



Fraude en misbruik bij faillissement:

een onderzoek naar hun aard en omvang
en naar de mogelijkheden van bestrijding

R. Knegt
A.M. Beukelman
J.R. Popma
P. van Willigenburg
I. Zaal

HUGO SINZHEIMER INSTITUUT
UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Onderzoek uitgevoerd in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Justitie.

© 2005 WODC, ministerie van Justitie. Auteursrecht voorbehouden.

Het rapport zal vanaf december 2005 in gedrukte vorm beschikbaar zijn als deel 13 in de publicatiereeks 'Mededelingen van het Hugo Sinzheimer Instituut'.

Te bestellen bij het HSI, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, tel. 020 525 3560.

VOORWOORD

Begin 2004 herleefde de publieke aandacht voor faillissementsfraude, onder meer door een aantal faillissementen in de horeca waarover in diverse media werd bericht. In zo'n situatie komt al snel de vraag op hoe het in Nederland eigenlijk met fraude en misbruik bij faillissement is gesteld. De kennis die omtrent het vóórkomen en de bestrijding van fraude en misbruik beschikbaar was, bleek grotendeels te berusten op onderzoek dat inmiddels bijna een kwart eeuw geleden is uitgevoerd. Dat was voor het ministerie van Justitie/WODC reden onderzoek te doen verrichten naar de aard en omvang van fraude en misbruik in faillissementen die in Nederland zijn uitgesproken, naar de wijze waarop fraude en misbruik door diverse instanties worden bestreden en naar knelpunten en punten van verbetering die daarin kunnen worden geconstateerd.

Het Hugo Sinzheimer Instituut (HSI), interdisciplinair centrum voor onderzoek van 'arbeid' en recht van de Universiteit van Amsterdam, heeft dit onderzoek sinds oktober 2004 verricht. Het rapport dat voor u ligt, is het resultaat ervan.

Bij het HSI werkten aan het onderzoek mee: drs. A.M. Beukelman, mr. J.G. Keijser, dr. R. Knegt (projectleider), dr. J.R. Popma, mr. P. van Willigenburg en mr. I. Zaal. Een adviserende rol werd daarbij vervuld door mr.dr. R.M. Beltzer en dr. R.H. van het Kaar, eveneens verbonden aan het HSI, en door drs. R. Haentjens en prof.mr. C.E. du Perron, beiden verbonden aan het Amsterdams Instituut voor Privaatrecht.

Het onderzoek werd begeleid door een externe commissie waarin zitting hadden mr. J.C. van Apeldoorn (curator), mr. G.M. Bouma (FIOD/ECD), mr.dr. C.M. Hilverda (raadsheer Gerechtshof Arnhem, tot 1-6-05), drs. M. Kruissink (ministerie van Justitie/WODC), mr. C.H. van der Laan (ministerie van Justitie, directie Handhaving), mr. J. Lely (ministerie van Justitie, directie Opsporingsbeleid), mr. F.R. Salomons (ministerie van Justitie, directie Wetgeving) en mr. A.L. Speijers (Arrondissementsparket Zwolle, inmiddels: Functioneel parket, Den Haag).

Wij zeggen als onderzoekers de commissie graag dank voor haar kritische commentaar op onze voorstellen voor de diverse, soms gecompliceerde stappen die in het onderzoek gezet moesten worden en op het concept-eindrapport. Wij danken ook alle medewerkers van de rechtbanken voor hun medewerking bij het dossieronderzoek en de geïnterviewde curatoren, rechters-commissarissen en medewerkers van het ministerie van Justitie (waaronder de dienst Justis en in het bijzonder de heer Schalkwijk), politie, Openbaar Ministerie, belastingdienst, UWV en de andere instanties voor hun medewerking.

Amsterdam, 8 november 2005,
dr. R. Knegt

Inhoudsopgave

1	Inleiding	1
1.1	Aanleiding tot het onderzoek	1
1.2	Faillissementen, misbruik en fraude: inleiding tot het probleemveld	2
1.3	Faillissementen, fraude en misbruik: begrippenkader	3
1.4	Onderzoeksvragen	5
1.5	Methode en opzet	7
1.6	Opbouw van het rapport	10
2	Faillissementen en faillissementsfraude: literatuur, indicatoren en juridische regeling	11
2.1	Aantal gevallen van ‘faillissementsfraude’	12
2.2	Indicatoren voor fraude en misbruik	15
2.3	Civielrechtelijke aspecten	22
2.4	Strafrechtelijke aspecten	30
2.5	Mogelijkheden voor preventie	34
3	Het faillissementenbestand	39
3.1	Omvang steekproef	39
3.2	Rechtsvorm	40
3.3	Bedrijfstak	40
3.4	Bedrijfsgrootte en leeftijd	41
3.5	Aanvrager faillissement	42
3.6	Gemiddeld schadebedrag	43
3.7	Oorzaken van faillissement	43
4	Faillissementsfraude, misbruik, onbehoorlijk bestuur: aard en omvang	45
4.1	Faillissementsfraude	45
4.2	Achtergrondfactoren	53
4.3	Misbruik	60
4.4	Onbehoorlijk bestuur	65
4.5	Samenvatting	67
5	Tussenbalans: onderschatting?	69
5.1	Brievenonderzoek onder curatoren	69
5.2	Vennoot	70
5.3	Onderschatting	72

6	De positie van curatoren	75
6.1	Feitelijke acties bij (vermoeden van) fraude of onregelmatigheden	75
6.2	Achtergronden bij de bereidheid tot actie	82
7	De positie van andere partijen	87
7.1	De rechter-commissaris	87
7.2	Belastingdienst	92
7.3	UWV	94
7.4	FIOD/ECD en politie	97
7.5	Openbaar Ministerie	100
7.6	BIBOB	104
8	Samenvatting en conclusies	107
8.1	Faillissementen en fraude: probleemveld en context	107
8.2	Onderzoeksvragen en methode	107
8.3	Aard en omvang van de problematiek	109
8.4	Opstelling betrokken functionarissen en instanties	113
8.5	Knelpunten	116
8.6	Bruikbaarheid van de indicatoren	117
8.7	Aanbevelingen	118
9	Bijlagen	121
9.1	Literatuur	127
9.2	Aandachtspuntenlijst dossieronderzoek	125
9.3	Beslisboom indicatoren voor fraude en misbruik	130

Lijst met afkortingen

ARA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BBP	Bruto Binnenlands Product
BIBOB	Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar bestuur
BRNON	Bovenregionale Recherche Noord en Oost Nederland
BRT	Bovenregionaal Team
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CBA	Criminaliteitsbeeldanalyse
Cbs	Centraal Bureau voor de Statistiek
CIR	Centraal Insolventieregister
CWI	Centrum voor Werk en Inkomen
FIOD	Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst
ECD	Economische controledienst
FMP	Fraudemeldpunt
FP	Functioneel Parket
FPO	UWV/directoraat: Fraude Preventie en Opsporing
FRIS	Fraude Registratie en Informatie Systeem
FUNON	Fraude Unit Noord Oost Nederland
Fw	Faillissementswet
GBA	Gemeentelijke Basis Administratie
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HR	Hoge Raad
HSI	Hugo Sinzheimer Instituut
IFT	Interregionaal Fraudeteam
INSOLAD	Vereniging Insolventierecht Advocaten
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JOL	Jurisprudentie Online
JOR	Jurisprudentie Ondernemingsrecht
KvK	Kamer van Koophandel
LOFF	Landelijk Onderzoeksbureau Faillissementsfraude
LRT	Landelijk researchteam
Ltd	Private Limited Company
NivRA	Nederlands Instituut Registeraccountants
NV	Naamloze Vennootschap
OM	Openbaar Ministerie
PV	Proces-verbaal
RC	Rechter-commissaris
Recofa	Werkgroep rechters-commissarissen in faillissementen
SIOD	Sociale inlichtingen- en opsporingsdienst
Sr	Wetboek van Strafrecht
Sv	Wetboek van Strafvordering
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvP	Tijdschrift voor Privaatrecht
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
VOF	Vennootschap onder firma

WBA	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid
WBF	Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement
WDV	Wet Documentatie Vennootschappen
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WKA	Wet Ketenaansprakelijkheid
WPR	Wet persoonsregistraties
ZZP	Zelfstandige zonder personeel

