronder worden de kenmerkende bestanddelen van art. 42 Fw nader doch bondig toegelicht aan de hand van de casuspositie en de relevante jurisprudentie.

- *Onverplicht*;

De Hoge Raad spreekt al sinds 1937 van een onverplichte rechtshandeling indien *de rechtshandeling wordt verricht zonder dat daartoe een op wet of overeenkomst berustende (afdwingbare) rechtsplicht bestaat*.¹⁹⁸ De feitelijke situatie dat de gefailleerde praktisch gezien niet anders kon handelen, doet hier niet aan af.¹⁹⁹ De onverplichte rechtshandeling kan strekken tot vermindering van het vermogen, maar ook tot het niet-vermeerderen ervan.

De curator van Financial Air B.V. stuit op bankafschriften waaruit blijkt dat Henk voor aanzienlijke bedragen goederen heeft gekocht. Het vermogen van Financial Air B.V. is hierdoor verminderd, mede gelet op het feit dat de goederen vooralsnog niet in de boedel zijn aangetroffen. Of de rechtshandeling is verricht naar aanleiding van een op overeenkomst berustende afdwingbare rechtsplicht, kan aan de hand van de casuspositie niet worden vastgesteld. Ter verduidelijking van het begrip wordt een aantal jurisprudentie voorbeelden genoemd van rechtshandelingen die als

¹⁹² Knecht e.a. 2005, p. 24

¹⁹³ Scharenborg 2016, p. 85

¹⁹⁴ Polak 2014, p. 109

¹⁹⁵ Bijlage V. Interview mr. P. Gorter

¹⁹⁶ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, art. 42 Fw

¹⁹⁷ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, art. 47 Fw

¹⁹⁸ HR 8 januari 1937, NJ 1937/431

¹⁹⁹ HR 10 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD3286, HR 12 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9366, Rb. Rotterdam 20 juli 2000, JOR 2000/247

onverplicht werden aangemerkt, jegens voorbeelden van rechtshandelingen die niet als onverplicht werden aangemerkt:

Sprake van een onverplichte rechtshandeling;

- Het vervroegd aflossen van een bestaande lening zonder dat hiertoe de verplichting bestond.²⁰⁰
- Het onverplicht verstrekken van zekerheden voor een reeds bestaande schuld.^{201 202}
- Het betalen van een schuld die niet opeisbaar was.²⁰³

Geén sprake van een onverplichte rechtshandeling;

- Werkzaamheden overnemen van een zieke bestuurder; gelet op het feit dat daarvoor geen buitensporige vergoeding is betaald.²⁰⁴
- Een mondelinge (lening)overeenkomst terwijl blijkt dat deze overeenkomst met dezelfde intentie is aangegaan als andere (schriftelijke) overeenkomsten.²⁰⁵

- *Benadeling;*

Van de benadeling van de schuldeisers is sprake indien de *gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden*.²⁰⁶ Henk heeft als bestuurder aanzienlijke bedragen uitgegeven. De goederen die hiermee zouden zijn aangeschaft, zijn door de curator niet in de boedel aangetroffen. De gelden dan wel de goederen komen in voornoemd geval niet meer ten goede aan de schuldeisers; de schuldeisers zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Voor de benadeling is het van belang dat het de gezamenlijke schuldeisers betreft. Het is hierbij voldoende dat het de schuldeisers in het algemeen betreft; *dat sommige schuldeisers niet zijn benadeeld, doet geen afbreuk aan de benadeling op zichzelf*.²⁰⁷

De benadeling moet aanwezig zijn op het moment dat de curator zijn rechten doet gelden of ten tijde dat over het beroep wordt beslist.²⁰⁸ Er kan ook sprake zijn van benadeling indien het vermogen van de gefailleerde per saldo niet is verminderd doordat er voor geleverde zaken een redelijke prijs is betaald, maar de opbrengst van deze transactie niet beschikbaar is voor de gezamenlijke schuldeisers.²⁰⁹

- *Wetenschap van de benadeling;*

Naast de benadeling en onverplichtheid van een rechtshandeling vóór datum faillissement, dient er voor de faillissementspauliana op grond van art. 42 Fw sprake te zijn geweest van 'wetenschap' bij zowel de gefailleerde als jegens wie de rechtshandeling werd verricht; *'de schuldenaar (...) wist of behoorde te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn'*.²¹⁰ Hier valt uit af te leiden dat het criterium van wetenschap betrekking heeft op de benadeling van de schuldeisers en niet op de onverplichtheid van de rechtshandeling.²¹¹

Of zowel Henk als diens wederpartij ten tijde van de rechtshandeling wetenschap hadden van de benadeling, dient aan de hand van de omstandigheden te worden beoordeeld. Volgens de Hoge Raad is in ieder geval sprake van wetenschap van de benadeling indien *ten tijde van de*

²⁰⁰ Rb. Overijssel 24 september 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:5599

²⁰¹ HR 10 december 1976, NJ 1977/617

²⁰² HR 16 januari 1987, NJ 1987/528

²⁰³ Hof 's-Hertogenbosch 23 februari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL6516, HR 4 februari 2000, NJ 2000/192

²⁰⁴ Rb. Overijssel 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6002

²⁰⁵ Rb. Maastricht 20 augustus 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BE9568

²⁰⁶ HR 22 mei 1992, NJ 1992/526, Hof Den Bosch 2 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:296

²⁰⁷ HR 9 maart 1928, W11836, NJ 1928/1213, Hof Leeuwarden 28 januari 1942, NJ 1942/499

²⁰⁸ HR 19 oktober 2001, NJ/2001/654, HR 23 december 1949, NJ 1950/262

²⁰⁹ Rb. Rotterdam 20 juli 2000, JOR 2000/247, Hof Arnhem 26 februari 2002, ECLI:NL:GHARH:2002:AE1645

²¹⁰ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, art. 42 Fw

²¹¹ Rb. Rotterdam 22 oktober 1998, JOR 1998/71

*rechtshandeling, het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien voor zowel de gefailleerde als degene jegens wie de gefailleerde de rechtshandeling verrichtte.*²¹² De wetenschap met slechts een kans op de benadeling blijkt hierbij onvoldoende.²¹³

In geval van een rechtshandeling om niet dient alleen de wetenschap van benadeling bij de gefailleerde te worden aangetoond. In dat geval is niet vereist dat degene jegens wie de gefailleerde de rechtshandeling verrichtte, de bevoordeelde partij, wetenschap van de benadeling had.²¹⁴ Tevens wordt in art. 43 Fw een aantal bewijsvermoedens genoemd van de wetenschap aan beide zijden.²¹⁵

4.2.2.2 Faillissementspauliana verplichte rechtshandeling

In art. 47 Fw is de faillissementspauliana ten aanzien van de verplichte rechtshandeling vóór datum faillissement opgenomen. Deze wettelijke bepaling wordt gekenmerkt door de bestanddelen: *verplicht, wetenschap van de faillissementsaanvraag en overleg.*²¹⁶ Hieronder worden de kenmerkende bestanddelen nader doch bondig toegelicht aan de hand van de casuspositie en de relevante jurisprudentie.

- Verplicht;

De wetgever spreekt in art. 47 Fw van de voldoening aan *een opeisbare schuld*. Deze bepaling is ruimer dan slechts het betalen van een opeisbare geldschuld.²¹⁷ Zo werd het aanvullen van een negatief saldo bij de bank van de schuldenaar aangemerkt als voldoening, terwijl hiervoor geen enkele handeling van de schuldenaar was vereist.²¹⁸ Of in het geval van Financial Air B.V. sprake was van een verplichte rechtshandeling dient aan de hand van de omstandigheden te worden beoordeeld. Zo is in het verleden bepaald dat voor het aanmerken van een verplichte rechtshandeling, het wetsartikel zich niet alleen beperkt tot op overeenkomst gebaseerde verplichtingen.²¹⁹ In paragraaf 4.2.2.1 is reeds gebleken dat een mondelinge (lening)overeenkomst, die met dezelfde intentie is aangegaan als andere (schriftelijke) overeenkomsten, wordt aangemerkt als een verplichte rechtshandeling.²²⁰ Hoe een verplichte rechtshandeling is ontstaan blijkt dus onbelangrijk.

De wettelijke bepaling van art. 47 Fw is wel limitatief; de faillissementspauliana kan alleen worden ingeroepen in geval van wetenschap óf overleg.²²¹ Dit betekent echter niet dat het alleen kan gaan om de letterlijke wettekst van art. 47 Fw. Het wetsartikel moet *naar haar strekking worden beoordeeld.*²²²

- Wetenschap van de faillissementsaanvraag;

Zoals hiervoor reeds beschreven zijn de bepalingen van art. 47 Fw limitatief. Er bestaat geen ruimte voor andere gronden voor vernietigbaarheid dan de vermelde gronden in art 47 Fw; zo oordeelde de Hoge Raad in 2000.²²³ De verplichte rechtshandeling kan op grond van art. 47 Fw onder andere

²¹² HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR2015:3094

²¹³ HR 1 oktober 1993, NJ 1994,257, HR 17 november 2000, NJ 2001/272, Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8704

²¹⁴ Hof Amsterdam 22 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP6453, Hof Den Bosch 14 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:32

²¹⁵ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, art. 43 Fw

²¹⁶ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, art. 47 Fw

²¹⁷ Hof Amsterdam 4 december 1986, NJ 1988/407

²¹⁸ HR 8 juli 1987, NJ 1988/104

²¹⁹ Rb. Rotterdam 28 september 1923, NJ 1924/1242

²²⁰ Rb. Maastricht 20 augustus 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BE9568

²²¹ HR 16 juni 2000, ECLI:NL:2000:AA6234, HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2435

²²² Hof Amsterdam 11 juli 1991, NJ 2992/243, HR 8 juli 1987, NJ 1988/104

²²³ HR 16 juni 2000, ECLI:NL:2000:AA6234

worden vernietigd indien er sprake is van *wetenschap van de faillissementsaanvraag*. Voor wetenschap op grond van art. 47 Fw is het vereiste dat degene die de betaling ontving, wist van het reeds aangevraagde faillissement van de schuldenaar. De omstreden betalingen van Financial Air B.V. dienen dus door de wederpartij te zijn ontvangen, terwijl deze partij wist van het reeds aangevraagde faillissement van Financial Air B.V.

Het aantonen van wetenschap van de faillissementsaanvraag is lastig voor de curator. Zo bleek het verrichten van handelingen in de wetenschap dat een faillissement onvermijdelijk was niet als oogmerk te worden gekwalificeerd²²⁴ en alleen het gegeven dat de schuldeiser wist dat op korte termijn het faillissement zou worden aangevraagd is onvoldoende.²²⁵

Ter verduidelijking wordt hieronder een situatie geschetst waarin de curator wel een succesvol beroep zou kunnen doen op art. 47 Fw (wetenschap van de faillissementsaanvraag):

Stel, een werknemer van Financial Air B.V. vraagt wegens achterstallig loon het faillissement van Financial Air B.V. aan. Doordat er door Financial Air B.V. deelbetalingen worden verricht, wordt de behandeling van de faillissementsaanvraag aangehouden. De faillissementsaanvraag wordt alleen niet ingetrokken door de werknemer en Financial Air B.V. gaat later alsnog failliet.

De curator kan met succes de deelbetalingen terugvorderen op grond van art. 47 Fw; wetenschap van de faillissementsaanvraag.²²⁶

- *Overleg/samenspanning;*

Naast het vereiste van wetenschap kan de verplichte rechtshandeling tevens op grond van art. 47 Fw worden vernietigd indien er sprake was van *overleg*. Eveneens als het wetenschapscriterium, is het *overlegcriterium* moeilijk aan te tonen voor de curator. In 1998 herhaalde de Hoge Raad nog dat aan het overlegcriterium zeer zware eisen dienen te worden gesteld.²²⁷ Het vereiste van overleg is dat *de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel heeft die schuldeiser boven andere schuldeisers te bevoordelen door die betaling*.

De omstreden betalingen van Financial Air B.V. dienen dus aan een schuldeiser van Financial Air B.V. te zijn verricht. Daarnaast dienen Henk én de schuldeiser hiermee te hebben beoogd om de betreffende schuldeiser boven de andere schuldeisers te begunstigen.

Beide partijen, zowel de schuldeiser als de schuldenaar, moeten het oogmerk hebben gehad om door die betaling de schuldeiser te begunstigen boven andere schuldeisers.²²⁸ Het overlegcriterium houdt hierin dat er sprake moet zijn geweest van *samenspanning*.²²⁹ De rechtshandeling als gevolg van dwang of druk door de schuldeiser kan dus niet worden gelijkgesteld met overleg.²³⁰

4.2.2.3 Toepassing paulianeus handelen

Om de omstreden (on)verplichte rechtshandelingen van Financial Air B.V. te vernietigen op grond van de faillissementspauliana van de artt. 42 en 47 Fw gelden er verschillende criteria.

Hiervoor is reeds gebleken dat het voor de curator moeilijk kan zijn om een verplichte rechtshandeling van Financial Air B.V. te vernietigen gezien het wetenschaps- dan wel overlegcriterium. Vernietiging op grond van art. 42 Fw is mogelijk, mits het hier blijkt te gaan om een onverplichte rechtshandeling, benadeling van de schuldeisers en er sprake is van wetenschap van de benadeling.

Zie Bijlage I. Faillissementspauliana voor een overzicht van deze paragraaf.

²²⁴ HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429

²²⁵ Hof Amsterdam 11 juli 1991, NJ 1992/243, Hof Amsterdam 3 februari 1994, NJ 1994/695

²²⁶ Rb. Utrecht 13 augustus 2003, JOR 2003 m.nt. RA

²²⁷ HR 20 november 1998, NJ 1998/611

²²⁸ Hof Den Haag 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3263

²²⁹ HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1676, Rb. Arnhem 23 juli 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AM3261

²³⁰ HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1676, Rb. Arnhem 23 juli 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AM3261

4.2.3 Onrechtmatige daad

Doordat de curator in geval van faillissementsfraude verscheidene civielrechtelijke instrumenten bezit, kan soms vergeten worden dat aansprakelijkstelling op grond van art. 6:162 BW ook mogelijk is.^{231 232} In 1983 besliste de Hoge Raad hiertoe in het arrest Peeters q.q./Gatzen.²³³

Art. 6:162 BW vormt het algemene leerstuk voor aansprakelijkstelling; de onrechtmatige daad. Gelet op de algemeenheid kunnen de schuldeisers van Financial Air B.V. zelf, naast de curator, ook aansprakelijk stellen en hun vordering te gelde maken op grond van art. 6:162 BW.²³⁴

In de situatie Peeters q.q./Gatzen boden de bestaande middelen de curator destijds geen soelaas. De curator stelde ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een schadevergoedingsvordering in wegens onrechtmatig handelen. De curator zorgt er met deze schadevergoedingsvordering voor dat de boedel weer wordt hersteld in de toestand waarin deze had behoren te zijn zonder de onrechtmatige gedraging. De kern van het Peeters q.q./Gatzen-arrest is dat de curator een derde aansprakelijk kan stellen wegens het benadelen van de boedel vóór datum faillissement. Het gaat hierbij om een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers. De aansprakelijkstelling kan zowel betrekking hebben op de formeel – als de feitelijk bestuurder.²³⁵ Sinds 1983 is het Peeters q.q./Gatzen-arrest meerdere malen bevestigd door de Hoge Raad.²³⁶

Voor de vaststelling van aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW is volgens de Hoge Raad vereist dat de bestuurder ter zake van de betreffende benadeling een *persoonlijk ernstig verwijt* kan worden gemaakt.²³⁷ Deze hoge drempel van bestuurdersaansprakelijkheid kwam reeds ter sprake in paragraaf 4.2.1. Even leek het erop in het Spaande Villa-arrest dat de Hoge Raad een verruimde bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW zou hebben gecreëerd,²³⁸ maar dit is later door de Hoge Raad in de kiem gesmoord. In het Tulip Air-arrest is opnieuw bepaald dat voor bestuurdersaansprakelijkheid vereist is dat de bestuurder ter zake van de betreffende benadeling een *persoonlijk ernstig verwijt* kan worden gemaakt.²³⁹

In geval van Financial Air B.V. kan sprake zijn van een *ernstig verwijt* indien Henk wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelswijze tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.²⁴⁰ Deze norm wordt aangeduid als de Beklamel-norm. Daarnaast kunnen zich ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig verwijt kan worden aangenomen.²⁴¹ Henk kan hiertegen aanvoeren dat hem ter zake van de benadeling *geen persoonlijk verwijt* kan worden gemaakt.²⁴² Het is bijvoorbeeld niet noodzakelijk

²³¹ Scharenborg 2016, p. 141

²³² Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, art. 6:162 BW

²³³ HR 14 januari 1983, NJ 1983/597

²³⁴ HR 5 september 2003, JOR 2003/226, Rb. Rotterdam 21 maart 2002, JOR 2002/99

²³⁵ HR 23 mei 2014, ECLI:NL:2014:1204

²³⁶ HR 21 december 2001, NJ 2005/96, HR 16 september 2005, NJ 2006/311, HR 24 april 2009, LJN BF3917

²³⁷ Hof 's-Gravenhage 16 september 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF4107, HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881

²³⁸ HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881

²³⁹ HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628

²⁴⁰ HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669

²⁴¹ HR 8 december 2006, NJ 2006/659

²⁴² Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA1538

dat Henk als bestuurder tegenover Financial Air B.V. is tekortgeschoten.²⁴³ De Hoge Raad stelt dat het van belang is *wat de bestuurder wist of redelijkerwijs had moeten weten*.²⁴⁴

Zie Bijlage I. Onrechtmatige daad voor een overzicht van deze paragraaf.

Afsluitende opmerking hoofdstuk 4:

In Bijlage I zijn de verschillende relevante criteria van dit hoofdstuk in kaart gebracht door middel van een viertal overzichten. Door de verschillende civielrechtelijke instrumenten van de curator en de reeds geplaatste opmerking dat de aansprakelijkstelling op grond van art. 6:162 BW hierdoor achtergesteld kan raken, wordt in hoofdstuk 5 nader ingegaan op de mogelijke toepassing van de verschillende civielrechtelijke instrumenten in de praktijk. In hoofdstuk 6 volgt tot slot een eindconclusie naar aanleiding van de bevindingen gecombineerd uit de hoofdstukken 4 en 5 en wordt antwoord gegeven op de probleemstelling van dit onderzoek.

²⁴³ HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286

²⁴⁴ HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0468

Hoofdstuk 5. Toepassing van de civielrechtelijke acties door de curator in de praktijk

De curator heeft naar het huidig recht verschillende mogelijkheden voorhanden om faillissementsfraude aan te pakken door het financieel aansprakelijk stellen van de fraudeur en het laten terugvloeien van de activa in de boedel. Deze zogenoemde civielrechtelijke acties zijn in hoofdstuk 4 reeds aan bod gekomen. In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de toepassing in de praktijk van de verschillende civielrechtelijke acties door de curator.

5.1 Bestuurdersaansprakelijkheid: art. 2:9 BW, 2:248 BW en/of 6:162 BW?

Op grond van art. 2:248 lid 8 BW staat het de curator vrij om een keuze te maken tussen het instellen van een rechtsvordering op grond van de interne – en/of externe bestuurdersaansprakelijkheid.²⁴⁵

Naast het aansprakelijk stellen van de bestuurder op grond van de artt. 2:9 en 2:248 BW, bleek het algemene leerstuk voor aansprakelijkstelling zowel voor de schuldeisers als voor de curator inzetbaar (de onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW) (zie paragraaf 4.2.3).

Tussen de verschillende bestuurdersaansprakelijkheid artikelen (artt. 2:9, 2:248 en 6:162 BW) bestaat geen rangorde.²⁴⁶ De curator mag in de praktijk kiezen voor welk anker hij/zij gaat liggen en kan ervoor kiezen om voor meer ankers tegelijk te gaan liggen.

Indien de curator besluit om voor meer ankers te liggen, dient de curator wel de bewijspositie per artikel te onderbouwen. Als overwegend dezelfde stellingen worden gebruikt voor de wetsartikelen, dan volgt afwijzing bij de één ook tot afwijzing bij de ander.^{247 248} Zo dient een beroep op de onrechtmatige daad door de curator te gebeuren met inachtneming van de bestanddelen in die bepaling (onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, schade, causaliteit en relativiteit) en een schuldeiser kan zich bijvoorbeeld niet beroepen op schending van de publicatieplicht (art. 2:248 lid 2 BW) via een onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW.²⁴⁹

Het vorderen van bestuurdersaansprakelijkheid door de curator betekent niet dat de schuldeisers zelf hun vordering niet te gelde mogen maken.²⁵⁰ Er is hier sprake van samenloop; indien een veroordeling op grond van art. 6:162 BW heeft plaatsgevonden voor vergoeding van schade, is er geen plaats meer voor toekenning van de vordering op grond van bijvoorbeeld art. 2:248 BW.²⁵¹ De schadevergoeding kan niet tweemaal toegewezen worden.

Indien een schuldeiser naast de curator een vordering instelt, dan geldt het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement. Dit kan in de praktijk met zich meebrengen dat eerst op de vordering van de curator wordt beslist en vervolgens op die van de individuele schuldeiser.²⁵²

5.2 Faillissementspauliana: art. 42 Fw, 47 Fw en/of 6:162 BW?

Rechtshandelingen die voor de faillietverklaring (on)verplicht zijn verricht, kan de curator onder bepaalde omstandigheden vernietigen op grond van de faillissementspauliana (artt. 42 en 47 Fw) (zie paragraaf 4.2.2). In de praktijk kan het verstandig zijn van de curator om de faillissementspauliana in te stellen op grond van zowel art. 42 Fw als art. 47 Fw. Immers, indien bijvoorbeeld blijkt dat de betalingen niet als onverplichte rechtshandelingen kunnen worden aangemerkt en de curator zijn

²⁴⁵ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, art. 2:248 lid 8 BW

²⁴⁶ HR 30 mei 1997, JOR 1997/111

²⁴⁷ Hof Leeuwarden 30 januari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC3428

²⁴⁸ Hof 's-Hertogenbosch 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2810

²⁴⁹ Rb. Amsterdam 3 juli 1997, JOR 1996/109

²⁵⁰ Rb. Rotterdam 21 maart 2002, JOR 2002,99

²⁵¹ Hof Arnhem 6 mei 1997, JOR 1997/110

²⁵² Scharenborg 2016, p. 144

vordering uitsluitend op de onverplichtheid van de betalingen (art. 42 Fw) heeft gebaseerd, leidt dit tot afwijzing van de vordering.²⁵³

Net als bij het vorderen van de bestuurdersaansprakelijkheid geldt er in geval van paulianeuze rechtshandelingen geen rangorde tussen de verschillende wetsbepalingen. De curator kan een paulianeuze rechtshandeling aanpakken op grond van de faillissementspauliana, maar kan dit ook doen door middel van een actie op grond van de onrechtmatige daad en/of onbehoorlijk bestuur.²⁵⁴ De curator hoeft niet gedwongen te kiezen voor het instellen van een rechtsvordering op grond van de faillissementspauliana en kan in de praktijk kiezen voor een andere wetsbepaling omdat hiervan de bewijspositie anders is.²⁵⁵

Echter, indien de rechtshandeling niet vernietigbaar is op grond van de artt. 42 en 47 Fw, geldt als uitgangspunt dat dan slechts onder bijzondere omstandigheden de rechtshandeling op grond van art. 6:162 BW onrechtmatig kan zijn. Het zou in strijd zijn met de strekking van de Faillissementswet om via de bepalingen van de onrechtmatige daad de getrokken grens door de wetgever te doorbreken.²⁵⁶

5.3 Financieringsbronnen voor de curator

De curator kan (met toestemming van de R-C) kiezen om het fraudeonderzoek zelf uit te voeren, maar ook de Belastingdienst (FIOD) en/of de Politie kunnen hiertoe worden verzocht. Dit kwam reeds ter sprake in hoofdstuk 3. Bij de beantwoording van de vraag wie het onderzoek zal uitvoeren en wie de rechtsvordering moet instellen, speelt de financiering een belangrijke rol.

De curator kan om het fraudeonderzoek te financieren putten uit de boedel van het faillissement. Echter, in geval van faillissementsfraude blijkt *lege boedel-problematiek* een veelvoorkomend probleem voor de curator.^{257 258} De navolgende financieringsbronnen kunnen in geval van faillissementsfraude onder bepaalde omstandigheden verlichting van lege boedel-problematiek bieden.

- *Garantstellingsregeling;*

In geval van lege boedel-problematiek kan het Ministerie van Veiligheid & Justitie uitkomst bieden door middel van de *Garantstellingsregeling* voor curatoren (zie paragraaf 3.3). Het Ministerie van Veiligheid & Justitie kan garant staan voor het salaris en een onkostenvergoeding van de curator. De curator dient dan aan te tonen dat er géén of onvoldoende middelen beschikbaar zijn om een rechtsvordering in te kunnen stellen.²⁵⁹

Van de Garantstellingsregeling kan alleen onder bepaalde omstandigheden gebruik worden gemaakt. Zo dient bijvoorbeeld op grond van art. 6 van de Garantstellingsregeling curatoren 2012, de gevraagde garantstelling in redelijke verhouding te staan tot de verwachte opbrengsten. Uit art. 2 van de Garantstellingsregeling blijkt dat de garantstelling kan worden afgegeven ten behoeve van het instellen van een verhaalsonderzoek, vooronderzoek of het instellen van een rechtsvordering op grond van de artt. 2:9, 2:138, 2:149, 2:248 en 2:259 BW en de artt. 42, 43 en 47 Fw. Een curator kan geen aanspraak maken op de Garantstellingsregeling indien door de curator geen onderzoek zal worden uitgevoerd.^{260 261 262}

²⁵³ Rb. Maastricht 20 augustus 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BE:9568

²⁵⁴ HR 30 mei 1997, JOR 1997/111

²⁵⁵ HR 28 juni 1957, NJ 1957/514

²⁵⁶ Rb. Utrecht 24 maart 1999, JOR 1999/182

²⁵⁷ Hilverda 2012, p. 10 en p. 19

²⁵⁸ Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol, Bijlage V. Interview mr. P. Gorter

²⁵⁹ Justis.nl, *Garantstellingsregeling*

²⁶⁰ Brouwer, *TvI*, 2014/15, p. 87.

- *Proceskostengarantie;*

Een andere financieringsmogelijkheid voor de curator is de *Proceskostengarantie* van de Belastingdienst (zie paragraaf 3.2). De Belastingdienst kan zelf overgaan tot aansprakelijkstelling teneinde de geleden schade door fraude te beperken, echter geniet aansprakelijkstelling door de curator de voorkeur op grond van art. 36.1 van de Leidraad Invordering 2008.

De Belastingdienst kan een proceskostengarantie verstrekken op grond van art. 73.1.4 van de Leidraad Invordering 2008. In dat geval dient er géén sprake te zijn van een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure. De proceskostengarantie ziet op de procedurekosten, maar niet op de kosten van het vooronderzoek.²⁶³

²⁶¹ Hilverda e.a. 2009, p. 556-558.

²⁶² Bijlage IX. Garantstellingsregeling curatoren 2012

²⁶³ Scharenborg 2016, p. 41

Hoofdstuk 6. Conclusies en aanbevelingen

In de hoofdstukken 2 en 3 is door middel van de tussenconclusies reeds antwoord gegeven op de eerste (inleidende) onderzoeksvraag van dit onderzoek. Onderzoek naar de tweede en derde onderzoeksvraag is gecombineerd in de hoofdstukken 4 en 5.

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van de verschillende bevindingen die uit deze hoofdstukken voortvloeien, antwoord gegeven op de probleemstelling die als centrale vraag dient binnen dit onderzoek (zie paragraaf 5.1).

Voortvloeiend uit het onderzoek en de hierna beschreven conclusies wordt tot slot in paragraaf 6.2 een aantal aanbevelingen gedaan voor de curatoren werkzaam bij de opdrachtgever.

6.1 Begrip faillissementsfraude

Het begrip faillissementsfraude kent geen vaste definitie en wordt door de wetgever niet nauw omschreven. Door de wetgever wordt faillissementsfraude aangeduid met het begrip *'bankbreuk'*. Afgeleid van verschillende fraudevormen, fraudeconstructies en formuleringen uit verschillende literatuurbronnen, kan worden geconcludeerd dat voor de vaststelling van faillissementsfraude *de benadeling van schuldeisers* een centrale plek dient in te nemen in het faillissement. Ook door de wetgever worden de woorden *'ter verkorting van de rechten der schuldeisers'* en *'de benadeling der schuldeisers'* door elkaar gebruikt.²⁶⁴ Voor de vaststelling van bankbreuk c.q. faillissementsfraude blijkt de benadeling van de schuldeisers dus van belang. Het begrip faillissementsfraude kan worden omschreven als: *gedragingen van (het bestuur van) de gefailleerde die (de opzettelijke) benadeling van de faillissementsschuldeisers tot gevolg kunnen hebben*.

Uit de rechtspraak vloeit voort dat van de benadeling van de schuldeisers sprake is, indien de *gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden*.²⁶⁵ Dat sommige schuldeisers niet zijn benadeeld, doet geen afbreuk aan de benadeling op zichzelf.²⁶⁶

Op het moment dat de curator zijn rechten doet gelden of ten tijde dat over het beroep wordt beslist, dient de benadeling van de schuldeisers aanwezig te zijn.²⁶⁷

6.1.1 Aanpak en vaststelling van faillissementsfraude op grond van het strafrecht

De aanpak van faillissementsfraude kan op grond van verschillende rechtsgebieden geschieden. Door de wetgever is faillissementsfraude strafbaar gesteld onder de zogenoemde bankbreukdelicten (artt. 340 t/m 344 Sr) en kan faillissementsfraude op grond van deze wetsbepalingen strafrechtelijk worden vervolgd.

Voor de curator beperkt de toepassing van de bankbreukdelicten zich tot het doen van aangifte dan wel het melden van faillissementsfraude.²⁶⁸ Immers, in hoofdstuk 3 is reeds gebleken dat het vervolgingsmonopolie in handen is van het OM. Het OM bepaalt uiteindelijk welke faillissementsfraudezaken strafrechtelijk worden vervolgd.

Bij het doen van aangifte - / het melden van faillissementsfraude dient de curator rekening te houden met het te maken onderscheid in de bankbreukdelicten. Er kan hier een onderscheid worden gemaakt tussen eenvoudige – en bedrieglijke bankbreuk.

Uit de rechtspraak vloeit voort dat voor de vaststelling van bedrieglijke bankbreuk op grond van de artt. 341 sub a, 343 en 344 Sr sprake dient te zijn van *(voorwaardelijke) opzet gericht op het gevolg van de benadeling van de schuldeisers*.

²⁶⁴ Bijlage II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4, zie titel bankbreukdelicten – art. 340-344 Sr

²⁶⁵ HR 22 mei 1992, NJ 1992/526, Hof Den Bosch 2 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:296

²⁶⁶ HR 9 maart 1928, W11836, NJ 1928/1213, Hof Leeuwarden 28 januari 1942, NJ 1942/499

²⁶⁷ HR 19 oktober 2001, NJ/2001/654, HR 23 december 1949, NJ 1950/262

²⁶⁸ Bijlage VII. Standaardformulier MELDING Faillissementsfraude

Voor het bewijs van de opzet geldt hier het vereiste dat de verdachte de aanmerkelijke kans op de benadeling van de schuldeisers heeft doen ontstaan. Een redelijke mate van waarschijnlijkheid is hierbij voldoende.

Voor de vaststelling van eenvoudige bankbreukdelicten op grond van de artt. 340 en 342 Sr wordt het opzetcriterium niet gesteld. Er wordt verondersteld dat deze gedragingen de benadeling van de faillissementsschuldeisers tot gevolg hebben. Of opzet bij die benadeling aanwezig is en/of er daadwerkelijk sprake is van benadeling, behoeft bij de eenvoudige bankbreuk niet ten laste te worden gelegd of bewezen.²⁶⁹

Zie ook Bijlage I. Aangifte - /melding faillissementsfraude.

6.1.2 Aanpak en vaststelling van faillissementsfraude op grond van het civielrecht

Naast de strafbaarstelling op grond van de bankbreukdelicten is gebleken dat de curator zelf over verschillende civielrechtelijke instrumenten kan beschikken in geval van faillissementsfraude.

Deze instrumenten dienen om rechtshandelingen ten gevolge waarvan de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld, aan te tasten en het onttrokken vermogensbestanddeel terug te brengen in het vermogen in de staat waarin dit rechtens had moeten zijn zonder de gewraakte handelingen.²⁷⁰

Hieruit blijkt wederom dat voor de vaststelling van faillissementsfraude *de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers* een centrale plek dient in te nemen.

Civielrechtelijke instrumenten die de curator in geval van faillissementsfraude kan inzetten zijn het instellen van een rechtsvordering op grond van de bestuurdersaansprakelijkheid, op grond van de onrechtmatige daad en/of het vernietigen van een (on)verplichte rechtshandeling (zie hoofdstuk 4).

6.1.2.1 Bestuurdersaansprakelijkheid

De curator kan bestuurdersaansprakelijkheid vorderen op grond van de artt. 2:9, 2:248 en 6:162 BW.

Voor het vorderen van bestuurdersaansprakelijkheid dient de curator in de praktijk rekening te houden met de omstandigheid dat niet iedere fout blijkt te leiden tot aansprakelijkheid.

Aansprakelijkstelling heeft geen betrekking tot onopzettelijke domheden of beleidsfouten die gerekend kunnen worden tot de normale risico's van het ondernemerschap.

Hoewel de wetbepalingen van de artt. 2:9, 2:248 en 6:162 BW verschillen ten opzichte van elkaar, is uit de rechtspraak gebleken dat voor iedere vorm van bestuurdersaansprakelijkheid sprake dient te zijn van een ernstig te maken verwijt richting de bestuurder. Voor de vaststelling van een ernstig verwijt is gebleken dat de rechtspraak verschillende maatstaven hanteert:

Ernstig verwijt op grond van. art. 2:9 BW:

→ Bestuurder heeft gehandeld als geen redelijk handelend bestuurder zou hebben gedaan.

Ernstig verwijt op grond van. art. 2:248 BW:

→ Bestuurder kan een ernstig verwijt worden gemaakt van onverantwoordelijk handelen met de wetenschap dat schuldeisers daarvan de dupe zouden kunnen worden.

Ernstig verwijt op grond van. art. 6:162 BW:

→ Bestuurder wist of behoorde redelijkerwijs te weten dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelswijze tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Het is hier van belang wat de bestuurder wist of redelijkerwijs had moeten weten.

²⁶⁹ HR 13 december 2011, LJN:BQ4673

²⁷⁰ HR 22 mei 1992, NJ 1992/526

Voor alle maatstaven van een ernstig verwijt geldt dat dit dient te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij voor iedere vorm van bestuurdersaansprakelijkheid een hoge bewijsdrempel geldt voor de curator. Met dit gegeven dient de curator rekening te houden bij het vorderen van bestuurdersaansprakelijkheid in de praktijk.

In het tweede lid van art. 2:248 BW is de wetgever wel aan de hoge bewijsdrempel tegemoetgekomen door bewijsvermoedens op te nemen in geval van schending van de administratie- en/of publicatieplicht (zie paragraaf 4.2.1.3).

Tussen de verschillende bestuurdersaansprakelijkheid artikelen bestaat geen rangorde.²⁷¹ Omdat de bewijspositie per artikel verschillend is, kan het in de praktijk onder bepaalde omstandigheden dan ook voordelig werken voor de curator om bestuurdersaansprakelijkheid te vorderen op meerdere rechtsgronden tegelijk. In voorkomend geval dient de curator wel de bewijspositie per artikel te onderbouwen. Een beroep op de onrechtmatige daad dient bijvoorbeeld te gebeuren met inachtneming van de bestanddelen in die bepaling (onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, schade, causaliteit en relativiteit).

Het vorderen van bestuurdersaansprakelijkheid door de curator betekent niet dat de schuldeisers zelf hun vordering niet te gelde mogen maken op grond van art. 6:162 BW.²⁷² Er is hier sprake van samenloop; een schadevergoeding kan niet tweemaal worden toegewezen.

Het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan in de praktijk met zich meebrengen dat eerst op de vordering van de curator wordt beslist alvorens op die van een individuele schuldeiser.²⁷³

Zie ook Bijlage I. Bestuurdersaansprakelijkheid en Bijlage I. Onrechtmatige daad.

6.1.2.2 Vernietiging van een paulianeuze rechtshandeling

Naast de bestuurdersaansprakelijkheid heeft de curator tevens de civielrechtelijke bevoegdheid om bepaalde rechtshandelingen die vóór de faillietverklaring door de gefailleerde zijn verricht, te vernietigen. De curator kan het een en ander op grond van de faillissementspauliana aanpakken (art. 42 e.v. Fw), maar kan dit ook doen door middel van een actie op grond van de onrechtmatige daad en/of onbehoorlijk bestuur.²⁷⁴

Met betrekking tot de faillissementspauliana bleek een relevant onderscheid tussen de verplichte – of onverplichte rechtshandeling. In geval van een onverplichte rechtshandeling is vernietiging mogelijk op grond van art. 42 Fw. In geval van een verplichte rechtshandeling is vernietiging mogelijk op grond van art. 47 Fw. Uit de rechtspraak vloeit voort dat van een onverplichte rechtshandeling sprake is, indien de rechtshandeling wordt verricht zonder dat daartoe een op wet of overeenkomst berustende (afdwingbare) rechtsplicht bestaat.²⁷⁵ De wetgever spreekt in geval van een verplichte rechtshandeling van een opeisbare schuld. Uit de rechtspraak vloeit voort dat deze bepaling ruimer is dan slechts het betalen van een opeisbare geldschuld.²⁷⁶ Art. 47 Fw moet naar haar strekking worden beoordeeld.²⁷⁷

Naast het onderscheid tussen een verplichte- of onverplichte rechtshandeling gelden er voor de bepalingen van de faillissementspauliana nog verschillende andere criteria:

²⁷¹ HR 30 mei 1997, JOR 1997/111

²⁷² Rb. Rotterdam 21 maart 2002, JOR 2002,99

²⁷³ Scharenborg 2016, p. 144

²⁷⁴ HR 30 mei 1997, JOR 1997/111

²⁷⁵ HR 8 januari 1937, NJ 1937/431

²⁷⁶ Hof Amsterdam 4 december 1986, NJ 1988/407

²⁷⁷ Hof Amsterdam 11 juli 1991, NJ 2992/243, HR 8 juli 1987, NJ 1988/104

In geval van vernietiging op grond van art. 42 Fw;

- Er is sprake van de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers en er is sprake van wetenschap van de benadeling van de schuldeisers bij zowel de thans gefailleerde als jegens wie de rechtshandeling werd verricht.

In geval van vernietiging op grond van art. 47 Fw;

- Er is sprake van wetenschap van de faillissementsaanvraag bij degene die de betaling ontving; óf
- De betaling was het gevolg van overleg tussen de thans gefailleerde en de schuldeiser, waarbij de betaling ten doel had de begunstiging van deze schuldeiser boven andere schuldeisers.

Voor het vernietigen van een onverplichte rechtshandeling op grond van art. 42 Fw is de wetgever in art. 43 Fw aan bewijsmoeilijkheden tegemoetgekomen door middel van bewijsvermoedens ten aanzien van de wetenschap van de benadeling aan beide zijden.

Uit de rechtspraak vloeit voort dat in ieder geval sprake is van wetenschap van de benadeling indien *ten tijde van de rechtshandeling, het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien voor zowel de gefailleerde als degene jegens wie de gefailleerde de rechtshandeling verrichtte*.²⁷⁸ De wetenschap met slechts een kans op de benadeling blijkt hierbij onvoldoende.²⁷⁹

Voor het vernietigen van een verplichte rechtshandeling op grond van de bepalingen van art. 47 Fw is uit de rechtspraak gebleken dat hier hoge bewijsdrempels gelden voor de curator (zie paragraaf 4.2.2).²⁸⁰ Zo bleek bijvoorbeeld het gegeven dat de schuldeiser wist dat op korte termijn het faillissement zou worden aangevraagd onvoldoende.²⁸¹ Met betrekking tot het overlegcriterium van art. 47 Fw geldt eveneens een hoge bewijsdrempel waarbij sprake moet zijn geweest van samenspanning tussen de thans gefailleerde en de schuldeiser.²⁸² De rechtshandeling als gevolg van dwang of druk door de schuldeiser kan niet worden gelijkgesteld met overleg.²⁸³

De hoge bewijsdrempels van art. 47 Fw dient de curator in de praktijk mee te nemen bij zijn overweging tot het vorderen van vernietiging van een verplichte rechtshandeling.

Ondanks het onderscheid tussen de artt. 42 en 47 Fw kan het onder bepaalde omstandigheden voordelig werken voor de curator om de faillissementspauliana in te stellen op grond van de beide wetsbepalingen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de onverplichtheid van een rechtshandeling discutabel is. Indien de curator in voornoemd geval zijn vordering uitsluitend op de onverplichtheid van de rechtshandeling heeft gebaseerd, kan dit leiden tot afwijzing van de vordering.²⁸⁴

Net als bij bestuurdersaansprakelijkheid bestaat er wederom geen rangorde tussen de verschillende wetsbepalingen. De curator hoeft niet gedwongen te kiezen voor het instellen van een rechtsvordering op grond van de faillissementspauliana en kan in de praktijk ook kiezen voor een andere wetsbepaling omdat hiervan de bewijspositie anders is.²⁸⁵

Echter, indien de rechtshandeling niet vernietigbaar is op grond van de artt. 42 en 47 Fw, geldt als

²⁷⁸ HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR2015:3094

²⁷⁹ HR 1 oktober 1993, NJ 1994,257, HR 17 november 2000, NJ 2001/272, Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8704

²⁸⁰ HR 20 november 1998, NJ 1998/611

²⁸¹ Hof Amsterdam 11 juli 1991, NJ 1992/243, Hof Amsterdam 3 februari 1994, NJ 1994/695

²⁸² HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1676, 23 juli 2003, ECLI:NL:RBARH2003:AM3261

²⁸³ HR 24 maart 1995, NJ 1995/628, 23 juli 2003, ECLI:NL:RBARH2003:AM3261

²⁸⁴ Rb. Maastricht 20 augustus 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BE:9568

²⁸⁵ HR 28 juni 1957, NJ 1957/514

uitgangspunt dat dan slechts onder bijzondere omstandigheden de rechtshandeling op grond van art. 6:162 BW onrechtmatig kan zijn.²⁸⁶

Zie Bijlage I. Faillissementspauliana en Bijlage I. Onrechtmatige daad.