1 Inleiding

1.1

AANLEIDING TOT HET ONDERZOEK

Begin 2004 gonsde het in de media over het toenemend aantal faillissementen met een kwade reuk van fraude. In het bijzonder ging het om een groot aantal faillissementen in de horeca in Groningen en Amsterdam¹, meer in het algemeen werd in het televisieprogramma Zembla van 12 februari 2004 gesteld dat in één op de drie faillissementen sprake zou zijn van fraude.² De veronderstelde toename van het aantal frauduleuze faillissementen was ook één van de thema's in het debat over de 'publieke moraal', dat zich in maart 2004 ontspon tussen de Minister-President en de Tweede Kamer.³

Naar aanleiding van het debat en de berichtgeving in de media drong de Tweede Kamer bij de minister van Justitie aan op nadere stappen.⁴ In september 2004 presenteerde de minister hierop een 'Actieplan bestrijding faillissementsfraude'.⁵ In dat plan signaleerde de minister dat het ontbrak aan recent inzicht in de aard en omvang van de faillissementsfraude in Nederland. Als belangrijkste bron van empirische informatie verwees de minister naar een onderzoek van het WODC uit 1982.⁶ Nadien heeft het Hugo Sinzheimer Instituut in 1996 gerapporteerd over een onderdeel van de problematiek: het gebruik van faillissementen voor het 'lozen' van personeel. Dat gebeurde op basis van onderzoek, in opdracht van het ministerie van Justitie, naar faillissementen die in 1994 en 1995 waren uitgesproken.⁷ De empirie was dus schaars en goeddeels uit een tamelijk ver verleden.

Het ontbreken van recent empirisch materiaal was voor het ministerie van Justitie/WODC aanleiding het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam te vragen opnieuw onderzoek te doen naar de vormen waarin en frequentie waarmee misbruik en fraude in faillissementen voorkomen en naar de knelpunten en mogelijk te realiseren verbeteringen in de bestrijding van misbruik en fraude. Het voorliggende rapport is daarvan het resultaat.

¹ O.a. Het Parool, 10 februari 2004, Volkskrant, 13 februari 2004, Het Parool, 28 februari 2004

² Zembla, «Liever faillie», 12 februari 2004

³ *Handelingen II* 2003/04, nr. 52, p. 3413-3418; *Kamerstukken II* 2003/04, 29454, nr. 1 (Publieke moraal; Brief Minister-President over de thematiek van de publieke moraal)

⁴ *Handelingen II* 2003/04, nr. 1269, p. 2685, *Kamerstukken II* 2003/04, 27 244, nr. 15 (motie Douma c.s. over een voorstel voor verbetering en intensivering van de aanpak van faillissementsfraude)

⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 27 244, nr. 22

⁶ A.C. Berghuis en G. Paulides, *Faillissementen bij besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid – een studie naar misbruik van rechtspersonen*, 's Gravenhage: WODC 1983

⁷ R. Knecht, *Faillissementen en selectief ontslag: een onderzoek naar 'oneigenlijk gebruik' van de Faillissementswet*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 1996

1.2

FAILLISSEMENTEN, MISBRUIK EN FRAUDE: INLEIDING TOT HET PROBLEEMVELD

Ondernemingen opereren op basis van het uitgangspunt dat op de lange termijn de inkomsten niet lager zullen zijn dan de uitgaven – en bij voorkeur uiteraard hoger. Het kan echter gebeuren dat het evenwicht tussen inkomsten en uitgaven zoekraakt, zozeer dat herstel onmogelijk is geworden. Dan wordt een ‘oplossing’ geforceerd in de vorm van het ‘faillissement’: een procedure waarin het weinige dat er nog aan baten is over de schuldeisers wordt verdeeld, de vennootschap wordt opgeheven en daarmee de resterende vorderingen niet langer zijn op te eisen. Tenzij sprake is van aansprakelijkheid (bijvoorbeeld wegens wanbeleid) is ook de voormalig eigenaar niet langer verplicht de door de vennootschap aangegane verplichtingen na te komen.

Deze procedure vormt een belangrijke uitzondering op de hoofdregel in het civiele recht dat ieder gehouden is tot nakoming van aangegane verplichtingen dan wel, als hij dat nalaat, tot vergoeding van de daardoor bij anderen teweeggebrachte schade. Die uitzondering is nodig omdat het maatschappelijk ongewenst wordt geacht burgers of ondernemingen voor altijd ‘op te hangen’ aan ‘missers’ in het economisch leven.⁸ Ons economisch stelsel vereist immers het nemen van risico, en ‘missers’ horen daar net zo goed bij als ‘succesverhalen’. Je moet enerzijds kunnen vertrouwen op je handelspartner en anderzijds weer kunnen opkrabbelen na een uitglip. Bovendien, weliswaar schieten de schuldeisers er bij faillissement bij in, maar daar staat tegenover dat zij in het economisch verkeer een eigen verantwoordelijkheid hebben de solvabiliteit van hun handelspartners in de gaten te houden.

Deze tegenstelling tussen hoofdregel en uitzondering (tussen ‘vertrouwen’ en ‘vergeving’) maakt dat de voorwaarden waaronder de ‘oplossing’ aanvaardbaar is, inherent omstrede zijn en soms blijven. Schade is niet altijd te vermijden, maar wordt de schade met zo’n ‘oplossing’ rechtvaardig, dat wil zeggen: naar de mate van ieders verantwoordelijkheid, over de betrokkenen verdeeld? Steeds smeult daaronder een *morele ambivalentie*: is het niet toch met name de onachtzaamheid of het onverantwoordelijk handelen van de failliet waardoor de crediteuren met lege handen achterblijven?

Dat is echter niet het enige probleem met faillissementen. Naast de morele ambivalentie introduceert de ‘oplossing’ ook een specifiek *risico*: het faillissement is weliswaar ontworpen als een procedure in geval van *onbedoelde* financiële onmacht, maar de regeling creëert tevens en onvermijdelijk haar eigen mogelijkheden tot strategisch gebruik. Een onderneming kan anticiperen op de mogelijkheid van faillissement, de te verwachten voor- en nadelen tegen elkaar afwegen en tot de conclusie komen dat het zelf aanvragen van haar eigen faillissement in de gegeven omstandigheden een rationele keuze is. Vanuit een buitenstaanderpositie en met macro sociaal-economische overwegingen in gedachten kan in sommige gevallen ingestemd worden met zo’n bedrijfseconomische keuze – bijvoorbeeld wanneer een bedrijf ten onder dreigt te gaan aan de financiële verplichtingen van geleverde maar slecht functionerende apparatuur en het ernaar uitziet dat de onderneming na faillissement, met behoud van werkgelegenheid, in een nieuwe juridische gedaante kan worden voortgezet. In andere gevallen evenwel is duidelijk dat ondernemers de mogelijkheid van faillissement bewust en listig misbruiken om crediteuren onbetaald achter te laten en daar zelf financieel beter van te worden.

⁸ Vgl. N. Huls, ‘Naar een economische faillissementsfilosofie; niet terug- maar vooruit kijken’, *Justitiële verkenningen* (2000), jg. 26, nr. 2, p. 20-30

Ook gebeurt het geregeld dat de curator, die is aangesteld om het faillissement correct af te handelen, nogal eens wordt geconfronteerd met vormen van fraude waarbij gepoogd is activa aan de te verdelen boedel te onttrekken. Dat kan gebeuren kort vóór of na het uitspreken van het faillissement. De failliet weet bijvoorbeeld bepaalde waardevolle goederen ‘weg te maken’, verkoopt zaken onder de marktwaarde aan bevriende ondernemers, stelt gefingeerde contracten op met andere BV’s, of doet nog snel wat schijnbaar verplichte betalingen aan zichzelf of aan andere BV’s waarin hij belangen heeft.