6.1.3 Financiering van een rechtsvordering op grond van het civiel recht

Om het fraudeonderzoek en een eventuele rechtsvordering te financieren kan de curator putten uit de boedel van het faillissement. Echter, in geval van faillissementsfraude blijkt *lege boedel-problematiek* een veelvoorkomend probleem voor de curator.^{287 288} De financieringsbronnen, beschreven in paragraaf 5.3, kunnen in geval van faillissementsfraude onder bepaalde omstandigheden verlichting van lege boedel-problematiek bieden. Zo kan een garantstelling vanuit het Ministerie van Veiligheid & Justitie worden afgegeven ten behoeve van het instellen van een verhaalsonderzoek, vooronderzoek of het instellen van een rechtsvordering op grond van de artt. 2:9, 2:138, 2:149, 2:248 en 2:259 BW en de artt. 42, 43 en 47 Fw.²⁸⁹ Daarnaast kan de Belastingdienst een proceskostengarantie verstrekken op grond van art. 73.1.4 van de Leidraad Invordering 2008, mits er géén sprake is van een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure.²⁹⁰

Indien de financieringsbronnen wegens omstandigheden niet inzetbaar zijn voor de curator, kan de curator zich wenden tot de Politie. Immers, de curator kan bij de Politie aangifte doen van faillissementsfraude op grond van het strafrecht. Er kan in voornoemd geval eventueel een vergoeding plaatsvinden voor de tijd die met het doen van aangifte is gemoeid en de kosten van het eventuele Politieonderzoek komen niet ten laste van de boedel (zie paragraaf 3.4).²⁹¹

6.2 Aanbevelingen

Uit het onderhavige onderzoek en de voornoemde conclusies volgt mijnerzijds de aanbeveling dat de curatoren werkzaam bij de opdrachtgever voor zoveel mogelijk ankers dienen te gaan liggen ter vergroting van de slagingskans van de door hun ingestelde rechtsvordering(en). De bestrijding van faillissementsfraude kan hierdoor worden verbeterd, wat het maatschappelijk belang dient.

De boedel dient in voornoemd geval wel toereikend te zijn en de curator dient daarnaast zorgvuldig de maatschappelijke belangen versus de belangen van de crediteuren af te wegen.

De curatoren werkzaam bij de opdrachtgever worden aanbevolen de ter beschikking staande financieringsmogelijkheden daar waar mogelijk te gebruiken, in het bijzonder de garantieregeling voor curatoren en de proceskostengarantie van de Belastingdienst.

Ook indien de boedel en de financieringsbronnen niet toereikend blijken, wordt de curatoren van de opdrachtgever aanbevolen om in alle gevallen van faillissementsfraude aangifte te doen bij de Politie en/of FIOD. Gebleken is dat op dit moment namelijk geen eenduidig beleid wordt gevoerd met betrekking tot het doen van aangifte - / het melden van faillissementsfraude. De aanbeveling tot het doen van aangifte - / het melden van faillissementsfraude is temeer van belang gelet op de komst van nieuwe wetgeving per 1 juli a.s. (Wet versterking positie curator).

Met de komst van deze nieuwe wetgeving wordt de curator verplicht om de R-C te informeren in geval van onregelmatigheden en dient de curator hiervan (eventueel op verwijzing van de R-C) melding of aangifte te doen bij de bevoegde instanties.

²⁸⁶ Rb. Utrecht 24 maart 1999, JOR 1999, JOR 1999/182

²⁸⁷ Hilverda 2012, p. 10 en p. 19

²⁸⁸ Bijlage IV. Interview mr. P.E.M. Schol, Bijlage V. Interview mr. P. Gorter

²⁸⁹ Bijlage IX. Garantstellingsregeling curatoren 2012

²⁹⁰ Scharenborg 2016, p. 41

²⁹¹ Bijlage VIII. Vergoedingsregeling curatoren voor het doen van aangifte faillissementsfraude

De toepassing van dit onderzoek in de praktijk van de opdrachtgever

Door de uiteenzetting van de relevante criteria en de overzichten in Bijlage I, kan door middel van dit onderzoek relatief snel en overzichtelijk inzicht worden verkregen op het gebied van faillissementsfraude en de in te zetten (rechts)middelen en bevoegdheden van de curator in geval van faillissementsfraude. Zowel de ervaren – als de minder ervaren curator kan dit in de basis helpen in geval van faillissementsfraude en de mogelijke aanpak hiervan. Daarbij kunnen de vele verwijzingen naar jurisprudentie in de praktijk worden toegepast, bijvoorbeeld ter onderbouwing van bepaalde stellingen van de curator.

De curatoren werkzaam bij de opdrachtgever wordt aanbevolen om in de toekomst een eenduidig en onderling afgestemd beleid te gaan voeren in geval van faillissementsfraude. Onderhavig onderzoek kan hierbij als handleiding dienen teneinde de werkpraktijk van de curatoren werkzaam bij de opdrachtgever verder te verbeteren.

Literatuurlijst

Literatuur:

Adriaansens 1998

Adriaansens, M.A.M., *'Faillissementsgids'* (5^e druk), Deventer: Wolters Kluwer Nederland 1998

Hilverda 2012

Hilverda, C.M., *'De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is..'* (1^e druk), Deventer: Wolters Kluwer Nederland 2012

Hilverda e.a. 2009

Hilverda, C.M., Kop, M.C.J., Lely, J., e.a., *'Faillissementsfraude: een studie naar strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen'* (3^e druk), Deventer: Wolters Kluwer Nederland 2009

Polak 2014

Polak, N.J., *'Insolventierecht'* (13^e druk), Deventer: Wolter Kluwer Nederland 2014

Scharenborg 2016

Scharenborg, M.H.G., *'Faillissementsfraude'* (1^e druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2016

Van Schaaijk 2011

Van Schaaijk, G.A.F.M., *'Praktijkgericht juridisch onderzoek'* (1^e druk), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011

Verhoeven 2011

Verhoeven, N., *'Wat is onderzoek? Praktijkboek methoden en technieken voor het hoger onderwijs'* (4^e druk), Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011

Parlementaire stukken:

Kamerstukken II, 2016/17, 33695, nr. 13

Kamerstukken II, 2013/14, 34011, nr. 3

Kamerstukken I, 2014/15, 33994, A

Kamerstukken II, 2010/11, 5701734

Kamerstukken II, 1890/91, 100, nr. 3

Kamerstukken II, 2010/11, 29 911, nr. 52

Kamerstukken II, 2011/12, 29911, nr. 57

MvT 2013

Memorie van Toelichting 23 juli 2013, 'Wetsvoorstel van wet herziening strafbaarstellingfaillissementsfraude'

Stb 2016

Staatsblad Koninkrijk der Nederlanden, Jaargang 2016, nr. 153/154

Jurisprudentie:

HR 9 maart 1928, W11836, NJ 1928/1213
HR 8 januari 1937, NJ 1937/431
HR 23 december 1949, NJ 1950/262
HR 28 juni 1957, NJ 1957/514
HR 10 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD3286
HR 14 januari 1983, NJ 1983/597
HR 16 januari 1987, NJ 1987/528
HR 8 juli 1987, NJ 1988/104
HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329
HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286
Hof Amsterdam 11 juli 1991, NJ 2992/243
HR 22 mei 1992, NJ 1992/526
HR 11 juni 1993, NJ 1993/713
HR 1 oktober 1993, NJ 1994,257
HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1676
HR 10 januari 1997, NJ 1997/360
HR 30 mei 1997, JOR 1997/111
HR 5 juni 1998, NJ 1998/668
HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669
HR 20 november 1998, NJ 1998/611
HR 4 februari 2000, NJ 2000/192
HR 16 juni 2000, ECLI:NL:2000:AA6234
HR 17 november 2000, NJ 2001/272
HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2435
HR 21 december 2001, NJ 2005/96
HR 19 oktober 2001, NJ/2001/654
HR 8 juni 2002, NJ 2001/454
HR 4 april 2003, NJ 2003/538
HR 7 maart 2003, NJ 2003/429
HR 5 september 2003, JOR 2003/226
HR 16 september 2005, NJ 2006/311
HR 20 oktober 2006, NJ 2007/2
HR 8 december 2006, NJ 2006/659
HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773
HR 24 april 2009, LJN BF3917
HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0468
HR 22 december 2009, NJ 2010/273
HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493
HR 9 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BI4691
HR 16 februari 2010, LJN:BK4797
HR 12 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9366
HR 11 mei 2010, LJN:BL7662
HR 13 december 2011, LJN:BQ4673
HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881
HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189
HR 23 mei 2014, ECLI:NL:2014:1204
HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628
HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932
HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR2015:3094

HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:166

HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:430

Hof Amsterdam 4 december 1986, NJ 1988/407

Hof Amsterdam 11 juli 1991, NJ 1992/243

Hof Amsterdam 3 februari 1994, NJ 1994/695

Hof Amsterdam 22 december 1994, rolnummer 287/94

Hof Amsterdam 22 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP6453

Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX:1192

Hof Amsterdam 7 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1474

Hof Leeuwarden 28 januari 1942, NJ 1942/499

Hof Arnhem 6 mei 1997, JOR 1997/110

Hof Arnhem 26 februari 2002, ECLI:NL:GHARH:2002:AE1645

Hof Leeuwarden 30 januari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC3428

Hof Arnhem 13 mei 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG1270

Hof Arnhem 20 juni 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ8568

Hof Leeuwarden 3 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0725

Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA1538

Hof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8104

Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5083

Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8067

Hof 's-Gravenhage 8 juni 1998, JOR 2000/93

Hof 's-Gravenhage 16 september 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF4107

Hof 's-Gravenhage 6 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BT2016

Hof 's-Gravenhage 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3263

Hof 's-Hertogenbosch 23 september 2003, JOR 2004/5

Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH5056

Hof 's-Hertogenbosch 11 augustus 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK5887

Hof 's-Hertogenbosch 23 februari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL6516

Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR1605

Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU2145

Hof 's-Hertogenbosch 21 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5413

Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3057

Hof 's-Hertogenbosch 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2810

Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:32

Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:351

Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:296

Rb. Amsterdam 3 juli 1997, JOR 1996/109

Rb. Amsterdam 1 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9883

Rb. Maastricht 20 augustus 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BE9568

Rb. Noord-Nederland 15 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7154

Rb. Overijssel 24 september 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:5599

Rb. Overijssel 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6002

Rb. Rotterdam 28 september 1923, NJ 1924/1242

Rb. Rotterdam 22 oktober 1998, JOR 1998/71

Rb. Rotterdam 15 april 1999, JOR 1999/120

Rb. Rotterdam 20 juli 2000, JOR 2000/247

Rb. Rotterdam 14 juni 2001, JOR 2001/174
Rb. Rotterdam 21 maart 2002, JOR 2002/99
Rb. Rotterdam 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8103
Rb. 's-Gravenhage 15 oktober 1997, JOR 1997/142
Rb. 's-Gravenhage 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8704
Rb. Utrecht 13 augustus 2003, JOR 2003 m.nt. RA

Artikelen en rapporten:

Brouwer, Tvl 2014/15

Brouwer, J., *'Fraude en misbruik bij faillissementen: investeren in een aanpak die wél werkt'*, Tvl 2014/15, p. 84-89

CBS en WODC 2016

Centraal Bureau voor de Statistiek en het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, *'Faillissementen oorzaken en schulden 2015'*, Den Haag: CBS 2016

CBS 2011

Centraal Bureau voor de Statistiek, *'Faillissementen oorzaken en schulden 2010'*, Den Haag: CBS 2011

Feenstra, Tvl, 2014/15

Feenstra, R.F., *'Bestrijding van Faillissementsfraude, op zoek naar het juiste spoor'*, Tvl 2014/15, p. 83-92

Knegt e.a. 2005

Knegt, R., Beukelman, A.M., Popma, J.R., & Zaal, I. *'Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding'*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2005

Philips, FIP, 2013/14

Philips, R.J., *'Wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod'*, FIP 2013/14, p. 114-121

Internet:

Belastingdienst.nl, *'Wat doet de FIOD'*, geraadpleegd op woensdag 12 april 2017 van https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/nl/fiod/content/wat_doet_de_fiod

Belastingdienst.nl, *'Hoe werkt de FIOD'*, geraadpleegd op woensdag 12 april 2017 van https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/nl/fiod/content/hoe_werkt_de_fiod

Eerstekamer.nl, *'Begrip: Memorie van toelichting'*, geraadpleegd op maandag 28 februari 2017, van https://www.eerstekamer.nl/begrip/memorie_van_toelichting

Faillissements-fraude.nl, geraadpleegd op donderdag 16 februari 2017, van <http://www.faillissements-fraude.nl/>

Justis.nl, *'Garantiestellingsregeling'*, geraadpleegd op woensdag 29 maart 2017 van <https://www.justis.nl/producten/gsr/>

Justis.nl, *'Dienst JUSTIS'*, geraadpleegd op woensdag 29 maart 2017 van <https://www.justis.nl/overjustis/>

NRC.nl, *'Faillissementsfraude kent geen eenvoudige definitie'*, geraadpleegd op maandag 3 april 2017 van

[http://vorige.nrc.nl//achtergrond/article2297979.ece/Faillissementsfraude kent geen eenvoudige definitie](http://vorige.nrc.nl//achtergrond/article2297979.ece/Faillissementsfraude_kent_geen_eenvoudige_definitie)

Om.nl, 'Faillissementsfraude', geraadpleegd op donderdag 16 februari 2017, van <https://www.om.nl/onderwerpen/fraude/faillissementsfraude/>

Om.nl, 'OM Utrecht gaat katvangen per 1 oktober vervolgen', geraadpleegd op maandag 3 april 2017, van <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@27103/utrecht-gaat/>

Politie.nl, 'Fraude', geraadpleegd op dinsdag 11 april 2017 van <https://www.politie.nl/themas/fraude.html>

Politie.nl, 'Wat is en doet de FIOD', geraadpleegd op dinsdag 11 april 2017 van <https://www.politie.nl/themas/fraude.html#alineatitle-wat-is-en-doet-de-fiod>

Rijksoverheid.nl, 'Minister bij opening fraude filmfestival', geraadpleegd op donderdag 30 maart 2017, van <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2014/10/01/minister-opstellen-bij-opening-fraude-film-festival-krachten-bundelen-bij-aanpak-fraude>

Rijksoverheid.nl, 'Ministeries', geraadpleegd op donderdag 30 maart 2017 van <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries>

Rijksoverheid.nl, 'Ministerie van Veiligheid & Justitie', geraadpleegd op donderdag 30 maart 2017 van <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/m5ministerie-van-veiligheid-en-justitie>

Ru.nl, 'Faillissementsfraude: nieuwe wetgeving en maatregelen voor stevigere aanpak', geraadpleegd op vrijdag 17 februari 2017, van <http://www.ru.nl/onderzoek/over/wetenschappelijke-topgebieden/ondernemingsgericht-recht/meer-info/faillissementsfraude-nieuwe-wetgeving-maatregelen/>

Sgadvocaten.nl, geraadpleegd op maandag 20 februari 2017, van <https://www.sgadvocaten.nl/>

Statengeneraaldigitaal.nl, *Begrippen: 'Kamerstukken'*, geraadpleegd maandag 28 februari 2017, van <http://www.statengeneraaldigitaal.nl/help?document=begrippen>

Trouw.nl, 'Strijden tegen wegsluisoma's en plof bv's', geraadpleegd op donderdag 30 maart 2017, van <https://www.trouw.nl/home/strijden-tegen-wegsluisoma-s-en-plof-bv-s~a40d3c85/>

Verantwoordingsonderzoek.rekenkamer.nl, 'Fraude en faillissementsfraude', geraadpleegd op woensdag 15 februari 2017, van <http://verantwoordingsonderzoek.rekenkamer.nl/2014/venj/bedrijfsvoering/fraude-en-faillissementsfraude#waarom-is-faillissementsfraude-een-probleem>

Zembla.vara.nl, 'Nederland fraudeland', geraadpleegd op maandag 3 april 2017, van <https://zembla.vara.nl/dossier/uitzending/nederland-fraudeland>

Wet- en regelgeving:

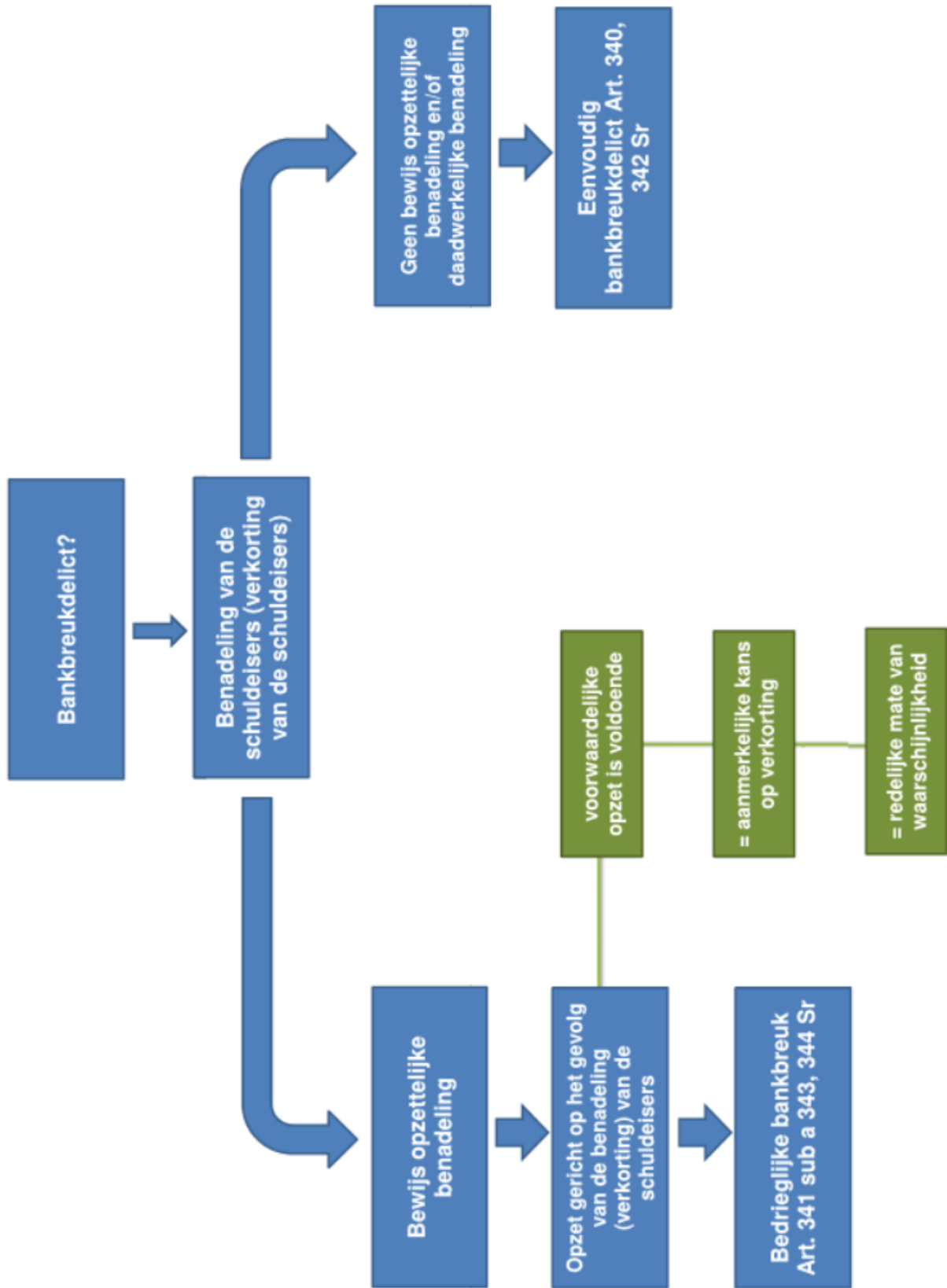
- Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
- Burgerlijk Wetboek
- Faillissementswet
- Politiewet 2012
- Wetboek van Strafrecht
- Wet op de Rechtelijke Organisatie

Bijlagen

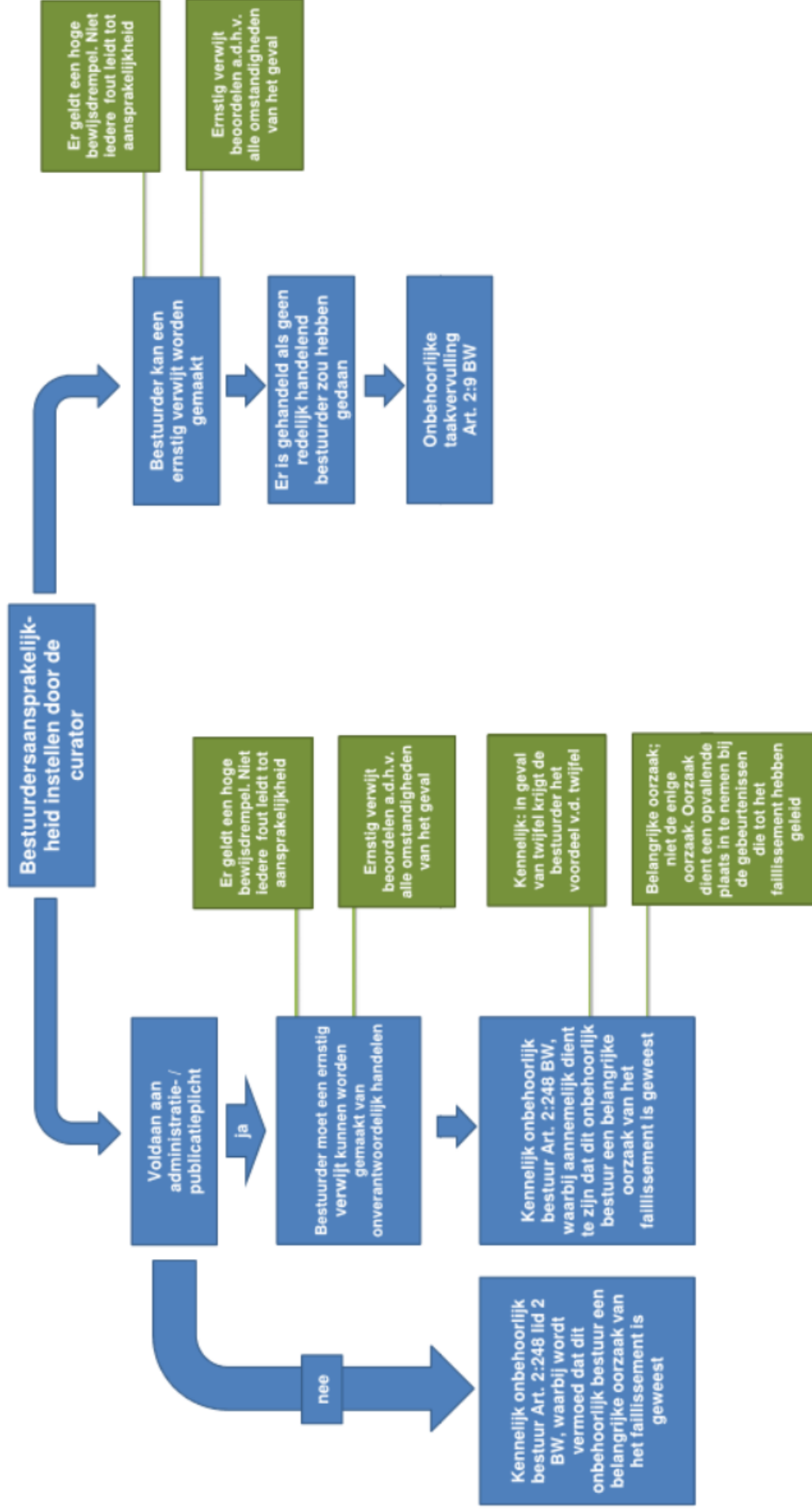
Bijlage I.	Overzichten Hoofdstuk 4. Faillissementsfraude op basis van de wet en de rechtspraak
Bijlage II.	Wetsartikelen Hoofdstuk 4
Bijlage III.	Uitwerking interview Prof. mr. C.M. Hilverda
Bijlage IV.	Uitwerking interview mr. P.E.M. Schol
Bijlage V.	Uitwerking interview mr. P. Gorter
Bijlage VI.	Uitwerking interview mr. P. Weenink
Bijlage VII.	Standaardformulier MELDING Faillissementsfraude
Bijlage VIII.	Vergoedingsregeling curatoren voor het doen van aangifte faillissementsfraude
Bijlage IX:	Garantstellingsregeling curatoren 2012
Bijlage X:	Verklaring gebruikte hulpmiddelen

Aangifte/melding faillissementsfraude

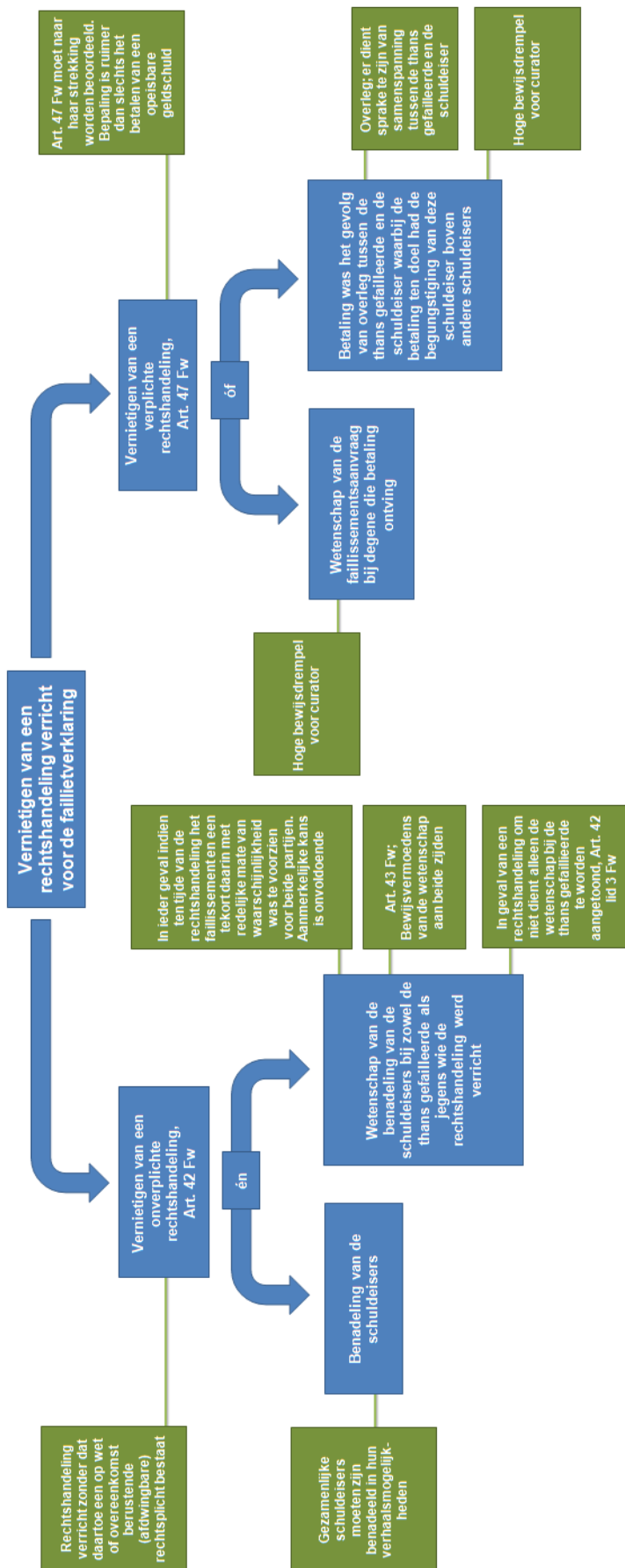
BIJLAGE I. Overzichten Hoofdstuk 4. Faillissementsfraude op basis van de wet en de rechtspraak



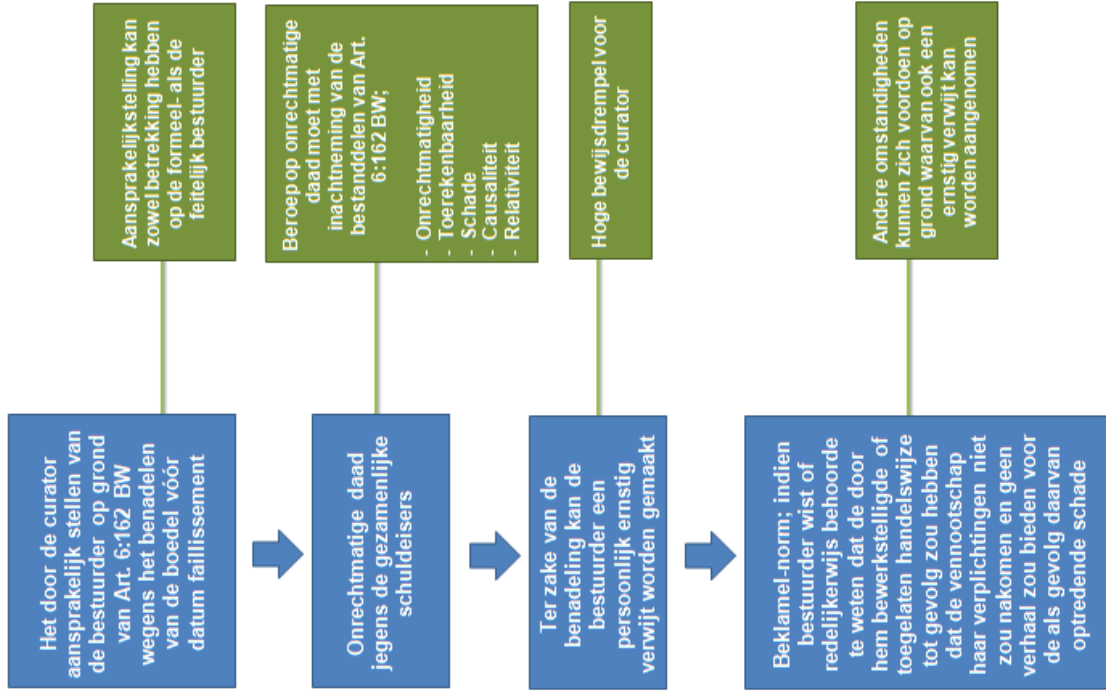
Bestuurdersaansprakelijkheid



Faillissementspauliana



Onrechtmatige daad



BIJLAGE II. Wetsartikelen Hoofdstuk 4

Wetboek van Strafrecht. Tweede Boek. Misdrijven Titel XXVI. Benadeling van schuldeisers of rechthebbenden

Artikel 340

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

- 1°. indien zijn verteringen buitensporig zijn geweest;
- 2°. indien hij, met het oogmerk om zijn faillissement uit te stellen, wetende dat het daardoor niet kon worden voorkomen, op bezwarende voorwaarden geldopnemingen heeft gedaan;
- 3°. indien hij de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers waarmee hij ingevolge artikel 15i van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek een administratie gevoerd heeft en de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers die hij ingevolge dat artikel bewaard heeft, niet in ongeschonden staat te voorschijn brengt.

Artikel 341

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

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

- 1°. hetzij lasten verdicht heeft of verdicht, hetzij baten niet verantwoord heeft of niet verantwoordt, hetzij enig goed aan de boedel onttrokken heeft of onttrekt;
- 2°. enig goed hetzij om niet, hetzij klaarblijkelijk beneden de waarde heeft vervreemd;
- 3°. ter gelegenheid van zijn faillissement of op een tijdstip waarop hij wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen, een van zijn schuldeisers op enige wijze bevoordeeld heeft of bevoordeelt;
- 4°. niet voldaan heeft of niet voldoet aan de op hem rustende verplichtingen ten opzichte van het voeren van een administratie ingevolge artikel 15i van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, en het bewaren en te voorschijn brengen van boeken, bescheiden en gegevensdragers in dat artikel bedoeld;

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

- 1°. hetzij lasten verdicht heeft of verdicht, hetzij baten niet verantwoord heeft of niet verantwoordt, hetzij enig goed aan de boedel onttrokken heeft of onttrekt;
- 2°. enig goed hetzij om niet, hetzij klaarblijkelijk beneden de waarde heeft vervreemd;
- 3°. ter gelegenheid van de toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen of op een tijdstip waarop hij wist dat hij niet zou kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden, een van zijn schuldeisers op enige wijze bevoordeeld heeft of bevoordeelt;
- 4°. niet voldaan heeft of niet voldoet aan de op hem rustende verplichtingen ten opzichte van het voeren van een administratie ingevolge artikel 15i van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, en het bewaren en te voorschijn brengen van boeken, bescheiden en gegevensdragers in dat artikel bedoeld.

Artikel 342

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

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

2°. indien hij, met het oogmerk om het faillissement van de rechtspersoon uit te stellen, wetende dat het daardoor niet kon worden voorkomen, heeft medegewerkt of zijn toestemming gegeven tot het doen van geldopnemingen op bezwarende voorwaarden;

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

Artikel 343

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

1°. hetzij lasten verduikt heeft of verduikt, hetzij baten niet verantwoord heeft of niet verantwoordt, hetzij enig goed aan de boedel onttrokken heeft of onttrekt;

2°. enig goed hetzij om niet, hetzij klaarblijkelijk beneden de waarde heeft vervreemd;

3°. ter gelegenheid van het faillissement of op een tijdstip waarop hij wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen, een van de schuldeisers op enige wijze bevoordeeld heeft of bevoordeelt;

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

Artikel 344

Hetzij met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren en zes maanden en geldboete van de vijfde categorie, hetzij met één van deze straffen wordt gestraft hij die:

1°. in geval van faillissement, of in het vooruitzicht daarvan, indien het faillissement is gevolgd, ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers, enig goed aan de boedel onttrekt, of betaling aanneemt, hetzij van een niet opeisbare schuld, hetzij van een opeisbare schuld, in het laatste geval wetende dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd of ten gevolge van overleg met de schuldenaar;

2°. bij verificatie van de schuldvorderingen in geval van faillissement, een niet bestaande schuldvordering voorwendt of een bestaande tot een verhoogd bedrag doet gelden;

3°. in geval de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, of in het vooruitzicht daarvan, indien de toepassing wordt uitgesproken, ter bedrieglijke verkorting van de rechten die de schuldeisers jegens de boedel kunnen doen gelden, enig goed aan de boedel onttrekt, of betaling aanneemt op een vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, hetzij niet opeisbaar, hetzij opeisbaar, in het laatste geval wetende dat het verzoek tot het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen reeds was ingediend of tengevolge van overleg met de schuldenaar;

4°. bij de verificatie van vorderingen in de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, een niet bestaande schuldvordering voorwendt of een bestaande tot een verhoogd bedrag doet gelden.

Burgerlijk Wetboek. Tweede boek. Rechtspersonen

Titel I. Algemene bepalingen

Artikel 9

1°. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.

2°. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Artikel 10

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

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

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

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

Burgerlijk Wetboek. Tweede boek. Rechtspersonen

Titel IV. Naamloze vennootschappen

Artikel 138

1°. In geval van faillissement van de naamloze vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

2°. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hetzelfde geldt indien de vennootschap volledig aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en niet voldaan is aan de verplichtingen uit artikel 15i van Boek 3. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen.

3°. Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

4°. De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. De rechter kan voorts het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond.

5°. Is de omvang van het tekort nog niet bekend, dan kan de rechter, al dan niet met toepassing van het vierde lid, bepalen dat van het tekort tot betaling waarvan hij de bestuurders veroordeelt, een staat wordt opgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de zesde titel van het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

6°. De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Een aan de bestuurder verleende kwijting staat aan het instellen van de vordering niet in de weg.

7°. Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De vordering kan niet worden ingesteld tegen de door de rechter benoemde bewindvoerder.

8°. Dit artikel laat onverlet de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een vordering op grond van de overeenkomst met de bestuurder of op grond van artikel 9.

9°. Indien een bestuurder ingevolge dit artikel aansprakelijk is en niet in staat is tot betaling van zijn schuld terzake, kan de curator de door die bestuurder onverplicht verrichte rechtshandelingen waardoor de mogelijkheid tot verhaal op hem is verminderd, ten behoeve van de boedel door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen, indien aannemelijk is dat deze geheel of nagenoeg geheel met het oogmerk van vermindering van dat verhaal zijn verricht. Artikel 45 leden 4 en 5 van Boek 3 is van overeenkomstige toepassing.

10°. Indien de boedel ontoereikend is voor het instellen van een rechtsvordering op grond van dit artikel of artikel 9 of voor het instellen van een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheid daartoe, kan de curator Onze Minister van Justitie verzoeken hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen. Onze Minister kan regels stellen voor de beoordeling van de gegrondheid van het verzoek en de grenzen waarbinnen het verzoek kan worden toegewezen. Het verzoek moet de gronden bevatten waarop het berust, alsmede een beredeneerde schatting van de kosten en de omvang van het onderzoek. Het verzoek, voor zover het betreft het instellen van een voorafgaand onderzoek, behoeft de goedkeuring van de rechter-commissaris.

Burgerlijk Wetboek. Tweede boek. Rechtspersonen

Titel V. Besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

Artikel 248

1°. In geval van faillissement van de vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

2°. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hetzelfde geldt indien de vennootschap volledig aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en niet voldaan is aan de verplichtingen uit artikel 15i van Boek 3. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen.

3°. Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

4°. De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. De rechter kan voorts het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond.

5°. Is de omvang van het tekort nog niet bekend, dan kan de rechter, al dan niet met toepassing van het vierde lid, bepalen dat van het tekort tot betaling waarvan hij de bestuurders veroordeelt, een

staat wordt opgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de zesde titel van het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

6°. De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Een aan de bestuurder verleende kwijting staat aan het instellen van de vordering niet in de weg.

7°. Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De vordering kan niet worden ingesteld tegen de door de rechter benoemde bewindvoerder.

8°. Dit artikel laat onverlet de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een vordering op grond van de overeenkomst met de bestuurder of op grond van artikel 9.

9°. Indien een bestuurder ingevolge dit artikel aansprakelijk is en niet in staat is tot betaling van zijn schuld terzake, kan de curator de door die bestuurder onverplicht verrichte rechtshandelingen waardoor de mogelijkheid tot verhaal op hem is verminderd, ten behoeve van de boedel door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen, indien aannemelijk is dat deze geheel of nagenoeg geheel met het oogmerk van vermindering van dat verhaal zijn verricht. Artikel 45 leden 4 en 5 van Boek 3 is van overeenkomstige toepassing.

10°. Artikel 138 lid 10 is van toepassing.

Burgerlijk Wetboek. Tweede boek. Rechtspersonen

Titel IX. De jaarrekening en het bestuursverslag

Artikel 394

1°. De rechtspersoon is verplicht tot openbaarmaking van de jaarrekening binnen acht dagen na de vaststelling. De openbaarmaking geschiedt door nederlegging van een volledig in de Nederlandse taal gesteld exemplaar of, als dat niet is vervaardigd, een exemplaar in het Frans, Duits of Engels, ten kantore van het handelsregister dat wordt gehouden door de Kamer van Koophandel. Op het exemplaar moet de dag van vaststelling en goedkeuring zijn aangetekend.

2°. Is de jaarrekening niet binnen twee maanden na afloop van de voor het opmaken voorgeschreven termijn overeenkomstig de wettelijke voorschriften vastgesteld, dan maakt het bestuur onverwijld de opgemaakte jaarrekening op de in lid 1 voorgeschreven wijze openbaar; op de jaarrekening wordt vermeld dat zij nog niet is vastgesteld. Binnen twee maanden na gerechtelijke vernietiging van een jaarrekening moet de rechtspersoon een afschrift van de in de uitspraak opgenomen bevelen met betrekking tot de jaarrekening neerleggen ten kantore van het handelsregister, met vermelding van de uitspraak.

3°. Uiterlijk twaalf maanden na afloop van het boekjaar moet de rechtspersoon de jaarrekening op de in lid 1 voorgeschreven wijze openbaar hebben gemaakt.

4°. Gelijktijdig met en op dezelfde wijze als de jaarrekening wordt een in de zelfde taal of in het Nederlands gesteld exemplaar van het bestuursverslag en van de overige in artikel 392 bedoelde gegevens openbaar gemaakt. Het voorafgaande geldt, behalve voor de in artikel 392 lid 1 onder a en f genoemde gegevens, niet, indien de stukken ten kantore van de rechtspersoon ter inzage van een ieder worden gehouden en op verzoek een volledig of gedeeltelijk afschrift daarvan ten hoogste tegen de kostprijs wordt verstrekt; hiervan doet de rechtspersoon opgaaf ter inschrijving in het handelsregister.

5°. De vorige leden gelden niet, indien Onze Minister van Economische Zaken de in artikel 58, artikel 101 of artikel 210 genoemde ontheffing heeft verleend; alsdan wordt een afschrift van die ontheffing ten kantore van het handelsregister nedergelegd.

6°. De in de vorige leden bedoelde bescheiden worden gedurende zeven jaren bewaard. De Kamer van Koophandel mag de op deze bescheiden geplaatste gegevens overbrengen op andere gegevensdragers, die zij in hun plaats in het handelsregister bewaart, mits die overbrenging

geschiedt met juiste en volledige weergave der gegevens en deze gegevens gedurende de volledige bewaartijd beschikbaar zijn en binnen redelijke tijd leesbaar kunnen worden gemaakt.

7°. Iedere belanghebbende kan van de rechtspersoon nakoming van de in de leden 1-5 omschreven verplichtingen vorderen.