Er zijn dus verschillende vormen van berekenend gedrag die de in de faillissementswet geregelde afwikkeling van het faillissement kunnen doorkruisen. Voor sommige daarvan is het aanstaande of al uitgesproken faillissement een gegeven waarbinnen men illegitiem voordeel tracht te behalen. Voor andere is het faillissement een *middel* waardoor men zich aan verplichtingen ten opzichte van crediteuren kan onttrekken. En in sommige gevallen is beëindiging van een onderneming via faillissement zelfs onderdeel van een *opzet* om financiële verhoudingen zo te laten kantelen dat men er illegitiem profijt van trekt. Al deze vormen van berekenend gedrag worden in het gewone spraakgebruik wel met ‘fraude’ of ‘misbruik’ van faillissement aangeduid. Daarnaast kan schade voor de crediteuren voortvloeien uit slordig of ondeskundig bestuur van de onderneming. Hieronder worden in § 1.3 de verschillende vormen en de gehanteerde begrippen preciezer afgebakend.

1.3

FAILLISSEMENTEN, FRAUDE EN MISBRUIK: BEGRIPPENKADER

Begrippen als ‘misbruik’ en ‘fraude’ worden in het dagelijks spraakgebruik soms wat losjes gehanteerd. In de juridische literatuur, en ook in het onderhavige onderzoek, hebben die begrippen echter een scherper gedefinieerde betekenis.⁹ Hieronder volgt een conceptuele indeling van de diverse vormen van ‘gedrag met negatieve consequenties voor crediteuren in faillissement’. Begripsmatig uitgangspunt bij die indeling is dat van de *benadelingshandeling*.

Onder *benadelingshandelingen* wordt in het kader van dit onderzoek verstaan: alle handelingen van personen of instanties die betrokken zijn bij een faillietverklarde onderneming en/of bij het faillissement van die onderneming, die in hun gevolgen potentieel nadelig zijn voor andere personen/instanties die aanspraken op de boedel kunnen doen gelden. Deze *benadelingshandelingen* kunnen worden ingedeeld naar hun aard en hun juridische kwalificatie. Bij de *aard* van de benadelingshandeling gaat het om verschillen in het patroon van de handeling(en) en hun context; bij de *juridische kwalificatie* om de normatieve beoordeling van de benadelingshandeling in termen van rechtmatigheid en verwijtbaarheid. De combinatie van deze twee indelingen zal uiteindelijk uitmonden in vier voor het onderzoek relevante typen.

Naar hun *aard* kunnen benadelingshandelingen als volgt worden ingedeeld. Zij kunnen daarin bestaan dat:

- (a) de wijze waarop de onderneming wordt bestuurd, leidt tot het faillissement;
- (b) in het zicht van of na het uitspreken van het faillissement activa aan de boedel worden onttrokken door:
 - wegnemen of verbergen (t.o.v. curator en schuldeisers);
 - overdracht (onder de schijn van verplichting daartoe) of vervreemding (tegen een te lage prijs of voor privédoeleinden);
 - onverplicht nakomen van (reële of schijnbare) betalingsverplichtingen ten opzichte van derden of van de bestuurder(s) zelf;

⁹ Zie onder meer C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2001

- (c) het faillissement door de failliet wordt gebruikt als middel om zich aan lopende contractuele of financiële verplichtingen te onttrekken.

Ten aanzien van de *juridische kwalificatie* kan een tweedeling worden gehanteerd tussen al dan niet wederrechtelijke handelingen. Dat resulteert in een tweedeling van benadelingshandelingen naar gelang er sprake is van:

- (1) niet wederrechtelijk en/of niet verwijtbaar gedrag;
- (2) schuld of opzet.

Dit leidt tot de volgende mogelijkheden (zie tabel 1.1):

Tabel 1.1: classificatie van benadelingshandelingen

sancties: aard handelen:	niet wederrechtelijk: geen sancties:	wederrechtelijk: opzet/schuld (civiel- of strafrechtelijke sanctiemogelijkheden)
wijze van besturen van de onderneming:	(niet verwijtbaar) ondeskundig bestuur	<i>onbeoorlijk bestuur</i> (bestuurdersaansprakelijkheid of onrechtmatige- daadsactie; in bepaalde gevallen ook strafrechtelijk)
onttrekking aan verplichtingen uit duurovereenkomsten	'doorstart'	<i>misbruik van faillissement</i> (civielrechtelijke remedies, maar indien opgezet met het oogmerk van benadeling ook strafrechtelijk)
onttrekking van activa aan de boedel:		<i>faillissementsfraude</i> (Pauliana; bestuurdersaansprakelijkheid, onrechtmatige daad; strafrechtelijke sanctiemogelijkheden)

De typen benadelingshandelingen die voor het onderzoek van belang zijn, kunnen nu als volgt worden gerangschikt:

1. *Faillissementsfraude*

Als sprake is van opzettelijk, wederrechtelijk handelen waardoor de faillissementsschuldeisers van de failliete rechtspersoon opzettelijk of culpoos worden benadeeld, is sprake van *faillissementsfraude*. In juridische zin kan 'handelen' hier ook 'nalaten' omvatten en 'opzet' ook 'voorwaardelijke opzet'. Fraude kan zich in hoofdzaak in twee vormen voordoen:

- 1.a Het opzetten en failliet laten gaan van een BV kan deel uitmaken van een vooropgezet plan faillissementsschuldeisers door middel van faillissement te benadelen en als zodanig de kwalificatie 'faillissementsfraude' verdienen. Bekende voorbeelden van deze vorm van fraude zijn de zaken waarin aanzienlijke sommen aan niet-afgedragen belastinggelden en sociale-verzekeringspremies als schulden in het faillissement achterblijven. In deze gevallen is het faillissement *opgezet* of *gebruikt* met het oogmerk crediteuren te benadelen. Voor een uitgebreidere bespreking wordt verwezen naar § 2.2.1.
- 1.b Een aanstaand of al uitgesproken faillissement is soms een gegeven waarbinnen betrokkenen vervolgens illegitiem voordeel trachten te behalen door activa aan de boedel te onttrekken. In het kader van dit onderzoek is dan sprake van 'onregelmatigheden met betrekking tot de boedel' (zie uitgebreider § 2.2.2), waarbij als belangrijkste vormen worden onderscheiden verduistering van activa, doorsluizen van activa via gefingeerde nota's en verkoop van activa onder de marktwaarde.

2. Misbruik van faillissement

Ten tweede kan het faillissement een *middel* zijn waarmee een onderneming zich ontdoet van verplichtingen die voortvloeien uit lopende (duur)overeenkomsten, zoals arbeids-, huur- of leaseovereenkomsten. Als het faillissement wordt gebruikt als middel tot *oneigenlijke* beëindiging van dergelijke overeenkomsten, is sprake van *misbruik van faillissement*. Van een 'oneigenlijke beëindiging' is sprake als de financiële toestand van de rechtspersoon op het moment van de faillissementsaanvraag zodanig was dat zij haar verplichtingen uit deze overeenkomsten, inclusief de lasten die zouden voortvloeien uit reguliere beëindiging van deze overeenkomsten, had kunnen dragen zonder dat de continuïteit in gevaar zou komen (dit is een herformulering van het criterium van Oosthout).¹⁰ In gevallen waarin de financiële last wél het voortbestaan van de onderneming in gevaar zou hebben gebracht, dan kan sprake zijn van een gewone 'doorstart', waarbij personeel of verhuurders ten dele met lege handen achterblijven maar zonder dat dit wederrechtelijk handelen oplevert. In dergelijke gevallen wordt geen misbruik aangenomen. Een meer uitgebreide bespreking van de indicatoren voor misbruik is opgenomen in § 2.2.3.

Misbruik van faillissement kan aanleiding zijn tot een civielrechtelijke actie die strekt tot vernietiging van het faillissement. Als zowel de opzet als het faillissement van een rechtspersoon deel uitmaken van een vooropgezet plan tot benadeling, dan kunnen ook strafrechtelijke sancties van toepassing zijn.

3. Onbehoorlijk bestuur

Tenslotte kan het faillissement voortvloeien uit ondeskundigheid, slordigheid, nalatigheid of onbekwaamheid van de bestuurder(s) van een onderneming. Een veel voorkomende situatie is dat geen of geen deugdelijke administratie is gevoerd. Als het handelen van de bestuurder niet verwijtbaar is, wordt dit aangeduid als ondeskundig handelen. Als het handelen of nalaten wél verwijtbaar is, spreken we van 'onbehoorlijk bestuur'. In beginsel zijn dan civielrechtelijke sancties van toepassing. In uitzonderlijke gevallen kunnen strafrechtelijke sancties worden toegepast.