8°. Een vennootschap waarvan effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht wordt geacht te hebben voldaan aan:

- a. lid 1, indien zij de vastgestelde jaarrekening op grond van artikel 5:25o, eerste lid, van die wet heeft toegezonden aan de Stichting Autoriteit Financiële Markten;
- b. lid 2, eerste volzin, indien zij mededeling heeft gedaan op grond van artikel 5:25o, tweede lid, van die wet aan de Stichting Autoriteit Financiële Markten;
- c. vierde lid, eerste volzin, indien zij het bestuursverslag en de overige in artikel 392 bedoelde gegevens op grond van artikel 5:25o, vierde lid, van de Wet op het financieel toezicht heeft toegezonden aan de Stichting Autoriteit Financiële Markten.

Burgerlijk Wetboek. Derde boek. Vermogensrecht in het algemeen

Titel I. Algemene bepalingen

Artikel 15i

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

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

Faillissementswet

Titel I. Van faillissement

Artikel 42

1°. De curator kan ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen. Artikel 50, tweede lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is niet van toepassing.

2°. Een rechtshandeling anders dan om niet, die hetzij meerzijdig is, hetzij eenzijdig en tot een of meer bepaalde personen gericht, kan wegens benadeling slechts worden vernietigd, indien ook degenen met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

3°. Wordt een rechtshandeling om niet wegens benadeling vernietigd, dan heeft de vernietiging ten aanzien van de bevoordeelde, die wist noch behoorde te weten dat van de rechtshandeling benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, geen werking, voorzover hij aantoonde dat hij ten tijde van de faillietverklaring niet ten gevolge van de rechtshandeling gebaat was.

Artikel 43

1°. Indien de rechtshandeling waardoor de schuldeisers zijn benadeeld, is verricht binnen een jaar voor de faillietverklaring en de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn daartoe had verplicht, wordt de aan het slot van artikel 42, eerste lid, eerste zin, bedoelde wetenschap, behoudens tegenbewijs, vermoed aan beide zijden te bestaan:

1°. bij overeenkomsten, waarbij de waarde der verbintenissen aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die der verbintenissen aan de andere zijde overtreft;

2°. bij rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld;

- 3°. bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die een natuurlijk persoon is, verricht met of jegens:
- a. zijn echtgenoot, zijn pleegkind of een bloed- of aanverwant tot in de derde graad;
 - b. een rechtspersoon waarin hij, zijn echtgenoot, zijn pleegkind of een bloed- of aanverwant tot in de derde graad bestuurder of commissaris is, dan wel waarin deze personen, afzonderlijk of tezamen, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal deelnemen;
- 4°. bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die rechtspersoon is, verricht met of jegens een natuurlijk persoon,
- a. die bestuurder of commissaris van de rechtspersoon is, dan wel met of jegens diens echtgenoot, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de derde graad;
 - b. die al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, zijn pleegkinderen en zijn bloed- of aanverwanten tot in de derde graad, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal deelneemt;
 - c. wiens echtgenoot, pleegkinderen of bloed- of aanverwanten tot in de derde graad, afzonderlijk of tezamen, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor tenminste de helft van het geplaatste kapitaal deelnemen;
- 5°. bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die rechtspersoon is, verricht met of jegens een andere rechtspersoon, indien
- a. een van deze rechtspersonen bestuurder is van de andere;
 - b. een bestuurder, natuurlijk persoon, van een van deze rechtspersonen, of diens echtgenoot, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de derde graad, bestuurder is van de andere;
 - c. een bestuurder, natuurlijk persoon, of een commissaris van een van deze rechtspersonen, of diens echtgenoot, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de derde graad, afzonderlijk of tezamen, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal deelneemt in de andere;
 - d. in beide rechtspersonen voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal rechtstreeks of middellijk wordt deelgenomen door dezelfde rechtspersoon, dan wel dezelfde natuurlijke persoon, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, zijn pleegkinderen en zijn bloed- of aanverwanten tot in de derde graad;
- 6°. bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die rechtspersoon is, verricht met of jegens een groepsmaatschappij.
- 2°. Met een echtgenoot wordt een geregistreerde partner of een andere levensgezel gelijkgesteld.
- 3°. Onder pleegkind wordt verstaan hij die duurzaam als eigen kind is verzorgd en opgevoed.
- 4°. Onder bestuurder, commissaris of aandeelhouder wordt mede verstaan hij die minder dan een jaar vóór de rechtshandeling bestuurder, commissaris of aandeelhouder is geweest.
- 5°. Indien de bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder zelf een rechtspersoon is, wordt deze rechtspersoon met de rechtspersoon-bestuurder gelijkgesteld.
- 6°. Artikel 138, tiende lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing ingeval de schuldenaar een rechtspersoon is.

Artikel 47

De voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld kan alleen dan worden vernietigd, wanneer wordt aangetoond, hetzij dat hij die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was, hetzij dat de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen.

BIJLAGE III. Uitwerking interview Prof. mr. C.M. Hilverda

Samenvatting interview Prof. Mr. C.M. Hilverda

20 april 2017

Prof. Mr. C.M. (Tineke) Hilverda (hierna Prof. Mr. Hilverda) is in 1992 gepromoveerd op de strafrechtelijke bestrijding van faillissementsfraude. Prof. Mr. Hilverda is werkzaam als Hoogleraar aan de Universiteit van Nijmegen. Destijds werkte ze als medewerker op een promotieplek en de President van de Hoge Raad was hier haar promotor. Prof. Mr. Hilverda wilde zelf graag op fraude promoveren en faillissementsfraude lag hierin nog open, derhalve is zij op het gebied van de strafrechtelijke bestrijding van faillissementsfraude gepromoveerd.

Prof. Mr. Hilverda vindt niet dat het maatschappelijk belang om faillissementsfraude te bestrijden in strijd is c.q. botst met de belangen van de schuldeisers. Wanneer een curator fraudeonderzoek doet, ontvangt hij/zij salaris vanuit de boedel. Vervolgens blijft er hierdoor minder over voor de crediteuren. Men zou dan kunnen zeggen dat de crediteuren eigenlijk worden benadeeld, terwijl het faillissement er juist is voor de crediteuren. Echter, als de curatoren niks zouden doen, zou er nog veel meer schade zijn volgens Prof. Mr. Hilverda. De bestrijding is in het belang van alle (toekomstige) crediteuren. In Prof. Mr. Hilverda haar opinie is bestrijding en vervolging van faillissementsfraude in het belang van alle potentiële schuldeisers in toekomstige faillissementen. Curatoren zijn op deze wijze heel vaak in staat om geld in de boedel terug te krijgen. Curatoren moeten volgens Prof. Mr. Hilverda de kosten tegen de vermoedelijke baten afwegen.

Volgens Prof. Mr. Hilverda is voor het vaststellen van faillissementsfraude de administratie van het faillissement van groot belang. Soms staan er dingen in de administratie, zoals voorraadlijsten, terwijl die voorraden niet meer in de boedel zijn terug te vinden door de curator. Dit is dan een teken dat er mogelijk goederen aan de boedel zijn onttrokken. Daarnaast is er bij faillissementsfraude heel vaak geen fatsoenlijke administratie die aan de curator kan worden overlegd. Dit wil volgens Prof. Mr. Hilverda ook vaak zegen dat er óf sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en/of daarmee fraude wordt afgedekt. Groot nadeel is dat het veelal niet meer valt af te leiden uit de administratie doordat deze onvolledig is. Men kan niet zien wat er is gebeurd en men kan niet zien wat er is onttrokken. Dat is met name het probleem met betrekking tot de administratie van de gefailleerde, zo stelt Prof. Mr. Hilverda. Een ander teken dat bijvoorbeeld kan wijzen op fraude is volgens Prof. Mr. Hilverda een formeel bestuurder die eigenlijk niets weet en geen informatie kan verschaffen aan de curator. In dergelijke gevallen weet men dat er een feitelijke bestuurder achter moet zitten en dit is volgens Prof. Mr. Hilverda meestal tegelijkertijd een teken dat er iets gaande is.

Prof. Mr. Hilverda geeft al 30 jaar colleges over wat onder de normstelling van faillissementsfraude valt en wat niet. De faillissementsfraudezaken die men tegenkomt bij de rechtbanken zijn zaken waarin toevallig aangifte is gedaan en waarin men tot vervolging is overgegaan, maar niet alle schendingen van de normen die in het faillissementsrecht gelden, leiden ook tot een misdrijf. Deze schendingen leiden niet tot een overtreding van de strafwet, maar vallen onder het civiele recht. Een registratie van faillissementsfraudezaken door de rechtbanken ziet Prof. Mr. Hilverda dan ook niet als zinvol. Tevens zijn de rechtbanken afhankelijk van wat wordt aangeboden door het OM. Het OM beslist uiteindelijk of een faillissementsfraudezaak wordt vervolgd of niet.

Prof. Mr. Hilverda stelt dat curatoren zelf snel merken wanneer er sprake is van fraude en dat curatoren dit heel goed kunnen melden, maar dat de Politie en het OM gewoonweg te weinig capaciteit hebben om alle zaken op te pakken. Terwijl volgens Prof. Mr. Hilverda in sommige gevallen de fraude dusdanig is dat curatoren het melden en zodoende proberen of er iets aan gedaan kan worden (bijv. door het doen van aangifte).

Prof. Mr. Hilverda heeft zelf hard meegewerkt aan de nieuwe wetgeving van het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht' en in haar opinie is het dan ook uitstekende wetgeving. Het zijn volgens Prof. Mr. Hilverda de goede hamers en beitels die prima kunnen dienen om de faillissementsfraude in ieder geval voor wat betreft het strafrecht op te sporen en te vervolgen. Prof. Mr. Hilverda zou het uiteraard mooi vinden als de nieuwe wetgeving in de toekomst dan ook leidt tot het vergroten van de pakkans en vervolging van faillissementsfraude, maar dit hangt volgens haar van de capaciteit van Politie en Justitie af.

Prof. Mr. Hilverda stelt dat de fraude nog altijd onderzocht moet worden en het moet voor de rechter worden gebracht. Dit zijn nog belangrijke aandachtspunten volgens Prof. Mr. Hilverda. Maar de hamers en de beitels zijn met de nieuwe wetgeving, tenminste voor wat betreft de repressiekant, weer een beetje op orde volgens Prof. Mr. Hilverda.

Aan de preventie kant valt nog veel winst te behalen, zo stelt Prof. Mr. Hilverda. Het is zaak om ter preventie drempels op te werpen en potentiële slachtoffers te beschermen vindt Prof. Mr. Hilverda. Zo zou het voor malafide personen moeilijker moeten worden om zich als bestuurder van een rechtspersoon in het Handelsregister in te laten schrijven. Hierin speelt de Kamer van Koophandel een belangrijke rol volgens Prof. Mr. Hilverda. Immers, zij zouden de inschrijving onder bepaalde omstandigheden - en in geval van bepaalde vermoedens tegen kunnen houden.

Met het enkel uitsturen van signalen en vermoedens naar de opsporingsinstanties en de Belastingdienst loopt men altijd achter de feiten aan en wordt er pas opgetreden als het kwaad al is geschied volgens Prof. Mr. Hilverda.

Daarnaast zouden potentiële slachtoffers van beroepsfraudeurs volgens Prof. Mr. Hilverda weerbaarder kunnen worden gemaakt door hen bijvoorbeeld te attenderen op de werkwijzes van fraudeurs.

Met betrekking tot het civielrechtelijk bestuursverbod zegt Prof. Mr. Hilverda dat dit voornamelijk is voor mensen die wat te verliezen hebben. Voor de potentiële gelegenheidsfraudeurs. Als het bestuursverbod daadwerkelijk zou worden gevorderd en opgelegd, dan kan dit een preventief effect hebben voor potentiële gelegenheidsfraudeurs. Beroepsfraudeurs zal dit een worst wezen, zo stelt Prof. Mr. Hilverda. Die zullen in een dergelijk geval gebruik maken van zogenoemde katvangers.

Prof. Mr. Hilverda heeft nog een aantal andere ideeën en visies over (wets)wijzigingen die doorgevoerd zouden kunnen worden om de bestrijding van faillissementsfraude verder te verbeteren, maar deze wil zij op dit moment nog niet prijsgeven. In juni 2017 neemt Prof. Mr. Hilverda afscheid en zal zij in haar afscheidslezing en eventuele publicaties verdere verbeterpunten aanstippen voor de toekomst van faillissementsfraudebestrijding.

BIJLAGE IV. Uitwerking interview mr. P.E.M. Schol

Samenvatting interview mr. P.E.M. Mr. Schol

3 mei 2017

Mr. P.E.M. (Philippe) Mr. Schol (hierna: Mr. Schol) is als advocaat werkzaam op het gebied van o.a. het insolventierecht. Daarnaast wordt Mr. Schol door de rechtbank met regelmaat aangesteld als curator in faillissementen.

Mr. Schol komt in 50% - 60% van de gevallen fraude tegen binnen zijn faillissementspraktijk. Hierbij is volgens Mr. Schol het merendeel van de gevallen simpelweg niet bekend met het feit dat de gedane handelingen c.q. activiteiten niet geoorloofd zijn. Onwetendheid.

Die vraag die dan opdoet is: 'Wat is fraude?' Fraude omvat volgens Mr. Schol eigenlijk een moedwillig component. Als de administratie van de gefailleerde niet deugt, is er niet per definitie sprake van fraude. Dit kan ook simpelweg onkunde zijn van de (bestuurder van de) gefailleerde dan wel de verantwoordelijke administratievoerder. Veel rechtsregels hieromtrent volgen uit de jurisprudentie. Codificatie van de Hoge Raad uitgesproken rechtsregels in de wetgeving zou hierin verduidelijking kunnen geven.

Er wordt door Mr. Schol altijd onderzocht of er sprake is van faillissementsfraude. Dit is onderdeel van het rechtmatigheidsonderzoek. Mr. Schol zegt hierbij relatief snel door te hebben wanneer er sprake is van fraude. Eerste indrukken zeggen niet alles, maar op een gegeven moment weet je het kaf van het koren wel te scheiden. Dit is een kwestie van ervaring, aldus Mr. Schol.

Mr. Schol gaat allereerst in gesprek met de gefailleerde dan wel de bestuurder van de gefailleerde. Vervolgens vraagt Mr. Schol informatie op van de relevante stukken zoals de administratie. Het eerste waar Mr. Schol op let is de aard van de administratie; is deze compleet en strookt deze met de werkelijkheid? Hiertoe wordt allereerst de digitale administratie van de gefailleerde veilig gesteld.

Het kasboek, de bankrekeningen, het bankboek en waar nodig de voorraadlijsten worden gecontroleerd in combinatie met de grootboekkaarten en de balans van de gefailleerde. Er wordt gekeken of de gegeven antwoorden van de gefailleerde c.q. bestuurder van de gefailleerde overeenstemmen met de aangeleverde stukken. Als het kasboek aangeeft dat er drieduizend euro contant geld is, moet dit er ook zijn.

Veelvoorkomende vormen van faillissementsfraude zijn volgens Mr. Schol het onjuist houden c.q. niet goed verwerken van de administratie en het houden van activa buiten de administratie. Andere vormen van faillissementsfraude die Mr. Schol tegenkomt zijn het op andermans naam zetten of laten zetten van goederen zoals auto's en het creëren van onbestaande tegenvorderingen, waardoor men (onterecht) kan verrekenen. De rechter-commissaris (R-C) komt hierbij in beeld zodra er een discussie ontstaat waarin men niet tot een vergelijk (schikking) kan komen. In dat geval legt Mr. Schol de situatie voor bij de R-C en vraagt hij toestemming om te mogen procederen, voor zover er verhaal is. Indien er geen verhaal is, blijft het meestal bij het doen van een fraude aangifte bij de Fiscale Inlichtingen en Opsporing Dienst (FIOD) dan wel bij de politie. Dit wordt in voorkomend geval ook kortgesloten met de R-C. Wanneer Mr. Schol er zeker van is dat er frauduleuze handelingen hebben plaatsgevonden, doet hij altijd aangifte bij de politie of maakt hij hiervan een melding bij de FIOD.

Er zijn verschillende rechtsmiddelen en/of bevoegdheden die Mr. Schol als curator kan gebruiken om mogelijke faillissementsfraude op te sporen. Zo maakt de curator op grond van de artt. 105 en 106

Fw o.a. gebruik van de informatie- en inlichtingenplicht van de gefailleerde c.q. de bestuurder van de gefailleerde. Indien daaraan niet wordt voldaan, kan de curator hiertoe op grond van art. 87 Fw het machtsmiddel gijzeling inzetten.

Ten aanzien van bepaalde standpunten waarvan de curator vindt dat er dient te worden betaald aan de boedel van de failliet, kan hij hiervoor de artikelen van de Faillissementswet gebruiken in geval van pauliana. Voor gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid kan de curator beroep doen op o.a. de artikelen van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Als laatste tak van sport bestaat er nog het strafrecht, maar dit wordt volgens Mr. Schol eigenlijk beperkt tot het melden van fraude dan wel het doen van aangifte.

Er is volgens Mr. Schol heel veel jurisprudentie over bijvoorbeeld de artt. 2:9 en 2:248 Burgerlijk Wetboek. Men zou gedeeltes daarvan kunnen codificeren, dus vastleggen in de algemene rechtsregels. Dit zou volgens Mr. Schol verduidelijking geven.

Verder zijn de rechtsmiddelen en bevoegdheden die een curator heeft volgens Mr. Schol wel toereikend. Minder toereikend is de vraag wat nou precies de taak is van de curator. Is de taak van de curator gelegen in het optreden voor de gezamenlijke schuldeisers of is de taak van de curator gelegen in de fraude opsporing? Mr. Schol stelt dat het naar het laatste lijkt te neigen, gelet op de nieuwste wetsontwikkelingen.

Bij geen verhaal wordt het verdere onderzoek 9 van de 10 keer gestaakt. Immers, men werkt in het belang van de boedel en het belang van de boedel is zoveel mogelijk geld zien te genereren voor de crediteuren, zo stelt Mr. Schol. Mr. Schol vindt dan ook wel degelijk dat het maatschappelijk belang om faillissementsfraude te bestrijden in sommige gevallen botst met het belang van de crediteuren. In tegenstelling tot Hilverda, zij stelt dat bestrijding in het belang is van alle potentiële schuldeisers in toekomstige faillissementen.

Mr. Schol reageert hierop geen vertegenwoordiger te zijn van toekomstige schuldeisers. Als curator is hij er voor de gezamenlijke pre-faillissementsschuldeisers (voor datum faillissement). De faillissementswet biedt hierbij geen ruimte om rekening te houden met toekomstige schuldeisers ergens bij derden. In voorkomend geval dient allereerst de taakomschrijving van de curator te veranderen volgens Mr. Schol. Daarnaast dient men dan ook een oplossing te vinden voor de status van de curator en de bezoldiging van de curator.

Een curator weet heus hoe een administratie in elkaar steekt, maar een curator heeft niet alle middelen en mogelijkheden om een compleet financieel forensisch onderzoek naar de administratie te doen. Dat is een compleet andere tak van sport, aldus Mr. Schol. De curator heeft nu eenmaal niet de gelijke middelen zoals politie en justitie. De last, die eigenlijk bij politie en justitie ligt, wordt dan neergelegd bij de curator. Een curator moet volgens Mr. Schol geen onbezoldigd opsporingsambtenaar worden.

Mr. Schol zou graag de informatievoorziening vanuit de FIOD en politie zien verbeteren. Als een onderzoek wordt overgenomen of (deels) wordt uitgevoerd door de FIOD, wordt het faillissement hangende het onderzoek aangehouden. De informatieverstrekking is dan zeer beperkt.

Een aantal faillissementsfraudezaken die Mr. Schol heeft behandeld zijn daadwerkelijk bij de FIOD en/of justitie terechtgekomen. Men heeft hiernaar onderzoek gedaan, maar is nadien nooit overgegaan tot verdere vervolging. Het strand volgens Mr. Schol uiteindelijk bij de vervolgingsvraag, wegens kostenoverweging en/of wegens middelen om te procederen. Zo heeft Mr. Schol een faillissementsfraudezaak gehad waarin de FIOD twee jaar lang onderzoek heeft gedaan. Vervolgens volgde simpelweg de mededeling: 'We gaan niet over tot vervolging'.

Mr. Schol snapt dat dit uiteraard te maken heeft met geheimhoudingsregels, maar als men dan de intentie heeft dat de curator een onbezoldigd opsporingsambtenaar moet worden, dient men wel de kennis te verstrekken van het onderzoek van derde overheidsinstanties. Betere informatievoorziening en uitwisseling met curatoren omtrent lopende onderzoeken zou wenselijk zijn, aldus Mr. Schol.

Informatievoorziening is overigens altijd een probleem.

Zo bestaat er wel een postblokkade op grond van de wet, maar deze is volgens Mr. Schol vrij betekenisloos. De postblokkade ziet enkel op de geschreven post. Het merendeel (>90%) van de correspondentie verloopt tegenwoordig digitaal, per e-mail. Dienaangaande zou men bijvoorbeeld een verplichting kunnen stellen aan alle openbare instanties, nutsvoorzieningen, banken en verzekeraars om de e-mailcorrespondentie van die betreffende persoon te verstrekken.