Een iets uitgebreidere behandeling van deze vorm van 'gedrag met negatieve consequenties voor crediteuren in faillissement' volgt in § 2.2.4

1.4

ONDERZOEKSVRAGEN

Het onderhavige onderzoek is niet alleen een analyse van de aard en omvang van de fraude. Het is er tevens op gericht na te gaan of de mogelijkheden om fraude te bestrijden toereikend zijn en welke verbeteringen in dit opzicht mogelijk zouden zijn. De probleemstelling kan in drie hoofdvragen worden samengevat:

- A Wat is de aard en omvang van fraude en misbruik in door de Nederlandse rechter uitgesproken faillissementen?
- B Welke acties ondernemen de betrokken functionarissen en instanties ter bestrijding van faillissementsfraude en misbruik van faillissement, en welk gebruik maken ze daarbij van de bestaande mogelijkheden?
- C In hoeverre zijn de bestaande mogelijkheden om fraude en misbruik aan te pakken toereikend, en op welke punten zijn verbeteringen mogelijk?

¹⁰ H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming*, Deventer: Kluwer 2001, p. 89

De hoofdvragen kunnen als volgt nader worden uitgewerkt:

A Aard en omvang van fraude, misbruik en andere wederrechtelijke handelingen in geval van faillissement

- (1) In welke vormen en constructies komen fraude, misbruik en andere wederrechtelijke handelingen in geval van faillissement voor?
- (2) Hoe frequent komen deze vormen en constructies voor?
- (3) Wat is de omvang van de te vorderen bedragen die ten gevolge van de wederrechtelijke handelingen door benadeelden worden misgelopen?
- (4) In hoeverre hebben de onderzochte ondernemingen personeel waarvan de betrekking door het faillissement ten einde komt? In dergelijke gevallen, hoeveel werknemers betreft het?
- (5) In hoeverre heeft na het faillissement een 'doorstart' plaats? In hoeverre is aannemelijk dat het faillissement mede op die 'doorstart' gericht was?
- (6) Hoe vaak heeft een faillissement betrekking op een buitenlandse rechtspersoon? Welke problemen doen zich daarbij voor?

B Acties ondernomen ter bestrijding van fraude, misbruik en andere wederrechtelijke handelingen in geval van faillissement

- (1) Welke acties heeft de curator ondernomen in die gevallen waarin hij in het dossier melding maakt van een vermoeden van wederrechtelijke gedragingen? (Pauliana, persoonlijk aansprakelijk stellen van bestuurders, aangifte etc.)?
- (2) Heeft de curator in die gevallen gebruik gemaakt van de mogelijkheid informatie in te winnen bij andere instanties (KvK, ministerie van Justitie/Vennoot, accountant, belastingdienst, UWV, politie)?
- (3) Welke acties hebben UWV en belastingdienst in geval van (een vermoeden van) wederrechtelijke handelingen ondernomen?
- (4) Hoe verloopt, in geval van aangifte, de samenwerking tussen curator, belastingdienst en opsporings- en vervolgingsinstanties?
- (5) Hoe vaak is in aangifte gedaan en in hoeveel gevallen is naar aanleiding daarvan een onderzoek ingesteld?
- (6) Hoe gaan politie en OM om met aangifte van faillissementsfraude? Welke mate van prioriteit hebben dergelijke zaken?
- (7) Hoeveel van de aangiftes/onderzoeken hebben geresulteerd in vervolging door het OM?
- (8) Waarin heeft deze vervolging geresulteerd? Hoeveel zaken zijn voor de rechter gekomen? Hoeveel hebben tot een veroordeling geleid?

C Beoordeling van de mogelijkheden faillissementsfraude aan te pakken

- (1) Welke positie heeft de curator in het bestrijden van fraude en het ongedaan maken van benadeling van de schuldeisers? Zijn er mogelijkheden zijn positie te verbeteren?

- (2) Welke mogelijkheden hebben crediteuren als de belastingdienst en UWV om fraude te voorkomen, vroegtijdig te signaleren of zelf aan te pakken, en wat zou daarin verbeterd kunnen worden?
- (3) Welke mogelijkheden zijn er, de mate en intensiteit van het gebruik door curatoren van de bestaande informatiebronnen (accountant, Vennoot, belastingdienst e.d.) te bevorderen en te verbeteren?
- (4) Zijn de beschikbare databestanden toereikend of zou daarin verbetering kunnen worden aangebracht?
- (5) Welke mogelijkheden zijn er de samenwerking tussen curator, belastingdienst, UWV en opsporings- en vervolgingsinstanties te verbeteren?
- (6) Behoeft de prioriteitstelling van politie en OM ten aanzien van fraudezaken verbetering en, zo ja, hoe kan deze worden bereikt?
- (7) Heeft de toenemende internationalisering bijgedragen tot een toename van faillissementsfraude?
- (8) Welke bijdrage kunnen BIBOB-instrumenten leveren aan voorkoming van faillissementsfraude?
- (9) Voorzien de Garantstellingsregeling en haar pendanten bij belastingdienst en UWV voldoende in compensatie van de risico's van de curator in de bestrijding van fraude?

1.5

METHODE EN OPZET

De onderzoeksvragen vergen voor hun beantwoording een verschillende methodische benadering. Naast een verkenning van

1. de bestaande literatuur en jurisprudentie

is een aantal onderzoeksmethoden ingezet:

2. Analyse van faillissementsdossiers
3. Analyse van reeds bestaande data
4. Half-gestructureerde interviews met deskundigen en partijen in het veld

De beantwoording van de eerste hoofdvraag (aard en omvang van de problematiek: A) is in hoofdzaak gebaseerd op inhoudsanalyse van faillissementsdossiers en getalsmatige registratie van gegevens, die van de tweede hoofdvraag op een analyse van de beschikbare data en de interviews, de derde hoofdvraag hoofdzakelijk op een meer kwalitatieve benadering middels de interviews met betrokken functionarissen (maar daarnaast ook op literatuur¹¹).

Literatuurstudie

Bij het begin van het project is via een literatuurstudie een inventarisatie gemaakt van de relevante civiel- en strafrechtelijke normen en is nagegaan welke onderzoeksliteratuur over aspecten van misbruik en fraude in faillissementen beschikbaar was. Dit onderdeel van het project heeft zijn neerslag gekregen in (met name) hoofdstuk 2.

¹¹ Bijvoorbeeld S.C.J.J. Kortmann. e.a. (red.), *De curator: een octopus*, Deventer: Kluwer 1996

Dossieranalyse (vragen A, B 1-4)

De resultaten van de literatuurverkenning zijn ook benut voor het opstellen van een lijst met indicatoren voor misbruik en fraude, die vervolgens zijn gebruikt om een aandachtspuntenlijst op te stellen voor de analyse van een groot aantal faillissementsdossiers. Dit onderzoeksformulier is daarnaast gebaseerd op oriënterende interviews met enkele curatoren.

Uitgangspunt voor het dossieronderzoek waren, evenals indertijd voor Berghuis & Paulides (1983), recentelijk *beëindigde* faillissementen. Alleen dan is het dossier compleet. Op basis van beschikbare Cbs-cijfers is het aantal in 2004 beëindigde faillissementen bij de start van het onderzoek geschat op 5000, waarvan dan ongeveer 3000 BV's, NV's, stichtingen of buitenlandse rechtspersonen zouden betreffen.

Gelet op zowel de regionale verdeling van faillissementen (de helft in de Randstad, slechts een tiende in Noord-Nederland) als de verdeling van aantallen zaken over de rechtbanken, is besloten het dossieronderzoek bij negen rechtbanken te verrichten: twee grote (Amsterdam, Rotterdam), twee middelgrote (Arnhem, Den Bosch) en vijf kleinere (Assen, Almelo, Groningen, Maastricht en Zwolle). Gezamenlijk handelen zij iets meer dan de helft van de zaken af. De selectie van zaken binnen het jaar 2004 heeft plaatsgehad door alle faillissementen te selecteren die in de periode van 1 januari tot en met 31 juli 2004 waren beëindigd. Rekenmatig kon er dan vanuit worden gegaan dat bij de genoemde rechtbanken 914 dossiers zouden worden aangetroffen die voor nader onderzoek in aanmerking kwamen. Later is op basis van de feitelijk aangetroffen aantallen besloten ook de in de maand augustus 2004 beëindigde faillissementen in het onderzoek te betrekken.

Uiteindelijk zijn 868 dossiers bestudeerd. Bij alle rechtbanken is getracht de dossiers van de onderzoeksperiode zo volledig mogelijk ter beschikking te krijgen. De onderzoekers waren daarbij overigens afhankelijk van de toelevering door het archief van de desbetreffende rechtbank en hadden niet altijd de mogelijkheid na te gaan of daadwerkelijk alle dossiers over de periode ter beschikking zijn gesteld.¹² De dossiers zijn onderzocht aan de hand van een gestructureerd onderzoeksformulier. Dit was gebaseerd op voorafgaande literatuurstudie en een aantal oriënterende interviews met ervaren curatoren. Daarbij zijn in eerste instantie de periodieke verslagen van de curator geraadpleegd en zonodig ook de overige stukken in het dossier, met name de correspondentie van de curator met derden en, waar deze bij sommige rechtbanken deel uitmaakten van het dossier, de aantekeningen van de contacten tussen curator en rechter-commissaris. De relevante gegevens zijn per dossier op het formulier genoteerd en deels elektronisch geregistreerd en verwerkt.

Bij de informatie uit de dossiers moet worden aangetekend dat curatoren soms redenen hebben om, ook als zij wederrechtelijk gedrag vermoeden, daarvan geen aantekening te maken in hun verslag. Dat betekent dat mag worden aangenomen dat het beeld dat op basis van de dossiers wordt verkregen een onderschatting zou kunnen opleveren van de mate waarin dat gedrag door curatoren wordt waargenomen of vermoed. In een later stadium is getracht dit te

¹² In één geval waarin de aangetroffen dossiers zijn vergeleken met het - mede op basis van cijfers van voorgaande jaren - berekende aantal (de 'verwachting'), kwam het percentage 'gevonden' faillissementen uit op 85%. Ter verklaring van het verschil van 15% kan op enkele mogelijkheden worden gewezen: het kan zijn dat in de maanden september tot en met december relatief meer faillissementen van BV's worden beëindigd, het percentage rechtspersonen kan inmiddels lager zijn geworden dan dat van 53,8 dat bij de berekening is gehanteerd, het kan zijn dat de onderzoekers sommige dossiers niet hebben gekregen omdat ze nog elders lagen, bijvoorbeeld omdat het salaris van de curator nog moet worden berekend. Er is echter weinig aanleiding om te veronderstellen dat de 'gemiste' dossiers bijzonder afweken van de bestudeerde dossiers. Voor een methodologische verantwoording zie verder hoofdstuk 3.

compenseren door, in een honderdtal gevallen waarin de informatie niet consistent leek of waarin de curator wel constateerde dat zaken waren verdwenen maar geen actie had ondernomen, de curator schriftelijk te benaderen met aanvullende vragen over de zaak. De resultaten daarvan worden gepresenteerd in hoofdstuk 5, in aanvulling op de resultaten van het dossieronderzoek in hoofdstuk 4.

Analyse van beschikbare data (vragen A, B 5-8)

Voor de beantwoording van een aantal vragen, met name over het aantal aangiftes en de afhandeling daarvan, is informatie opgevraagd bij het WODC. Ook is bij UWV, belastingdienst en FIOD/ECD geprobeerd cijfermatig materiaal te achterhalen. Helaas waren deze instanties, om verschillende redenen, niet in staat de gevraagde cijfermatige informatie te produceren. Deels (met name FIOD/ECD) omdat men zelf een onderzoek naar de thematiek onder handen heeft dat op het moment van afronding van het onderhavige onderzoek nog niet was afgerond. UWV en belastingdienst registreren weliswaar informatie, maar niet op het niveau waarop de door de onderzoekers gewenste informatie zich bevond.

Voorts is de dienst Justis van het ministerie van Justitie gevraagd de bevindingen uit het dossieronderzoek tegen die uit het eigen bestand 'Vennoot' (zie § 2.3.1) te leggen. Voor een aantal zaken, met name die welke door de onderzoekers als 'dubieus' waren gekwalificeerd, heeft men dit ook gedaan (zie § 5.2).

Half-gestructureerde interviews (vragen A 1, A5, B 4-5, C)

Met name voor de beantwoording van de onderzoeksvragen onder C zijn gesprekken gevoerd met functionarissen die in hun werk met de bestrijding van faillissementsfraude te maken hebben. In de aantallen gesprekken is gezocht naar een evenwicht tussen enerzijds functionele of regionale spreiding en anderzijds efficiency. Met name voor de gesprekken met curatoren is, gezien hun sleutelpositie in het proces, een ruimer aantal gereserveerd. Uiteindelijk zijn de volgende functionarissen geïnterviewd:

o medewerkers Min. van Justitie (fraudebeleid / databestanden)	2
o curatoren	11
o rechters-commissarissen	3
o FIOD/ECD	2
o OM/ politie	3
o Bureau BIBOB	1
o medewerkers belastingdienst	3
o medewerkers UWV	2
o accountants	2
o medewerkers integriteitsbewaking gemeenten/provincies	1
o juridisch medewerker FNV Bondgenoten	1

Voor de selectie van de curatoren is de volgende werkwijze toegepast. Aan het bestuur van de organisatie van curatoren INSOLAD is gevraagd een lijst te verstrekken met de namen van tien curatoren die regelmatig te maken hebben met zaken waarin misbruik of fraude aan de orde is en die in staat zouden zijn met enige 'distantie' te praten over hun praktijk. Met acht curatoren uit de door INSOLAD verstrekte lijst zijn gesprekken gevoerd. Daarnaast heeft een ervaren curator, met wie het onderzoeksteam al contact had, twee namen genoemd en is ook de eveneens ervaren curator die deel uitmaakte van de begeleidingscommissie om twee namen gevraagd. De keuze voor 'curatoren met ervaring' impliceert dat de geïnterviewde curatoren

niet vanzelfsprekend als representatief kunnen worden beschouwd voor de verzameling van alle Nederlandse curatoren; het informatiegehalte van de gesprekken heeft voorrang gekregen boven een streven naar 'afspiegeling'.

Bij de selectie van respondenten ten behoeve van de overige interviews is, mede gelet op de geringe aantallen per categorie, vooral gelet op ervaring 'in het veld'. Daarbij is een beroep gedaan op de deskundigheid van de leden van de begeleidingscommissie van het project.

Methodologische verantwoording

Getracht is de onderzoeksvragen op verschillende manieren te beantwoorden – zowel kwantitatief als kwalitatief, waar mogelijk ondersteund door literatuur. Daarnaast zijn bij elk stap in het onderzoek meerdere onderzoekers tegelijk betrokken geweest. Zo hebben alle onderzoekers delen van de relevante literatuur bestudeerd, waarbij in sommige gevallen ook geput is uit de parate kennis van collega's van de Faculteit Rechtsgeleerdheid. De dossiers zijn bestudeerd door vijf verschillende onderzoekers. De vragenlijsten zijn in samenspraak tussen meerdere onderzoekers ontworpen, en vervolgens voorgelegd aan deskundigen en aan de leden van de begeleidingscommissie. De interviews zijn uitgevoerd door drie onderzoekers.

In methodologische terminologie is dus sprake van zowel methodische als onderzoekstriangulatie. Elke deel van het onderzoek wordt vanuit meerdere (en bij voorkeur ten minste drie) hoeken belicht. Een dergelijke aanpak is een methode om eenzijdigheden in de data zo veel mogelijk te voorkomen. Ook in de analysefase zijn alle onderzoekers betrokken geweest, zodat de bevindingen en conclusies zoveel mogelijk door een kritische beschouwing zijn onderbouwd.