Een ander verbeterpunt dat Mr. Schol noemt is het verkrijgen van toegang tot bepaalde systemen. Dit kan volgens Mr. Schol leiden tot beter en makkelijker onderzoek. Zo bestaat de Dienst Justis bijvoorbeeld al om bepaalde informatie op te vragen. De curator krijgt in dat geval een overzicht waarbij gefailleerde overal bij is betrokken, maar de curator heeft niet alle middelen die de overheid ook heeft om toegang te krijgen tot de systemen. Dit is volgens Mr. Schol een beperkende factor in het doen en laten voor wat betreft de fraude opsporing.

Zo heeft de curator bijvoorbeeld geen direct toegang tot de gemeentelijke basisadministratie of het RDW. Deze gegevens kunnen allemaal wel worden opgevraagd, maar dat kost weer meer tijd en geld, zo stelt Mr. Schol. Daarnaast vraagt Mr. Schol zich af in hoeverre het wenselijk is dat daadwerkelijk iedere curator van Nederland hiertoe zomaar toegang tot verkrijgt.

Verbeterpunten die Mr. Schol verder noemt zien op het administratie-onderzoek en de vergoeding hiervan. Administratie-onderzoek wordt momenteel gevat onder het kopje verhaalsonderzoek doch in beginsel niet vergoed. Men zou volgens Mr. Schol een aparte garantstelling voor het administratie-onderzoek kunnen organiseren ter inventarisering van verhaal en proceskansen.

.

BIJLAGE V. Uitwerking interview mr. P. Gorter

Samenvatting interview Mr. P. Gorter

10 mei 2017

Mr. P. (Patrick) Gorter (hierna Mr. Gorter) is als advocaat werkzaam op het gebied van o.a. het ondernemingsrecht. Daarnaast wordt Mr. Gorter door de rechtbank met regelmaat aangesteld als curator in faillissementen.

Mr. Gorter wordt vaak aangesteld als curator in de wat kleinere faillissementen, met relatief kleine ondernemingen. Hierin komt men vaker fraude tegen volgens Mr. Gorter. Fraude in die zin dat er bijvoorbeeld geld is weggemaakt. Mr. Gorter komt bij ondernemingen in 25% - 50% van de gevallen faillissementsfraude tegen. Fraudevormen die Mr. Gorter veelal tegenkomt binnen zijn faillissementspraktijk zijn het wegmaken dan wel het wegsluizen van geld en/of goederen.

Als curator in een faillissement dient men altijd een rechtmatigheidsonderzoek te voeren. Hiertoe behoort ook het onderzoek naar mogelijke faillissementsfraude. In eerste instantie kijkt Mr. Gorter bij het rechtmatigheidsonderzoek naar de aard van de administratie. Deze dient sluitend te zijn en kloppend met de werkelijkheid. Het begint volgens Mr. Gorter vaak al als de (bestuurder van de) gefailleerde moeilijk doet met het aanleveren van informatie en de administratie en/of andere gegevens niet kloppen. Mr. Gorter zegt zelf snel door te hebben of personen / vennootschappen zijn gefailleerd door externe omstandigheden, zonder dat daarbij ontzettend foute dingen zijn gedaan. In andere gevallen merkt hij juist dat men liegt en bedriegt vanaf het eerste moment. Bij een aantal faillissementen komt Mr. Gorter in de praktijk tegen dat nagenoeg iedereen liegt; van de leverancier tot de werknemers die in dienst zijn. Er worden rare verhalen verteld en op een gegeven moment begint men zichzelf dan tegen te spreken volgens Mr. Gorter. Een ander kenmerk waar Mr. Gorter in eerste instantie naar kijkt zijn bijvoorbeeld verdachte banktransacties die kort voorafgaand aan het faillissement zijn verricht. Dit wordt gecontroleerd aan de hand van de bankafschriften van de gefailleerde.

Mr. Gorter onderzoekt in beginsel beperkt of er mogelijk sprake is van faillissementsfraude. Dit is onder meer afhankelijk van de verhaalbaarheid en de omvang van de gefailleerde (vennootschap). De vordering van de curator ten aanzien van de gepleegde fraude moet helder zijn en vaststaan, maar daarnaast dient er ook verhaal te zijn bij de gefailleerde. Mr. Gorter maakt een afweging van de mogelijkheid om de boedel te kunnen herstellen in de toestand waarin het had moeten zijn. Het blijft een kosten/baten-analyse aldus Mr. Gorter.

Mr. Gorter verzoekt de Belastingdienst vaak om een verhaalsonderzoek te doen. Aan de hand van het verhaalsonderzoek kan Mr. Gorter de civielrechtelijke middelen instellen. Mr. Gorter zegt daarnaast niet altijd aangifte te doen van faillissementsfraude. Dit is het geval indien het kleinere zaken betreft of omdat het bewijs moeilijk rond te krijgen is. Indien er geen aangifte wordt gedaan, wordt er verder ook niks met de fraudezaken gedaan. De gefailleerde (vennootschap) biedt in die gevallen dan vaak geen verhaal en waarom zou men zich als curator in eigen tijd moeten inzetten? De curator heeft nu eenmaal beperkte mogelijkheden om informatie boven water te krijgen. Men weet niets en moet de informatie zelf bij elkaar verzamelen aldus Mr. Gorter.

Ten aanzien van de (nieuwe) wetgeving met betrekking tot de (rechts)middelen en bevoegdheden die een curator heeft, stelt Mr. Gorter opnieuw dat het een kosten/baten-analyse betreft. Op het moment dat er actie moet worden ondernomen, kost dat in de praktijk gewoon tijd en geld. Zoals bijvoorbeeld het bestuursverbod of het doen van aangifte. Op papier lijkt de wetgeving mooi, maar de praktijk is helaas minder rooskleurig aldus Mr. Gorter. Zo is volgens Mr. Gorter met betrekking tot

het doen van aangifte een veelgehoord bezwaar dat, indien er aangifte wordt gedaan, vervolgens het justitieel apparaat niet thuis geeft. De zaken worden niet opgepakt omdat daar geen geld, middelen en/of kennis voor is.

Het maatschappelijk belang om faillissementsfraude te bestrijden tegenover het belang van de schuldeisers blijft wel een spanningsveld volgens Mr. Gorter. Op een gegeven moment loopt men tegen een strafbaar feit aan en in principe hoort men in het kader van de burgerplicht te doen wat men daartegen kan doen. Bijvoorbeeld het doen van aangifte. Maar als curator wordt men bijna een soort opsporingsambtenaar, dat kan volgens Mr. Gorter niet de bedoeling zijn.

Men moet niet ten behoeve van de maatschappij als geheel, tijd en geld steken in een specifiek faillissement, tegen een specifiek iemand met schuldeisers die daarvan de rekening moeten betalen. In voorkomend geval dient dit vanuit de overheid te worden geregeld volgens Mr. Gorter: een potje met geld om faillissementsfraude te bestrijden in het kader van het maatschappelijk belang, waaraan de gehele samenleving heeft meebetaald.

Mr. Gorter vindt wel dat er over het algemeen snel geschakeld wordt tussen de verschillende betrokken partijen en instanties. Het verhaalsonderzoek van de Belastingdienst verkrijgt men vaak binnen een paar dagen en informatie van banken wordt ook relatief snel ontvangen. Hierbij ondervindt Mr. Gorter in de praktijk dat het verhaalsonderzoek van de Belastingdienst, naarmate het jaar is gevorderd, gedateerde informatie bevat. Soms klopt de situatie niet meer en zijn de aangegeven middelen niet meer aanwezig. Daarnaast kan het verhaalsonderzoek van de Belastingdienst niet zomaar ten laste van iedereen worden aangevraagd. Het moet specifiek gaan om de gefailleerde of gevallen daaraan gelieerd. Mr. Gorter vindt deze beperking enerzijds jammer, maar snapt anderzijds dat dit zo is vanuit privacy overwegingen. Ook in de garantstelling wordt men enigszins beperkt volgens Mr. Gorter. Zo zijn de bedragen gemaximeerd en wordt er slechts een kwart van de te verwachten opbrengst als garantie gesteld. Verder zou volgens Mr. Gorter vanuit de R-C mogelijk wat sneller tot zwaardere middelen kunnen worden overgegaan. Bijvoorbeeld in plaats van de gefailleerde meerdere malen oproepen met een brief, direct overgaan tot zwaardere middelen. Verbeterpunten zijn moeilijk vindt Mr. Gorter, dingen kosten nu eenmaal veel tijd en geld.

BIJLAGE VI. Uitwerking interview mr. P. Weenink

Samenvatting interview Mr. P. Weenink

19 mei 2017

Mr. P. (Peter) Weenink (hierna Mr. Weenink) is als advocaat werkzaam op het gebied van o.a. het insolventierecht. Daarnaast wordt Mr. Weenink door de rechtbank met regelmaat aangesteld als curator in faillissementen.

Als curator zelf verstaat Mr. Weenink onder fraude dat er echt bewust willens en wetens iets verkeerd is gedaan. Niet iedere pauliana riekt bijvoorbeeld naar fraude, daar zit wel een groot verschil in volgens Mr. Weenink. In geval van pauliana kan bijvoorbeeld achteraf niet altijd duidelijk worden gezien of de rechtshandeling inderdaad benadelend is geweest of niet. Bij fraude moet men volgens Mr. Weenink denken aan zaken waarbij bijvoorbeeld de jaarrekening moedwillig anders is ingericht dan blijkt uit de boekhouding of indien er bewust veel valse informatie wordt verstrekt. Volgens Mr. Weenink neigt men dan ook bij bepaalde faillissementen als curator eerder naar fraude, doordat bijvoorbeeld de boekhouding niet klopt of het verhaal van de failliet niet overeenstemt met de boekhouding.

Een veelvoorkomende fraudevorm in faillissementen is volgens Mr. Weenink het zwart geld circuit; betalingen die buiten de boeken zijn gehouden. Met name faillissementen in de bouwsector neigen daartoe volgens Mr. Weenink. Ook komt Mr. Weenink regelmatig in de praktijk tegen: het niet kunnen verantwoorden van bepaalde betrekkingen of bankbetalingen die niet geoormerkt zijn. Het lastige is dat in geval van faillissementsfraude er heel vaak zaken moedwillig buiten de boeken zijn gehouden. Dan is het heel moeilijk om die zaken te achterhalen zo stelt Mr. Weenink.

Ten aanzien van de vraag hoe vaak Mr. Weenink gemiddeld fraude tegenkomt binnen zijn faillissementspraktijk, stelt Mr. Weenink dat het moeilijk te zeggen is of men als curator altijd ziet dat er sprake is van fraude. Als Mr. Weenink terugkijkt op de afgelopen jaren als curator heeft hij aangifte van faillissementsfraude gedaan in ongeveer drie van de tien faillissementen. In deze gevallen was het dan vrij duidelijk dat het ging om daadwerkelijke fraude. Fraudemeldingen uit het verleden die succesvol zijn geweest, zijn veelal via meldingen van derden terecht gekomen bij Mr. Weenink.

Daarnaast geeft Mr. Weenink eerlijk toe in het verleden niet altijd aangifte te hebben gedaan van faillissementsfraude. In deze gevallen was er dan vaak toch iets teveel twijfel of onduidelijkheid. Anderzijds het feit dat er vrijwel niets met de aangiftes werd gedaan, speelde ook een rol bij Mr. Weenink.

Mr. Weenink heeft nog nooit een faillissementsfraude aangifte gedaan waarbij uiteindelijk tot strafrechtelijke vervolging is overgegaan. Op dit moment lopen er nog een aantal recente aangiftes, maar zijn ervaringen hiermee zijn weinig positief. Men steekt er als curator veel tijd en moeite in, doet aangifte en vervolgens komt een jaar later het bericht: 'Het is te lastig voor ons. We doen er niets mee'. In die tussentijd kun je het dossier niet sluiten en moet men wel verslagen etc. blijven doen, terwijl het uiteindelijk weinig tot niets opbrengt zo stelt Mr. Weenink.

In de administratie van de gefailleerde let Mr. Weenink met name op het betalingsverkeer. Hij kijkt of het betalingsverkeer overeenstemt met hetgeen dat in de boekhouding staat. Indien er bijvoorbeeld stukken ontbreken, wordt door Mr. Weenink in eerste instantie aan de failliet gevraagd of de failliet daarover een verklaring kan afleggen. Mr. Weenink tracht om hoor- en wederhoor toe te passen. Naar aanleiding van de reactie van failliet kan Mr. Weenink weer verdere oordelen loslaten. Mocht er naar aanleiding van de hoor- en wederhoor alsnog een vermoeden bestaan van fraude bij

Mr. Weenink, dan zal er een gesprek met de (bestuurder van) failliet plaatsvinden. In dat stadium zal ook in contact worden getreden met de R-C, maar eerst zelf even pionieren vindt Mr. Weenink. Indien de failliet geen gehoor wil geven aan verzoeken en niet voldoet aan de inlichtingenplicht, zal Mr. Weenink de R-C inschakelen om de failliet op te laten roepen voor verhoor. Mocht de fraude zonneklaar zijn, dan dient dit te resulteren in een aangifte vindt Mr. Weenink.

Het inzetten van de civielrechtelijke instrumenten hangt doorgaans hiermee samen. Indien er sprake is van fraude, is dit ook wel een aanwijzing dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur volgens Mr. Weenink. Maar ook hier is er sprake van een kosten/baten-analyse. Het zou kunnen dat het aansprakelijk stellen, naar aanleiding van het verhaalsonderzoek, niet gaat leiden tot een procedure. Niemand wil vrijwillig het onderzoek doen en maar hopen dat het iets oplevert, zo stelt Mr. Weenink. De garantstelling is in die zin dan ook heel waardevol en een welkome aanvulling vindt Mr. Weenink. Men is als curator bij een lege boedel niet heel snel genegen om er heel veel uren aan te besteden zonder dat dit iets opbrengt. Terwijl dit wel verwacht wordt.

Met de garantstelling weet men als curator in ieder geval zeker dat een deel van de uren gedekt zullen worden en bestaat de mogelijkheid om een derde in te schakelen. Indien Mr. Weenink er zelf niet uitkomt kan hij als curator een forensisch accountant inschakelen bij wat grotere omvangrijke faillissementen. Bij persoonlijke faillissementen bestaat volgens Mr. Weenink helaas niet de gelegenheid om op basis van een garantstelling onderzoek te mogen doen in geval van lege-boedel problematiek.

Ten aanzien van het maatschappelijk belang en het belang van de crediteuren moet men een belangenafweging maken volgens Mr. Weenink. Dit wordt door Mr. Weenink ook met de R-C afgestemd. Mr. Weenink is van mening dat indien er redelijke vermoedens zijn van faillissementsfraude, dat belang ook echt gediend moet worden. Die plek heeft faillissementsfraude nooit gehad. In de nieuwe wetgeving krijgt faillissementsfraude een wettelijk kader waarmee er volgens Mr. Weenink mogelijk meer resultaat kan worden bereikt, maar dit is iets wat zich door de jaren heen zal ontwikkelen (De Wet versterking positie curator zal op 1 juli a.s. in werking treden). Het uiteindelijke doel is natuurlijk dat de praktijk en de maatschappij zelf bemerken dat het frauduleus handelen echt wordt aangepakt, aldus Mr. Weenink.

Volgens Mr. Weenink zou de informatieverstrekking vanuit de Belastingdienst, Politie, Justitie etc. beter en ruimer mogen. Mr. Weenink ervaart de informatieverstrekking vanuit bijvoorbeeld de FIOD als moeizaam, dit gebeurt niet op vrijwillige basis. Mr. Weenink merkt hierbij op dat de FIOD hierin wel wat actiever is geworden. In geval van een faillissement, neemt de FIOD uit zichzelf contact op indien zij reeds een onderzoek zijn gestart naar de betreffende failliet. Maar men loopt volgens Mr. Weenink vaak tegen privacywetgeving aan, terwijl men wel van een curator verwacht dat er een volledig onderzoek wordt gedaan. Mr. Weenink zou het redelijk vinden dat de informatie die bij andere instanties bekend is, gewoon wordt gedeeld. Daarnaast zouden deze instanties ook beter kunnen meedenken en meewerken aan het onderzoek van de curator vindt Mr. Weenink. Er is vanuit de praktijk behoefte aan dat partijen zoals Politie, Justitie en de FIOD actief meewerken aan het vormen van het dossier.

Men moet beter samenwerken en de informatie uitwisseling moet sneller en beter vindt Mr. Weenink. Daarnaast dient dit proactief te gebeuren; dus niet alleen op het moment zodra de curator er om vraagt.

BIJLAGE VII. Standaardformulier MELDING Faillissementsfraude

Standaardformulier MELDING Faillissementsfraude

Versie 1013

Toelichting

Inleiding

Het doel van het standaardformulier MELDING faillissementsfraude is om te komen tot eenduidige meldingen van faillissementsfraude bij vermoedelijke overtreding van de artikelen in het Wetboek van Strafrecht inzake faillissementsfraude.

Wanneer en waar melden?

Op het moment dat de curator na zijn / haar benoeming de failliet of de bij de failliet betrokken personen verdenkt van (faillissements)fraude of betrokkenheid daarbij, verdient het de voorkeur dat de curator zo spoedig mogelijk de faillissements Rechter-Commissaris hiervan op de hoogte stelt.

Onder faillissementsfraude wordt verstaan de verdenking van vermoedelijke overtreding van:

- artikel 340 Sr t/m 343 Sr: eenvoudige of bedrieglijke bankbreuk door failliet of bestuurder(s) / commissaris(sen) van failliete rechtspersonen
- artikel 344 Sr: bedrieglijke bankbreuk door derden
- deelneming (ex. art. 47 e.v. Sr) aan misdrijven art. 340-344 (bv. medeplegen van faillissementsfraude)
- artikel 194 Sr: opzettelijke schending faillissementsrechtelijke inlichtingenplicht

en / of de (evt. hiermee gepaard gaande) commune delicten:

- artikel 225 Sr: valsheid in geschrift
- artikel 321 Sr: verduistering
- artikel 326 Sr: oplichting
- artikel 326a Sr: flessentrekkerij
- artikel 420bis: opzettelijk witwassen
- artikel 68/69 AWR: onjuiste c.q. geen fiscale aangifte

De curator doet melding van het vermoeden van faillissementsfraude aan het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude (CMP) bij de FIOD/kantoor Zwolle. (faillissementsfraude@belastingdienst.nl). Het CMP beoordeelt de melding op basis van de Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude van het College van Procureurs-generaal. Op basis van deze Aanwijzing worden keuzes gemaakt met betrekking tot de opsporende instantie: politie of FIOD.

Indien er voldoende aanleiding bestaat voor een redelijk vermoeden van schuld aan faillissementsfraude én er binnen de politieregio's of FIOD/kantoren capaciteit beschikbaar is, zal de curator verzocht worden om de MELDING om te zetten in een AANGIFTE. De aangeleverde gegevens in de meldingen zullen worden verwerkt in een landelijke database, óók als er geen verzoek tot aangifte wordt gedaan.

Inhoud melding

Het standaard meldingsformulier faillissementsfraude is aangepast aan de veel gehoorde wens van curatoren om de meldingen eenvoudiger en vooral veel sneller te kunnen doen. Hierdoor is ervoor gekozen het aantal relevante vragen tot een minimum terug te brengen. Echter, in samenhang met het / de meegestuurde faillissementsverslagen(en) kan door het CMP snel inzage verkregen worden voor welke instantie de zaak kwalificeert; politie of FIOD.

Daarna zal door politie of FIOD de afweging gemaakt worden de curator wel / niet te verzoeken zijn melding om te zetten in een aangifte. Hierdoor is er voor de curator zo weinig mogelijk tijd gemoeid met het doen van een melding faillissementsfraude, terwijl de informatiestroom m.b.t. vormen van gemelde faillissementsfraude, achterliggende bestuurders, stromannen etc. gewaarborgd blijft.

Standaardformulier MELDING Faillissementsfraude

Inhoud

Gegevens failliet

- Naam rechtspersoon / natuurlijk persoon:
- (evt.) KvK nummer:
- Datum faillissement:
- Namen bestuurders:
- Namen aandeelhouders:

Gegevens vermoedelijke vormen van faillissementsfraude (meerdere antwoorden mogelijk)

1. Betreft de vermoedelijke faillissementsfraude het niet voldoen aan de administratieverplichting (art. 341, lid 4 / 343, lid 4 WvSr)?

Zo ja, gelieve de onderstaande vragen in te vullen!

- Heeft u de failliet om uitlevering van de administratie verzocht?
- Zo ja, heeft u dit aangetekend verstuurd?
- Indien per e-mail verzocht: heeft u deze met een ontvangstbevestiging verstuurd en deze ook gekregen?
- Indien u administratie heeft verkregen: is deze op een dusdanige (volledige) wijze uitgeleverd dat u hieruit de rechten en verplichtingen van de failliet kunt afleiden?

2. Betreft de vermoedelijke faillissementsfraude het niet voldoen aan de inlichtingenverplichting (art. 194 WvSr)?

Zo ja, uit welke gedragingen is dit naar voren gekomen?