1.6

OPBOUW VAN HET RAPPORT

Het voorliggende rapport bestaat uit zes onderdelen. Hoofdstuk 2 bevat een overzicht van de informatie over faillissementsfraude tot en met 2003, van het juridische kader, en van een aantal bestaande mogelijkheden tot preventie van faillissementsfraude. In hoofdstuk 3 volgt een beschrijving van het bestand van de onderzochte faillissementen. Om de kwaliteit van het bestand te testen, wordt het op een aantal punten vergeleken met gegevens van het Cbs, dat tezelfdertijd onderzoek heeft verricht naar faillissementen in 2004. Hoofdstuk 4 bevat de belangrijkste bevindingen uit het dossieronderzoek: aard en omvang van de problematiek, achtergronden die wellicht samenhangen met faillissementsfraude en misbruik van faillissement, en ten slotte een poging om vast te stellen of al dan niet sprake is van een toename van het probleem. Omdat, zoals al is aangegeven, de kwaliteit van de dossiers in sommige gevallen te wensen overliet, is gepoogd de bevindingen uit hoofdstuk 4 te verstevigen door aanvullende informatie in te winnen bij curatoren en bij de dienst Justis van het ministerie van Justitie. De bevindingen van dit aanvullende onderzoek zijn opgenomen in hoofdstuk 5. Hoofdstuk 6 gaat uitgebreid in op de positie van de curator: welke acties onderneemt deze bij (een vermoeden van) faillissementsfraude, en welke factoren leiden ertoe dat de curator al dan niet tot actie overgaat. Hoofdstuk 7 beschrijft de positie van andere actoren, zoals UWV, belastingdienst en FIOD/ECD. In hoofdstuk 8, ten slotte, worden de bevindingen uit de zes inhoudelijke hoofdstukken samengevat en wordt een aantal conclusies getrokken.

2 Faillissementen en faillissementsfraude: literatuur, indicatoren en juridische regeling

Metselbedrijf 'De onderste steen' heeft een geschiedenis van bijna 100 jaar. Een typisch vader-op-zoon bedrijf. Van de grond af opgebouwd, hard werken, langzaam groeien. Onder de jongste telg echter gaan de zaken de laatste jaren niet geweldig: metselwerk wordt steeds meer vervangen door betonbouw, de vraag neemt af. De vader van de huidige eigenaar is al een paar keer bijgesprongen met onderhandse leningen aan het bedrijf, maar een faillissement lijkt onafwendbaar. Voordat 'De onderste steen' ten onder gaat, besluit de eigenaar zijn vader de leningen terug te betalen. De overige schuldeisers blijven met lege handen achter.

Ook computerbedrijf 'De zinkende chip BV' lijkt het hoofd niet langer boven water te kunnen houden. Gelukkig schiet een bedrijvendokter de eigenaar te hulp. Hij neemt het bedrijf voor een zacht prijsje over, op voorwaarde dat de huidige eigenaar buiten de boeken om het bedrag weer terugbetaalt – en liefst nog wat meer. De nieuwe eigenaar wijzigt de naam van het bedrijf, en koerst aan op een snel faillissement. Ondertussen heeft hij een nieuw bedrijf opgericht onder de naam 'De zingende chip BV'. Het nieuwe bedrijf neemt de orderportefeuille en het personeel over, maar besluit geen premies te betalen. Wanneer de uitvoeringsorganisatie na enige maanden doorkrijgt dat de premiebetalingen uitblijven, gaat ook 'De zingende chip BV' failliet.

Faillissementen kunnen worden gezien als procedures voor de afwikkeling van zakelijke teleurstellingen. Ze gaan dan ook onvermijdelijk gepaard met individuele pogingen de omvang van de teleurstelling te beperken, ook als dat ten koste gaat van anderen. In het geval van 'De onderste steen BV' kan men zich voorstellen dat de zoon zijn vader op de valreep diens geld teruggeeft. Zo heeft pa ten minste niet al die jaren voor niets gewerkt. Ook de oorspronkelijke eigenaar van 'De zinkende chip BV' komt zelf relatief gunstig weg, en zijn werknemers behouden hun baan. Hoe de nieuwe eigenaar het bedrijf weer op de rails krijgt, dat is niet zijn probleem. Dat deze de UWV grotelijks benadeelt, daar heeft hij geen weet van.

Faillissementen kunnen op verschillende wijzen worden afgewikkeld. Hoewel de handelswijze van de oorspronkelijke eigenaren misschien te begrijpen is, is de uiteindelijke afwikkeling niet alleen moreel maar ook juridisch een kwalijke zaak. Het geval van 'De onderste steen BV' is moreel dubieus omdat de overige schuldeisers met lege handen achterblijven. Ook juridisch heeft de eigenaar echter een scheve schaats gereden – er is wellicht geen sprake van evidente fraude, maar wel van onrechtmatige onttrekking van activa. In de literatuur wordt een dergelijk geval wel 'gelegenheidsfraude' genoemd.¹³

De eigenaar van 'De zinkende chip BV' op zijn beurt had kunnen vermoeden dat er meer achter zat - al is het maar dat hij buiten de boeken om de verkoopprijs moest terugbetalen. Dat de 'bedrijvendokter', ten slotte, laakbaar heeft gehandeld is evident. Het is een opzette dat in de praktijk regelmatig blijkt voor te komen.¹⁴ Er wordt bewust gebruik gemaakt van het faillissement om zich ten koste van anderen te verrijken. Er is, kortom, rondom faillissementen

¹³ *Justitiële verkenningen* (2000), jg. 26, nr. 2, bijlage 2, p. 89

¹⁴ Vgl. *ibid.*, p. 92

sprake van diverse vormen van kwalijk en verwijtbaar gedrag, van misbruik en fraude, die het verdienen voorkomen en bestreden te worden.

In dit hoofdstuk wordt allereerst - op basis van de informatie die daarover uit *andere* bron dan het onderhavige onderzoek beschikbaar is - aangegeven in hoeveel faillissementen sprake is van fraude of, beter, van strafbare benadeling (§ 2.1). In § 2.2 wordt nader uitgewerkt welke vormen van faillissementsfraude in de praktijk voorkomen, en op grond van welke indicatoren men zou kunnen vermoeden dat wellicht sprake is van fraude of andere vormen van strafbaar handelen. Deze indicatoren zijn ook gebruikt bij het dossieronderzoek dat wordt beschreven in hoofdstuk 4. De paragrafen 2.3 en 2.4 gaan in op de juridische aspecten rond faillissementsfraude – ten eerste de civielrechtelijke, ten tweede de strafrechtelijke kant van de zaak. In § 2.5 ten slotte passeert een aantal maatregelen om faillissementsfraude te voorkomen de revue.

2.1

AANTAL GEVALLEN VAN ‘FAILLISSEMENTSFRAUDE’

Uit verschillende bronnen blijkt dat in een niet onaanzienlijk aantal faillissementen sprake is van ‘fraude’, of op zijn minst dubieuze handelingen. Een belangrijke bron vormen de gegevens van het Cbs, dat al sinds begin jaren '90 een statistiek bijhoudt van het aantal faillissementen in Nederland. Anno 2002, de laatste peildatum vóór aanvang van het onderhavige onderzoek, gingen blijkens gegevens van het Cbs 2188 vennootschappen failliet. Het Cbs schatte het percentage faillissementen dat werd veroorzaakt door ‘dubieuze handelingen/lege BV’s’ op ongeveer 3%.¹⁵ Het percentage faillissementen waarbij sprake is van *vermoedelijk strafbare benadeling* is hoger. Het is immers ook denkbaar dat een onderneming weliswaar gewoon failliet gaat door economische of andere niet-dubieuze oorzaken, maar dat in het zicht van het faillissement onrechtmatig goederen worden onttrokken aan de boedel. Het gemiddelde percentage faillissementen met vermoedelijk strafbare benadeling over de periode 1994-2002 is 9,0% voor vennootschappen en 9,1% voor éénmanszaken.¹⁶ De piek in het percentage faillissementen waarbij vermoedelijk sprake was van strafbare benadeling, lag rond 1998.