3. Betreft de vermoedelijke faillissementsfraude het vervreemden van goederen om niet of beneden de waarde (art. 341, lid 2 / 343, lid 2 WvSr)?

Zo ja, gelieve de onderstaande vraag in te vullen!

- Wat was de waarde van de om niet vervreemde of beneden de waarde vervreemde goederen?

4. Betreft de vermoedelijke faillissementsfraude het bevoordelen van schuldeisers (art. 341, lid 3 / 343, lid 3 WvSr)?

Zo ja, gelieve onderstaande vraag in te vullen!

- Welke schuldeisers zijn hierbij vermoedelijk bevoordeeld en ten bedrage waarvan?

5. Betreft de vermoedelijke faillissementsfraude het verdichten van lasten, het niet verantwoorden van baten of het *onttrekken van goederen aan de boedel* (art. 341, lid 1 / 343, lid 1)?

Zo ja, gelieve onderstaande vraag in te vullen!

- Wat was de waarde van de verdichte lasten, niet verantwoorde baten of onttrokken goederen?

6. Betreft de vermoedelijke faillissementsfraude medewerking aan bedrieglijke bankbreuk (art. 344 WvSr)?

Zo ja, gelieve onderstaande vraag in te vullen!

- Wie is / zijn de natuurlijke perso(o)n(en) of rechtsperso(o)n(en) die goederen uit de boedel van de failliet heeft / hebben onttrokken of betalingen heeft / hebben aangenomen van wel of niet opeisbare schulden van de failliet terwijl hij / zij wist(en) dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd of ten gevolge van overleg met de schuldenaar?

Standaardformulier MELDING Faillissementsfraude

Mee te zenden bescheiden

Het CMP verzoekt de curator in ieder geval het / de faillissementsverslag(en) (voor zover al gereed) bij de melding mee te sturen. Dergelijke verslagen geven veelal een duidelijk beeld over het gehele faillissement.

**BIJLAGE VIII. Vergoedingsregeling curatoren voor het doen van aangifte
faillissementsfraude**

Gegevens curator/crediteur:

Naam	
Kantoor	
Straat	
PC + Plaats	
Faillissement ¹	
Datum aangifte faill. fraude en bij welke instantie /persoon (Post)bank	
Rekeningnummer	
IBAN (verplicht)	
BIC (verplicht)	
Bedrag	Uren: uur X € 180 = € Reiskosten: € Parkeerkosten: € BTW (21%) € Totaal: €
Referentie ²	

¹ Bij meerdere faillissementen het oudste faillissement noemen

² Vermeld hier bijv. het betalingskenmerk (max. 16 posities)

Voor het toekennen van de vergoedingsregeling is het volgende van belang:

1. De aangifte is gedaan op verzoek van een Fraudemeldpunt of de FIOD én deze is in opsporing genomen. (naar aanleiding van uw eerdere (beknopte) melding van de faillissementsfraude aan deze instanties)
2. Het betreft bedrieglijke bankbreuk.
3. De boedel is leeg / ontoereikend.
4. Het formulier is slechts bedoeld voor de uren (tarief € 180,- en een maximum van 5 uur) die gemoeid zijn met het doen van de aangifte (en evt. reis- en parkeerkosten). **Het voorafgaande onderzoek om tot een vermoeden van fraude te komen, valt er dus niet onder.**
5. De formulieren dienen ingevuld te worden geretourneerd aan:
faillissementsfraude@belastingdienst.nl

Bijlage IX.: Garantstellingsregeling curatoren 2012



Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2012, nr. 5725931/12, houdende regels voor de beoordeling van de gegrondheid van verzoeken van curatoren tot verstrekking van een voorschot en de grenzen waarbinnen zodanige verzoeken kunnen worden toegewezen (Garantstellingsregeling curatoren 2012)

De Minister van Veiligheid en Justitie,

Gelet op artikel 138, tiende lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;

Besluit:

Artikel 1. Definities

In deze regeling wordt verstaan onder:

- a. *de minister*: de Minister van Veiligheid en Justitie;
- b. *de Recofa*: het landelijk overleg van rechters-commissarissen insolventies;
- c. *de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling*: de periodiek door de Recofa vastgestelde richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling;
- d. *de Staat*: de Staat der Nederlanden.

Artikel 2. Garantstelling

1. Een curator kan de minister verzoeken tot het verstrekken van een voorschot als bedoeld in artikel 138, tiende lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ten behoeve van het instellen van een rechtsvordering op grond van de artikelen 9, 138, 149, 248 en 259 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de artikelen 42, 43 en 47 van de Faillissementswet dan wel voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe.
2. Een curator die een verzoek doet als bedoeld in het eerste lid, kan de minister tevens verzoeken om vergoeding van de op dat moment reeds gemaakte kosten voor het opstellen van het verzoek en de kosten die direct zijn gerelateerd aan het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek als bedoeld in het eerste lid.
3. Een voorschot wordt verleend in de vorm van een garantstelling ten behoeve van de curator waarbij een speciale rekening-courant wordt geopend bij een door de minister aangewezen kredietinstelling.
4. Een garantstelling wordt verstrekt voor de duur van het faillissement, tenzij deze voortijdig wordt beëindigd.

Artikel 3. Wijze van indienen verzoek

1. De curator maakt voor de indiening van een verzoek als bedoeld in artikel 2 gebruik van een door de minister vastgestelde vragenlijst. De vragenlijst wordt volledig ingevuld.
2. Het verzoek behoeft goedkeuring van de in het faillissement benoemde rechter-commissaris.

Artikel 4. Overeenkomst

1. Een garantstelling wordt verstrekt op basis van een daartoe strekkende overeenkomst tussen de Staat en de curator.
2. De overeenkomst wordt aangegaan voor de duur van de garantstelling, daaronder begrepen de afwikkeling daarvan, en bevat de rechten en verplichtingen die de curator en de minister ter nadere uitwerking van deze regeling overeenkomen.



Artikel 5. Verhoging

1. Een curator kan de minister verzoeken om verhoging van het bedrag waarvoor een garantstelling is gegeven. Het verzoek tot verhoging bevat een beschrijving van de stand van zaken op dat moment en een inschatting van de te verwachten kosten.
2. Een verhoging van de garantstelling wordt verstrekt op basis van een door de Staat en de curator ondertekend addendum bij de overeenkomst, bedoeld in artikel 4.

Artikel 6. Voorwaarden

1. Geen garantstelling wordt verstrekt indien:
 - a. het verzoek, bedoeld in artikel 2, een faillissement betreft waarbij de boedel toereikend is voor het instellen van een rechtsvordering dan wel voor het doen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe;
 - b. het verzoek, bedoeld in artikel 2, betrekking heeft op het instellen van een rechtsvordering op een andere grond dan genoemd in artikel 2, eerste lid;
 - c. het verzoek, bedoeld in artikel 2, niet voldoet aan de daaraan gestelde eisen als bedoeld in artikel 3;
 - d. het verzoek, bedoeld in artikel 2, geen beredeneerde schatting bevat van de kosten van de in te stellen rechtsvordering dan wel voor het doen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe;
 - e. uit het verzoek blijkt dat het bedrag van de gevraagde garantstelling in geen redelijke verhouding staat tot het redelijkerwijs te verwachten bedrag dat door de inspanningen van de curator kan worden verhaald.
2. Geen verhoging van de garantstelling wordt verstrekt indien uit de bij indiening van het verzoek tot verhoging verstrekte informatie blijkt dat het verzoek niet voldoet aan de voorwaarden genoemd in het eerste lid, onder a, b, d en e alsmede in artikel 5.

Artikel 7. Vaststelling en gebruik

1. De vaststelling van het bedrag van de garantstelling vindt plaats op grond van de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling.
2. In het bedrag van de garantstelling is begrepen een vergoeding voor de door de curator te besteden tijd en voor zijn verschotten, waaronder de proceskosten waarin hij mogelijk jegens de wederpartij wordt veroordeeld.
3. Onder het bedrag van de garantstelling is tevens begrepen een vergoeding voor de door de curator gemaakte kosten, bedoeld in artikel 2, tweede lid, mits deze voldoende zijn onderbouwd en verantwoord.
4. Het bedrag van de garantstelling wordt uitsluitend gebruikt om de kosten te dekken van de activiteiten waarop de garantstelling betrekking heeft.
5. Indien de boedel na het verkrijgen van de garantstelling baten verwerft, wendt de curator deze baten eerst aan ter dekking van kosten van activiteiten als bedoeld in artikel 2, eerste lid, alvorens verder gebruik te maken van de beschikbare gelden op de rekening-courant, bedoeld in artikel 2, derde lid.

Artikel 8. Rapportageverplichtingen

1. De curator rapporteert onverwijld over de uitkomsten van het verhaalsonderzoek aan de minister.
2. Gedurende het faillissement rapporteert de curator op de door artikel 73a van de Faillissementswet voorgeschreven momenten aan de minister door middel van het onverwijld toezenden van een kopie van het faillissementsverslag.
3. Onverminderd zijn verplichtingen uit hoofde van het eerste en tweede lid, overlegt de curator desgevraagd nadere gegevens of bewijsstukken met het oog op de besteding van de onder de garantstelling opgenomen gelden en de daarmee gegenereerde opbrengsten voor de boedel.

Artikel 9. Rekening en verantwoording

1. De curator legt binnen vier weken na beëindiging van zijn werkzaamheden in het kader van het



faillissement, rekening en verantwoording af aan de minister overeenkomstig een door de minister vastgesteld formulier.

2. Indien de curator aan wie een garantstelling is gegeven, in het faillissement wordt opgevolgd door een andere curator, legt de curator eerst rekening en verantwoording af aan de opvolgend curator zoals voorgeschreven in artikel 73 van de Faillissementswet en stelt de opvolgend curator de minister hiervan in kennis door middel van het onverwijld toezenden van een kopie van de afgelegde rekening en verantwoording. De minister stelt de kredietinstelling, bedoeld in artikel 2, derde lid, onverwijld in kennis van de opvolging.
3. In afwijking van het eerste lid wordt indien de boedel voldoende baten verwerft ter vereffening van een debetsaldo op de rekening-courant, geen rekening en verantwoording afgelegd en kan de curator volstaan met de mededeling aan de minister van de hoogte van de ontvangen opbrengsten.

Artikel 10. Be indiging van de garantstelling

1. Indien de curator niet voldoet aan de rapportageverplichtingen, bedoeld in artikel 8, eerste en tweede lid, kan de garantstelling worden be indigd. De minister stelt de kredietinstelling, bedoeld in artikel 2, derde lid, onverwijld in kennis van de be indiging.
2. De curator legt onverwijld na be indiging van de garantstelling rekening en verantwoording af aan de minister overeenkomstig artikel 9.
3. Be indiging van de garantstelling vindt niet plaats dan na raadpleging van de in het faillissement benoemde rechter-commissaris.

Artikel 11. Afwikkeling

1. De curator is gehouden na be indiging van zijn werkzaamheden in het kader van het faillissement, een debetsaldo op de rekening-courant onverwijld aan te zuiveren, tenzij uit de afgelegde rekening en verantwoording op grond van artikel 9, eerste lid, blijkt dat dit bedrag of een gedeelte daarvan aan de curator moet worden kwijtgescholden.
2. De curator is gehouden na be indiging van de garantstelling door de minister op grond van artikel 10, eerste lid, van een debetsaldo op de rekening-courant aan te zuiveren, tenzij uit de afgelegde rekening en verantwoording op grond van artikel 10, tweede lid, blijkt dat dit bedrag of een gedeelte daarvan aan de curator moet worden kwijtgescholden.
3. Terugvordering van onder de garantstelling verleende gelden op grond van het eerste en tweede lid, kan plaatsvinden voor zover de curator de hem uit hoofde van deze regeling gestelde verplichtingen niet is nagekomen. Terugvordering vindt niet plaats dan na raadpleging van de in het faillissement benoemde rechter-commissaris.

Artikel 12. Overgangsrecht

1. Met ingang van de datum van inwerkingtreding van deze regeling sluiten de Staat en de curator ten aanzien van wie v r die datum met toepassing van de Garantstellingsregeling curatoren 2005, bij beschikking van de minister, een garantstelling is verstrekt of verlengd welke op die datum nog niet is afgewikkeld, een overeenkomst als bedoeld in artikel 4. Deze overeenkomst treedt in de plaats van de beschikking(en).
2. Toepassing van het eerste lid kan niet leiden tot een wijziging ten nadele van de betrokken curator.

Artikel 13. Intrekking Garantstellingsregeling curatoren 2005

De Garantstellingsregeling curatoren 2005 wordt ingetrokken.

Artikel 14. Inwerkingtreding

Deze regeling treedt in werking met ingang van 1 mei 2012.

Artikel 15. Citeertitel

Deze regeling wordt aangehaald als: Garantstellingsregeling curatoren 2012.



Deze regeling zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

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



TOELICHTING

Algemeen

De Garantstellingsregeling curatoren 2012 (GSR 2012) komt in de plaats van de Garantstellingsregeling 2005 (GSR 2005). De GSR 2012 is onderdeel van een breder pakket van maatregelen die zijn getroffen om fraude en misbruik van rechtspersonen aan te kunnen pakken. De regeling vergemakkelijkt de mogelijkheid om malafide bestuurders van rechtspersonen in hun privé-vermogen aan te spreken in geval van misbruik van de door hen bestuurde rechtspersoon. De GSR 2012 stelt de curator in staat een rechtsvordering in te stellen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of faillissementspauliana of een onderzoek naar de mogelijkheden daartoe in te stellen, ingeval hij een (potentiële) lege boedel aantreft. Met deze regeling wordt beoogd de belangen van concurrente schuldeisers te beschermen. De GSR 2012 wordt namens de Minister van Veiligheid en Justitie (hierna: de minister) uitgevoerd door de Dienst Justis.

Bij de parlementaire behandeling van de 'derde misbruikwet' (Wet van 16 mei 1986, houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen, Stb. 275) is bij amendement de regeling, zoals neergelegd in artikel 138, tiende lid Boek 2, BW, in de wet opgenomen. Deze regeling voorziet er in dat curatoren in faillissementen bij ontoereikendheid van de boedel van de Minister van Veiligheid en Justitie (voorheen: de Minister van Justitie) een voorschot kunnen verkrijgen ter dekking van de kosten die zij moeten maken om een rechtsvordering in te stellen tegen bestuurders van de rechtspersoon in geval van vermoedelijk 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' of ten behoeve van een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheden daartoe. Overigens kan een onbehoorlijke taakvervulling reeds worden aangenomen indien niet voldaan is aan de boekhoudverplichting en de verplichting tot publicatie van de jaarrekening. Ook wordt in deze gevallen vermoed dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Daarnaast geeft artikel 43, zesde lid, van de Faillissementswet de mogelijkheid om in geval van een faillissementspauliana een beroep te doen op deze regeling. De curatoren in faillissementen worden daardoor in staat gesteld om een procedure te beginnen teneinde de vervreemde activa weer terug te laten vloeien in de boedel om de benadeling van de crediteuren door die rechtshandeling zoveel mogelijk te beperken. In deze gevallen behoeft er niet tevens sprake te zijn van 'kennelijk onbehoorlijk bestuur'.

Volgens artikel 138, tiende lid, Boek 2, Burgerlijk Wetboek (BW) kan de Minister van Veiligheid en Justitie tevens regels stellen voor de beoordeling van de gegrondheid van een aanvraag en de grenzen waarbinnen een aanvraag kan worden toegewezen. Sinds 1987 is aan dit laatste uitvoering gegeven door middel van een voorlopige regeling, welke in dat jaar van toepassing werd. In 1993 is de voorlopige regeling vervangen door een definitieve regeling. In 2005 is de regeling op enkele punten aangepast. In december 2006 is het rapport 'Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999–2005' (Boom Juridische uitgevers, 2006) gepubliceerd. In dit rapport, dat in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (hierna: het ministerie) is uitgevoerd, wordt een aantal knelpunten in de Garantstellingsregeling curatoren 2005 geconstateerd en aanbevelingen gedaan om deze weg te nemen. De aanbevelingen liggen voornamelijk op het terrein van de toegankelijkheid van de regeling door middel van het ter beschikking stellen van (extra) middelen en het terugdringen van de administratieve handelingen. De nieuwe Garantstellingsregeling curatoren vloeit voort uit deze evaluatie.

Onder de GSR 2005 werd als uitgangspunt aangehouden dat er een redelijke verhouding moest zijn tussen de gevraagde garantstelling en de hoogte van de redelijkerwijs te verwachten opbrengst van de inspanningen van de curator. Door de minister is deze beperking vormgegeven in een verhouding van 1:4 tussen de kosten en de opbrengst. Door de rechter is vastgesteld dat dit door de minister gehanteerde beleid niet kennelijk onredelijk of om andere reden rechtens onaanvaardbaar is (Rechtbank Rotterdam 3 januari 2005, WET 03/3635 (ongepubliceerd)). Ook de Vereniging Insolventierecht Advocaten (Insolad) kan zich hierin vinden. Door de minister werd daarnaast als uitgangspunt aangehouden dat er een redelijke verhouding moest zijn tussen de door de curator gevraagde garantstelling en de hoogte van de schulden. Ook hier werd een verhouding aangehouden van 1:4. In de GSR 2012 blijft de verhouding van 1:4 tussen de gevraagde garantstelling en de verwachte opbrengst van de actie van de curator gehandhaafd.

De verhouding tussen het door de curator gevraagde bedrag en de hoogte van de schulden wordt versoepeld naar 1:2. Deze versoepeling naar 1:2 vindt plaats om enerzijds de mogelijkheid te vergroten om beroep te doen op de GSR 2012 en tegemoet te komen aan de wensen van Insolad en anderzijds de GSR 2012 beheersbaar te houden. Zoals onder de GSR 2005 zal dus steeds een afweging plaatsvinden of de kosten niet voor de baat uitgaan. Op deze wijze wordt voorkomen dat er procedu-



res gevoerd worden waarvan het op voorhand vaststaat dat die niet tot een resultaat ten gunste van de boedel zullen leiden.

Op basis van de aanbevelingen die door de onderzoekers in voornoemd rapport 'Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 1999-2005' zijn gedaan voor een verbetering in de uitvoering van de bestaande Garantstellingsregeling heeft een aantal aanpassingen plaatsgevonden. In het algemeen is de nieuwe regeling beter gestroomlijnd en verduidelijkt. Daarnaast worden in de GSR 2012 administratieve handelingen teruggedrongen, in het bijzonder met betrekking tot de aanvraag en de rapportageverplichtingen. Volgens de nieuwe regeling worden de garantstellingen voorts voor onbepaalde tijd afgegeven, zodat ook de administratieve handelingen met betrekking tot de verlenging van de garantstelling en de daartoe strekkende aanvragen komen te vervallen. Voor de tussentijdse rapportage wordt volstaan met de bepaling dat de curator standaard een kopie van het periodieke faillissementsverslag aan het ministerie toezendt. De minister beoordeelt vervolgens zelfstandig de juistheid en volledigheid van de tussentijdse rapportage. Slechts wanneer het faillissementsverslag aanleiding geeft tot nadere vragen, is de curator gehouden tot nadere informatieverstrekking. Bijvoorbeeld als de curator om tactische redenen in het – openbare – faillissementsverslag niets vermeldt over zijn naspeuringen en te entameren acties.

In lijn met de aanbevelingen in het WODC rapport uit 2006 wordt de rol van de rechter-commissaris op onderdelen beperkt. Zoals onder de GSR 2005 is ook in de GSR 2012, voor de indiging van de garantstelling en terugvordering van gelden voorafgaande raadpleging van de rechter-commissaris vereist. Een verzoek voor een garantstelling kan voorts niet worden ingediend dan met uitdrukkelijke instemming van de rechter-commissaris, hetgeen blijkt door zijn ondertekening van het verzoek. Er wordt echter niet meer verlangd dat de rechter-commissaris zijn advies aangaande het verzoek motiveert. Een akkoordbevinding zoals nu vereist past beter bij het globale karakter van de toetsing door de rechter-commissaris. Daarnaast hoeft de rechter-commissaris bij een verhoging niet opnieuw zijn goedkeuring te geven. Verder, en anders dan onder de oude regeling, wordt niet meer vereist dat de rechter-commissaris de rekening en verantwoording beoordeelt.

Om de bereidwilligheid van curatoren te vergroten om een verzoek in te dienen en een vordering in te stellen terzake bestuurdersaansprakelijkheid en/of faillissementspauliana, zullen bepaalde kosten die de curator maakt vóórdat hij een verzoek indient – dan wel vóórdat daarop is beslist – voortaan ook onder de regeling vallen.

Het uitsluiten van de faillissementspauliana tegen verplichte rechtshandelingen onder de GSR 2005, beperkt de curator nodeloos in zijn mogelijkheden om frauduleus of anderszins ongeoorloofd gedrag aan te pakken. Daarom is de mogelijkheid geschapen om de vordering ex artikel 47 van de Faillissementswet onder de GSR 2012 te laten vallen. Om wettechnische redenen is tevens de vordering ex artikel 42 van de Faillissementswet aan de GSR 2012 toegevoegd.

In hoeverre boedels dankzij de GSR gebaat zijn, is uiteindelijk een graadmeter voor het bestaansrecht van de GSR. Onder de GSR 2005 gaven curatoren niet altijd inzicht in de opbrengsten als zij de debetstand bij de bank aanzuiveren. Hierdoor konden bij het ministerie de opbrengsten ook niet volledig worden geadministreerd. Dit maakte het niet volledig mogelijk om te beoordelen in hoeverre de regeling werkelijk succesvol en rendabel is. Curatoren krijgen daarom onder de GSR 2012 de verplichting opgelegd om, desgevraagd, de minister op de hoogte te houden van eventuele binnengekomen baten uit hoofd van de acties op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en/of faillissementspauliana.

Artikelsgewijs

Artikel 2

In het kader van de afwikkeling van een faillissement van een rechtspersoon ingesteld naar Nederlands recht kunnen curatoren de minister verzoeken een voorschot te verstrekken ter dekking van de kosten gemoeid met het instellen van bepaalde vorderingen. Het betreft vorderingen op grond van de artikelen 9, 138, 149, 248 en 259 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de artikelen 42, 43 en 47 van de Faillissementswet dan wel het instellen van een vooronderzoek of verhaalsonderzoek naar de mogelijkheden daartoe.

Het voorschot wordt verleend in de vorm van een garantstelling, welke voor de duur van het faillissement geldt, behoudens de situatie geregeld in artikel 10 dat de garantstelling vroegtijdig wordt bevestigd. Onder de GSR 2012 is de garantstelling tevens van toepassing op bepaalde door de curator vóór indiening van het verzoek gemaakte kosten, namelijk de kosten die verband houden met het



opstellen van het verzoek en met het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe.

Verzoeken worden door de minister getoetst aan de voorwaarden zoals bepaald in de onderhavige regeling en nader uitgewerkt in de overeenkomst die de Staat der Nederlanden (hierna: de Staat), vertegenwoordigd door de minister, en de curator aangaan.

Artikel 3

Het verzoek wordt gedaan met behulp van een door de minister vastgestelde vragenlijst, die te raadplegen is via de website van het ministerie. Het volledig invullen van de vragenlijst is een voorwaarde voor het kunnen verkrijgen van een garantstelling. Het ontbreken van de in de vragenlijst gevraagde informatie heeft tot gevolg dat de vragenlijst wordt teruggezonden met het verzoek alsnog volledige informatie te verstrekken.

De in het faillissement benoemde rechter-commissaris beoordeelt het verzoek aan de hand van de door de curator ingevulde vragenlijst en ondertekent deze ter goedkeuring, waarna het verzoek wordt ingediend bij de minister.

Artikel 4

Onder de GSR 2005 werd uitvoering gegeven aan verzoeken van curatoren, als bedoeld in artikel 138, tiende lid, Boek 2, BW zoals nader uitgewerkt in de GSR 2005, door middel van beschikkingen van de minister. Eventuele geschillen betreffende beschikkingen van de minister werden via bestuursrechtelijke procedures beslecht.

In een uitspraak van 16 juli 2008 (nr. 200704350/1) is door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State echter geoordeeld dat beschikkingen van de minister betreffende de afwikkeling van een garantstelling geen besluiten zijn als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) omdat deze beslissingen zozeer zijn verweven met het faillissementsrecht dat deze moeten worden aangemerkt als privaatrechtelijke handelingen. Tevens oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat de geschillen en vorderingen omtrent de toepassing van artikel 138, tiende lid, Boek 2, BW en de garantstellingregeling uitsluitend aan de civiele rechter, die ook de faillissementsrechter is, kunnen worden voorgelegd.

Naar aanleiding en ter uitvoering van deze uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State wordt in de nieuwe regeling bepaald dat een garantstelling wordt verstrekt op basis van daartoe strekkende overeenkomst tussen de Staat (vertegenwoordigd door de minister) en de curator. Deze overeenkomst bevat het bedrag waarvoor en de voorwaarden de garantstelling worden verstrekt alsook de overige rechten en verplichtingen welke tussen beide partijen worden overeengekomen. Dit betekent verder dat eventuele geschillen betreffende de toepassing van de regeling dan wel de door de curator en de Staat aangegane overeenkomst voortaan aan de civiele rechter moeten worden voorgelegd.

Alhoewel de relevante overwegingen van Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State enkel zien op de beschikkingen van de minister terzake de afwikkeling van de garantstelling, hetgeen de vraag doet rijzen of de overige beschikkingen van de minister dan nog wel als bestuursrechtelijk handelen en besluiten in de zin van de Awb kunnen worden aangemerkt, is vanuit een oogpunt van rechtszekerheid de uitspraak ruim geïnterpreteerd en ervoor gekozen de volledige relatie tussen de curator en de minister onder het privaatrecht te brengen.

Het ministerie maakt hierbij gebruik van een modelovereenkomst. Deze is eveneens te raadplegen via de website van het ministerie. Een afschrift van de ondertekende overeenkomst wordt door de minister aan de door hem aangewezen kredietinstelling toegezonden.

De minister laat vervolgens door de kredietinstelling ten gunste van de curator een rekening-courant openen waarop het bedrag van de garantstelling aan de curator ter beschikking wordt gesteld ten behoeve van de activiteiten die onder de garantstelling vallen. Over de rekening-courant mogen geen andere geldstromen lopen. De GSR 2012 brengt geen verandering in de relatie tussen de minister en de door hem aangewezen kredietinstelling.

Artikel 5

Zonodig kan de curator verzoeken om verhoging van het bedrag van een reeds verstrekte garantstelling. Hiervoor is het niet nodig dat de curator een nieuwe ingevulde vragenlijst indient. Wel dient het verzoek tot verhoging een beschrijving te bevatten van de stand van zaken op dat moment en een



nieuwe inschatting van de te verwachten (proces)kosten. Het verzoek behoeft ook niet opnieuw goedkeuring van de rechter-commissaris.

Indien de curator op later moment om verhoging verzoekt van het bedrag waarvoor een garantstelling is verstrekt, wordt deze verhoging in een door de Staat en de curator te ondertekenen addendum bij de overeenkomst vastgelegd. De minister zorgt voor het toezenden van een afschrift van het addendum aan de kredietinstelling die zorgdraagt voor verhoging van het rekening-courantkrediet.

Artikel 6

De garantstellingsregeling is van toepassing op faillissementen waar sprake is van een ontoereikende boedel met het oog op de door de curator voorgenomen vorderingen. Niet alle door de curator voorgenomen vorderingen, als bedoeld in artikel 2, eerste lid, leiden tot verstrekking van een garantstelling. Concreet houdt dit in dat de garantstelling enkel van toepassing is op vorderingen waarvan vooraf redelijkerwijs kan worden ingeschat dat de kosten die gemoeid zijn met het instellen van de vordering in redelijke verhouding staan tot de te verwachten opbrengst. Daarnaast houdt deze voorwaarde in dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de gevraagde garantstelling en de hoogte van de schulden.

Een verzoek tot verhoging van de garantstelling dient aan dezelfde voorwaarden te voldoen als het oorspronkelijke verzoek, behoudens de eisen gesteld in artikel 3 met betrekking tot de wijze van indiening van het (oorspronkelijke) verzoek. Voorts dient een verzoek tot verhoging te voldoen aan het bepaalde in artikel 5. Voor een eventuele verhoging van de verleende garantstelling zullen bepalend zijn: het resultaat van het ingestelde (aanvullend) verhaalsonderzoek, de conclusies die kunnen worden getrokken uit het ingestelde vooronderzoek en de stand van zaken met betrekking tot de ingestelde procedure.

Artikel 7

Bij de vaststelling van het bedrag van de garantstelling worden de zogenaamde Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling gehanteerd, waaronder ook de hierin vastgestelde tarieven en de systematiek voor de vaststelling van de salarissen en verschotten van curatoren. Er zij hier op gewezen dat de curator de boedelfactor, zoals omschreven in de Recofa-richtlijnen onder punt 26, niet mag toepassen omdat er immers sprake is van een lege boedel en er (nog) geen actief is. Alleen de in de Recofa-richtlijnen omschreven ervaringsfactor mag dus worden toegepast. De Recofa-richtlijnen zijn eenvoudig te raadplegen via bijvoorbeeld de websites van Insolad of van De Rechtspraak.

Het vast te stellen bedrag van de garantstelling heeft betrekking op de kosten die de curator maakt in het kader van de in artikel 2, eerste lid, van deze regeling genoemde vorderingen. Hierbij kan worden gedacht aan de volgende kosten.

Allereerst betreft het de kosten die gemaakt worden met het indienen van het verzoek om een garantstelling. In de regel zijn dit kosten die op het moment van indienen van een verzoek om een voorschot, reeds door de curator zijn gemaakt. In de tweede plaats behelst het de reeds gemaakte kosten ten behoeve van het instellen van een verhaalsonderzoek of een vooronderzoek. Als voorwaarde geldt wel dat de curator deze kosten voldoende dient te onderbouwen en te verantwoorden. Hierbij is van belang dat door de curator voldoende inzicht wordt gegeven in de noodzakelijkheid van deze kosten, ook in relatie tot het tijdstip waarop deze zijn gemaakt, en de hoogte daarvan.

Daarnaast betreft het de kosten die gemoeid zijn met het verrichten van een verhaalsonderzoek. Daaronder vallen bijvoorbeeld de uren die de curator aan dit onderzoek besteedt, kosten voor het raadplegen van de Kamer van Koophandel en het Kadaster of het laten opmaken van een taxatierapport onroerend goed. Wanneer de curator zijn verzoek om vergoeding van deze kosten niet onderbouwt, wordt door de minister bij het vaststellen van het bedrag voor het verrichten van een verhaalsonderzoek als richtlijn gehanteerd een bedrag van 1.300,- EUR per te onderzoeken (rechts)persoon opgericht naar Nederlands recht.

Ook de kosten voor het doen van een vooronderzoek vallen onder de garantstellingsregeling. Hier moet, naast het salaris van de curator en verschotten, worden gedacht aan kosten gemoeid met de inschakeling van een expert, veelal een accountant.

Ook kosten voor een te voeren procedure vallen onder de garantstellingsregeling. Naast salaris en verschotten, moet hier worden gedacht aan de betaling van griffierechten, deurwaarderskosten en kosten voor het leggen van beslag.

Ten slotte zijn er nog eventuele bijkomende kosten die voor vergoeding in aanmerking komen, zoals



een proceskostenveroordeling of kosten die gemoeid zijn met de rekening-courant waarop het bedrag van de garantstelling beschikbaar wordt gesteld.

In het laatste artikellid wordt nog geregeld dat gelden die de boedel verwerft na het verkrijgen van de garantstelling, eerst aangewend dienen te worden ter dekking van de kosten die door de curator reeds zijn gemaakt ten behoeve van activiteiten waarvoor de garantstelling is verleend en ter bestrijding van de kosten die voortvloeien uit het voortzetten van deze activiteiten. In deze fase mag de curator dan ook geen gelden opnemen van de rekening-courant ter dekking van de kosten die hij onder de garantstelling maakt. Hiervoor moeten eerst de op dat moment in de boedel gevloede gelden worden aangewend. Zodra de boedel weer leeg is, kunnen er weer gelden worden opgenomen van de rekening-courant ter dekking van de kosten die de curator weer gaat maken.

Artikel 8

Ten einde de minister in staat te stellen controle uit te oefenen op de besteding van onder de garantstellingsregeling toegekende gelden, heeft de curator een aantal rapportageverplichtingen.

Ten eerste dient de curator de minister onverwijld op de hoogte te stellen van de uitkomsten van een uitgevoerd verhaalsonderzoek. Deze informatie is voor de minister van belang om een inschatting te kunnen maken van de verhaalsmogelijkheden.

Daarnaast rapporteert de curator aan de minister door onverwijld toegezending van beschikbare faillissementsverslagen. Met het oogpunt op de vermindering van de administratieve lasten is wat betreft de periodiciteit van de rapportageverplichting aangesloten bij de systematiek van de Faillissementswet. Op grond van artikel 73a van de Faillissementswet dient de curator na verloop van drie maanden verslag uit te brengen bij de rechtbank. In overleg met de rechter-commissaris kan de termijn van drie maanden worden verlengd, bijvoorbeeld naar zes maanden. Om aan zijn rapportageverplichting onder de GSR 2012 te voldoen zal de curator dan ook kunnen volstaan met het toezenden van een kopie van het periodieke faillissementsverslag. In het geval de curator ingevolge artikel 73a van de Faillissementswet met de rechter-commissaris heeft afgesproken eens per zes maanden te rapporteren in plaats van na verloop van drie maanden, stelt hij de minister van deze afspraak op de hoogte.

Er hoeft verder geen apart verslag te worden opgesteld dan wel andere stukken te worden verzonden. Slechts wanneer het faillissementsverslag aanleiding zou geven tot nadere vragen of bij andere bijzondere situaties, kan de curator worden verzocht om nadere informatie te verstrekken terzake de besteding van de opgenomen gelden en de uit hoofde van de acties op grond van bestuurdersaansprakelijkheid en/of faillissementspauliana gegenereerde opbrengsten voor de boedel. Deze verplichting wordt in het derde lid van artikel 8 geregeld. Zoals gezegd wordt hiermee beoogd de minister beter in staat te stellen de opbrengsten te administreren.

Artikel 9

De curator is gehouden om binnen vier weken na beëindiging van zijn werkzaamheden in het kader van het faillissement, rekening en verantwoording af te leggen aan de minister. Hierbij dient de curator gebruik te maken van het formulier dat daartoe is vastgesteld (*Specificatieformulier Rekening en Verantwoording*) en op de website van het ministerie te vinden is. Deze verplichting is van groot belang voor de toetsing door de minister van de besteding door de curator van de toegekende gelden en de financiële afwikkeling van de garantstelling.

Wanneer een curator in een faillissement door een andere curator wordt opgevolgd, dient volgens de Faillissementswet de voormalige curator aan de opvolgend curator rekening en verantwoording af te leggen en dient de opvolgend curator mededeling van die rekening en verantwoording aan de rechter-commissaris te doen. In aansluiting op deze regeling is in artikel 9, tweede lid, bepaald dat de opvolgend curator de minister hiervan in kennis stelt door middel van het onverwijld toezenden van een kopie van de afgelegde rekening en verantwoording.

Artikel 10

Het is van groot belang dat de curator zich kwijt van de rapportageverplichtingen. De daarbij verschafte informatie is immers cruciaal voor de toetsing door de minister. Het niet voldoen aan de rapportageverplichtingen als bedoeld in artikel 8 kan voor de minister reden zijn om over te gaan tot beëindiging van de garantstelling. Indien de minister beslist tot het beëindigen van de garantstelling, zal hij vervolgens overgaan tot het laten blokkeren van de rekening-courant bij de door de minister aangewezen kredietinstelling. De curator kan dan geen gelden meer opnemen van de rekening-courant.



De verplichting van de curator om rekening en verantwoording af te leggen, blijft ook bestaan bij de indiging van de garantstelling wegens het niet voldoen aan de rapportageverplichtingen. Ook in dit geval is de curator gehouden een debet-saldo op de rekening-courant aan te zuiveren en zal de minister, indien de curator daar niet in slaagt, moeten beoordelen of de curator recht heeft op vergoeding van de gemaakte kosten.

De wijze waarop tot de indiging wordt overgegaan en de gevolgen daarvan voor de verplichtingen welke de curator en de minister zijn aangegaan worden nader geregeld in voornoemde overeenkomst tussen de curator en de Staat.

Alvorens tot de indiging van de garantstelling wordt overgegaan, wordt tevens de betrokken rechter-commissaris geraadpleegd. Het advies van de rechter-commissaris is niet bindend. Echter, indien hiervan wordt afgeweken dient de minister zijn beslissing te dienaangaande te motiveren.

Artikel 11

Wanneer de werkzaamheden van de curator in het kader van het faillissement zijn beïndigd, vindt de afwikkeling van de garantstelling plaats op basis van de door de curator afgelegde rekening en verantwoording.

De curator is gehouden een debetsaldo op de rekening-courant aan te zuiveren. Uitgangspunt bij aanzuivering van een debetsaldo is dat de curator na de indiging van zijn werkzaamheden voldoende gelden in de boedel heeft ontvangen. Bijvoorbeeld indien de curator erin slaagt om uit een schikking of een gewonnen procedure gelden in de boedel te laten vloeien, wat mogelijk is gemaakt door het verlenen van de garantstelling.

Als blijkt dat de curator op goede gronden geen of onvoldoende gelden ten behoeve van de boedel heeft ontvangen, maar zich wel gehouden heeft aan alle voorwaarden en verplichtingen zoals gesteld in deze regeling, dan zal de minister niet overgaan tot terugvordering van dat bedrag. In zoverre zal dat bedrag aan de curator worden kwijtgescholden. Dat de curator onvoldoende gelden ten behoeve van de boedel heeft ontvangen, zal dan namelijk op goede gronden zijn gebeurd. Daarentegen, wanneer (uit de rekening en verantwoording) zou blijken dat het bedrag dan wel een deel van het bedrag van de gegeven garantstelling onjuist is besteed (bijvoorbeeld aan andere faillissementsactiviteiten dan die activiteiten die onder de garantstelling vallen), in welk geval de curator zich ook niet aan de voorwaarden in deze regeling zal hebben gehouden, komt dat deel van het bedrag niet in aanmerking voor vergoeding onder de garantie en zal de minister overgaan tot terugvordering daarvan.

Het afleggen van rekening en verantwoording is zoals gezegd een verplichting die voor de toetsing door de minister van de besteding van de toegekende gelden van groot belang is. Indien de curator geen rekening en verantwoording aflegt kan niet worden beoordeeld of de curator de gelden op de juiste wijze heeft besteed. Indien de curator verzuimt (tijdig) rekening en verantwoording af te leggen en een debetsaldo op de rekening-courant niet aanzuivert, zal de minister in elk geval tot terugvordering overgaan.

De verplichtingen van de curator in het kader en ten behoeve van de afwikkeling van de garantstelling zijn niet anders wanneer de garantstelling voortijdig wordt beïndigd overeenkomstig het bepaalde in artikel 10. Dit komt tot uitdrukking in het tweede (juncto het derde) lid van artikel 11.

Ook hier geldt dat de rechter-commissaris wordt geraadpleegd als het voornemen bestaat gelden terug te vorderen. Het advies van de rechter-commissaris is niet bindend, wel dient de minister te motiveren waarom van dit advies wordt afgeweken.

Artikel 12

In deze overgangsbepaling wordt, gelet op voornoemde uitspraak van de Afdeling Bestuursrecht-spraak van de Raad van State, geregeld dat beschikkingen die voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze regeling door de minister zijn afgegeven met toepassing van de GSR 2005 en betrekking hebben op garantstellingen die op het moment van inwerkingtreding van de GSR 2012 nog niet zijn afgewikkeld, vanaf die datum van rechtswege vervallen. Voor deze beschikkingen treedt in de plaats een overeenkomst die tijdig vóór inwerkingtreding van de GSR 2012 door de curator en de Staat (vertegenwoordigd door de minister) wordt gesloten. In het tweede lid wordt buiten twijfel gesteld dat deze garantstellingen op dezelfde voet worden doorgezet onder de GSR 2012.

Teneinde bovengenoemde overgang zorgvuldig voor te bereiden zal de GSR 2012 op 1 maart 2012 worden gepubliceerd maar is de inwerkingtreding op 1 mei 2012 bepaald. Er is met andere woorden



voor een ruime invoeringstermijn gekozen. Hiermee worden curatoren, in het bijzonder curatoren die lopende garantstellingen onder zich hebben, tijdig op de hoogte gesteld van de nieuwe regeling waaronder de overgangsregeling, zodat zij zich hierop voldoende kunnen instellen. Tevens zal deze invoeringstermijn door de minister worden benut om deze overgang tijdig en zorgvuldig voor te bereiden. Geduide tijd vóór de inwerkingtreding zal de minister contact opnemen met de betrokken curatoren, met het verzoek over te gaan tot ondertekening van een overeenkomst welke rekening houdt met de voorwaarden waaronder de desbetreffende garantstelling is verstrekt.

Naast een ruime invoeringstermijn zal tevens voor informatievoorziening via de website van het ministerie worden gezorgd.

Artikel 13

In deze bepaling wordt de GSR 2005 ingetrokken.

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

BIJLAGE X.: Verklaring gebruikte hulpmiddelen

Kom
verder



Hierbij verklaar ik, dat ik het voor u liggende werkstuk/project zelfstandig en zonder gebruik van andere dan de aangegeven hulpmiddelen geschreven hebben; De uit andere bronnen direct of indirect overgenomen teksten zijn op enigerlei wijze in de door mij geschreven tekst expliciet met bronvermelding verantwoord. Het werkstuk werd tot nu toe nog niet in dezelfde of in vergelijkbare vorm aan een examinerator of examencommissie voorgelegd. Ook is het werkstuk niet eerder in het openbaar verschenen.

Naam, achternaam : Loes Huiskamp
Plaats, datum : Enschede, 6 juni 2017

Handtekening :