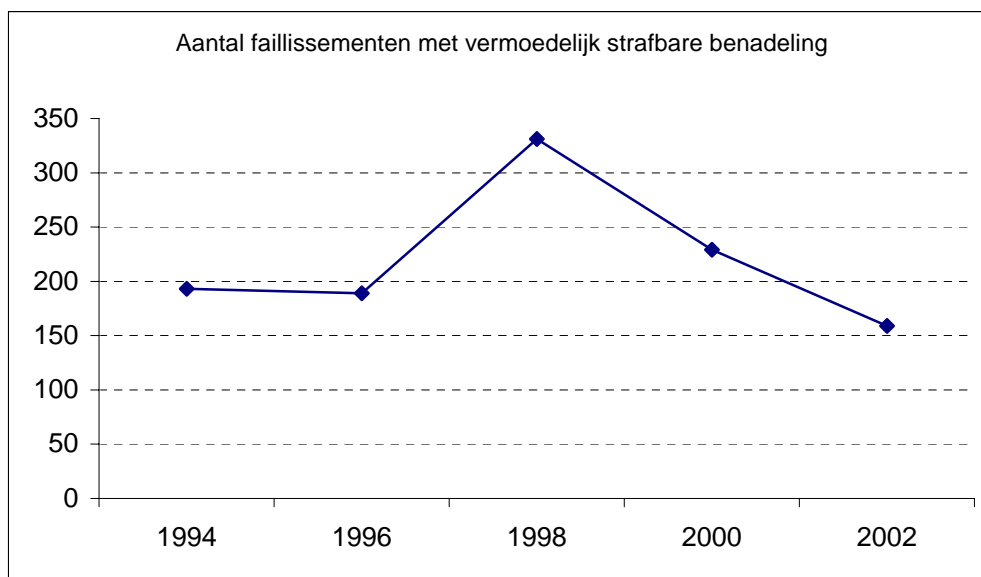
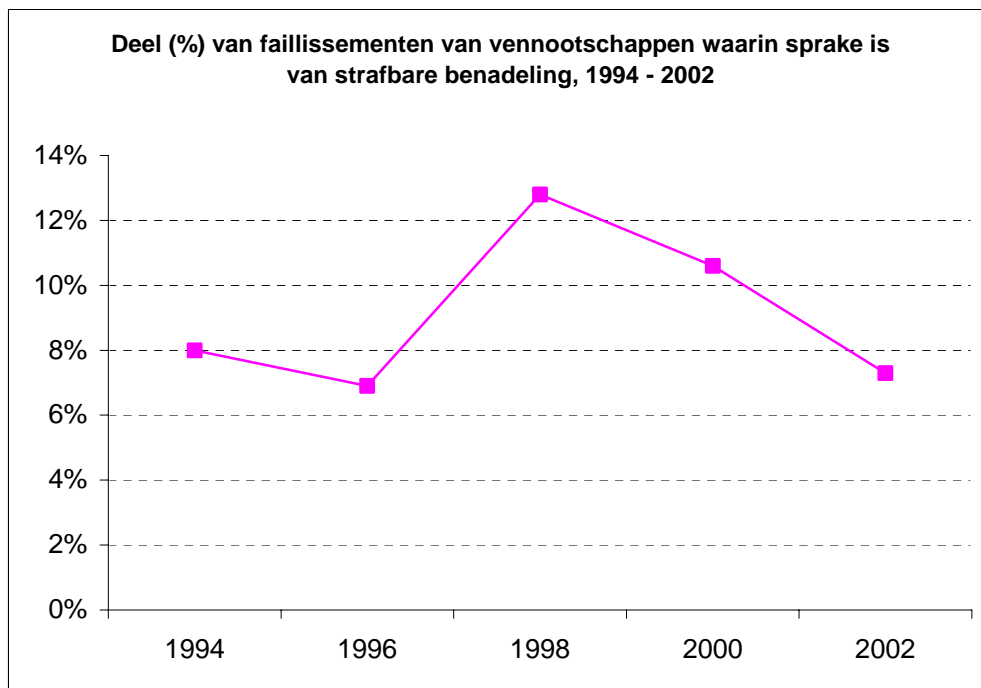
Tabel 2.1.1: faillissementen met vermoedelijk strafbare benadeling

	Totaal aantal faillissementen vennootschappen	Vermoedelijk strafbare benadeling	%
1994	2403	193	8,0
1996	2756	189	6,9
1998	2584	331	12,8
2000	2173	229	10,6
2002	2188	159	7,3
gemiddeld		220,2	9,1

Bron: Cbs Statline, Faillissementen: schulden, rechtsvormen en behandelingsduur

¹⁵ Het percentage schommelde in de jaren 1998-2002 tussen 4 en 2,6%. Cbs (2002), Faillissementen: oorzaken en schulden in 2002, p. 8

¹⁶ Cbs, *Faillissementen: oorzaken en schulden in 2002*, Voorburg/Heerlen: Cbs 2002 p. 15



Het Cbs-percentage van ten minste 9% gevallen van vermoedelijk strafbare benadeling is naar alle waarschijnlijkheid echter te conservatief, aangezien het Cbs alleen die zaken meetelt waarbij de curator blijkens de dossiers op enigerlei wijze actie heeft ondernomen.¹⁷ Zoals verder in dit onderzoek zal worden aangegeven, nemen curatoren in veel gevallen echter géén actie, zodat het feitelijke percentage waarschijnlijk hoger is. In een onderzoek van de ECD uit 1996 wordt 10% van de faillissementen 'in strafrechtelijke zin onderzoekswaardig' geacht.¹⁸

¹⁷ Strafbare benadeling is met ingang van 2004 nader gespecificeerd: bij bestuurdersaansprakelijkheid, paulianus handelen of onrechtmatig handelen is een schikking of een succesvolle procedure geweest of de curator heeft aangifte gedaan (Cbs Statline).

¹⁸ *Justitiële verkenningen* (2000), jg. 26, nr. 2, bijlage 2, p. 91

Onderzoek van Blom geeft aan dat curatoren in één op de vijf faillissementen ‘aspecten van fraude’ signaleren. Zeven op de tien faillissementen bevatten ‘aspecten van benadeling’.¹⁹ Een overzicht van de *oorzaken* van faillissement levert volgens Blom een percentage van 10,7 voor ‘fraude-oorzaken’.²⁰ Dat is dus aanmerkelijk hoger dan de drie procent die het Cbs signaleert. Deels wordt dit verklaard doordat Blom in Zijn berekening ook fraude door werknemers of administrateurs meeneemt, zodat het percentage faillissementen dat is veroorzaakt door *opzet* door de bestuurder allicht lager zal zijn. In onderzoek uit 1996, ten slotte, is sprake van 29% ‘mogelijke onregelmatigheden of wanbeleid’.²¹ Wanbeleid is echter als zodanig nog geen fraude, zoals in § 2.2 zal worden aangegeven.

Een totale schadelast van frauduleuze faillissementen is moeilijk aan te geven. In 1996 schatte de ECD de schade als gevolg van frauduleuze handelingen bij faillissementen op 500 miljoen gulden (226 miljoen Euro). Dit bedrag betrof echter ten dele ook faillissementen bij andere rechtspersonen dan in het onderhavige onderzoek. Het gemiddelde schadebedrag als gevolg van fraude werd geschat op 400.000 gulden (ruim € 180.000) per geval. Dit werd gezien als onderschatting van de werkelijke schade.²²

In ieder geval geven de cijfers van het Cbs uit dezelfde periode aanmerkelijk hogere bedragen (zie tabel 2.1.2). De gemiddeld onbetaalde schuld bij vennootschappen waarin een vermoeden rees van strafbare benadeling beliep ongeveer het drievoudige. Over de periode 1992-2002 is de gemiddelde onbetaalde schuld bijna € 500.000. Dit is zo’n € 60.000 hoger dan gemiddeld bij faillissementen zónder strafbare benadeling. Over de periode 1992-2002 is de onbetaald gebleven schuld als gevolg van dubieuze faillissementen ongeveer 10% van de totale onbetaald gebleven schuld. Daarmee is echter nog niet gezegd dat de *schade* als gevolg van strafbare handelingen gelijk is aan de totale onbetaald gebleven schuld. Zoals al vaker aangegeven is immers denkbaar dat strafbare handelingen niet als doel hadden het bedrijf naar het faillissement te voeren – het kan ook onttrekkingen aan de boedel betreffen die niet als zodanig ‘frauduleus’ in engere zin zijn maar veeleer ‘paulianeus’. Over het precieze onderscheid in vormen van ‘fraude’ handelt het volgende hoofdstuk.

Tabel 2.1.2: Onbetaalde schuld na faillissement

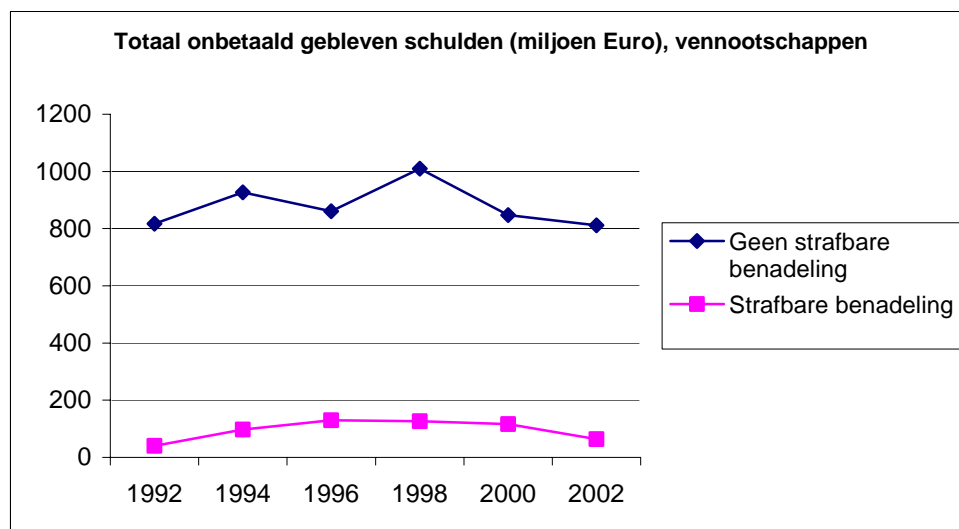
	Schuldbedragen (strafbare benadeling)		Schuldbedragen (geen strafbare benadeling)		% strafbaar
	Totaal onbetaald gebleven schuld (miljoen Euro)	Gemiddeld onbetaalde schuld totaal	Totaal onbetaald gebleven schuld (miljoen Euro)	Gemiddeld onbetaalde schuld totaal	
1992	39,8	€ 465.000,00	816,8	€ 548.100,00	4,6%
1994	96,9	€ 502.500,00	927,3	€ 419.600,00	9,5%
1996	129,4	€ 683.200,00	860,9	€ 360.700,00	13,1%
1998	126,8	€ 383.500,00	1.009,70	€ 448.300,00	11,2%
2000	116,6	€ 508.100,00	847,4	€ 436.000,00	12,1%
2002	64,3	€ 405.200,00	811,9	€ 400.100,00	7,3%
Gemiddeld 1992-2002	95,6	€ 491.250,00	879	€ 435.466,67	9,8%

¹⁹ R.J. Blom, *Faillissement: oorzaak en gevolg*, Amsterdam: Graydon 2004, p. 126

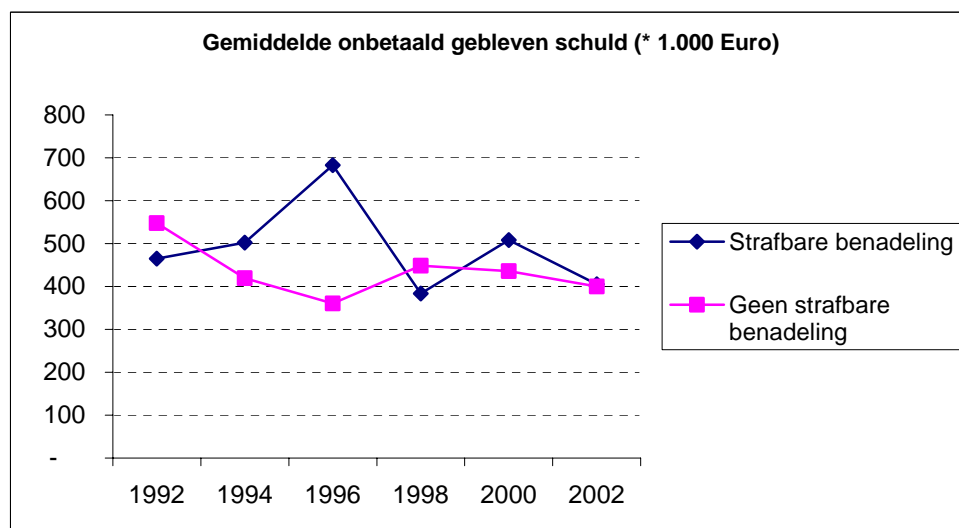
²⁰ R.J. Blom, *Faillissement: oorzaak en gevolg*, Amsterdam: Graydon 2004, p. 73

²¹ R. Knegt, *Faillissementen en selectief ontslag: een onderzoek naar 'oneigenlijk gebruik' van de Faillissementswet*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 1996, Aangehaald in *Justitiële verkenningen* (2000), jg. 26, nr. 2, bijlage 2, p. 91

²² *Justitiële verkenningen* (2000), jg. 26, nr. 2, bijlage 2, p. 91



Bron: Cbs Statline



2.2

INDICATOREN VOOR FRAUDE EN MISBRUIK

De verschillende vormen van faillissementsfraude kunnen worden onderverdeeld naar type fraude, maar ook naar type fraudeur. In de publiciteit gaat de meest aandacht veelal uit naar de grootschalige gevallen waarbij sprake is van kwade opzet of waarbij bedrijven zijn opgekocht door handelaren in vennootschappen, 'bedrijvendokters', al dan niet met behulp van zogeheten 'katvangers'.²³ Het zijn bedrijven die bijvoorbeeld aanbatalingen op nog te leveren producten of diensten vragen maar nog voordat het tot levering komt failliet gaan. Het geld is veelal op slinkse wijze doorgesluisd en niet meer te traceren. Ook wordt gebruik gemaakt van een ondoorzichtig kluwen van BV's, waarbij zuster-BV's gebruik maken van elkaars diensten waarbij veel te hoge of juist te lage vergoedingen worden doorberekend, waardoor de ene BV veel winst maakt en de andere failliet gaat.

²³ *Justitiële verkenningen* (2000), jg. 26, nr. 2, bijlage 2, p. 89

Dergelijke vormen van gebruik van de onderneming voor benadeling van crediteuren lijken echter maar het topje van de ijsberg. In veel faillissementen is daarnaast sprake van zogeheten ‘gelegenheidsfraudeurs’ – een ondernemer die het hoofd niet meer boven water kan houden en, vlak voor het faillissement wordt uitgesproken, activa onttrekt aan de boedel.²⁴ Overigens hoeft het niet alleen de ondernemer zélf te zijn die het tij op deze manier ten eigen nutte probeert te keren. Een dergelijke vorm van fraude kan ook worden begaan door institutionele actoren, zoals financiële instellingen. Zo kan het bijvoorbeeld voorkomen dat een bank kort voor het faillissement verschillende overboekingen doet om op die wijze geld veilig te stellen. Andere debiteuren worden daardoor benadeeld.²⁵

Beide vormen van onrechtmatige benadeling, opzet én onregelmatigheden met betrekking tot de boedel, vallen onder de noemer ‘fraude’. Hilverda definieert faillissementsfraude als: “opzettelijk (inclusief voorwaardelijke opzet) en ongeoorloofd gedrag vóór of tijdens faillissement, waardoor faillissementschuldeisers opzettelijk of culpoos kunnen worden benadeeld.”²⁶ Onder ongeoorloofd gedrag kan óók worden begrepen het voeren van een zodanig slordige administratie dat niet meer te achterhalen valt welke inkomsten er zijn genoten en welke uitgaven nu gedaan zijn in het belang van de onderneming dan wel ter voldoening van privé-uitgaven. Niet altijd is duidelijk of sprake is van opzet, niet malafide slordigheid of simpelweg administratief gestuntel. In sommige gevallen zal sprake zijn van verwijtbaar gedrag, waarbij in ieder geval het eerste onder het kopje fraude kan worden geplaatst – er is immers sprake van opzettelijk en ongeoorloofd gedrag (het voeren van een deugdelijke administratie is immers verplicht op grond van artikel 2:10 van het Burgerlijk Wetboek).

Het is lang niet altijd direct duidelijk of sprake is van fraude – in ieder geval niet in de dossiers die zijn onderzocht in het kader van het onderzoek. Soms is het evident (of zelfs na strafrechtelijk onderzoek bewezen verklaard), maar soms ook is het een kwestie van een combinatie van omstandigheden die gezamenlijk een sterk vermoeden van fraude opleveren. Aan de ene kant dient de kwalificatie ‘fraude’ met de nodige terughoudendheid te worden gehanteerd. Aan de andere kant zou, indien slechts die gevallen worden meegenomen waarin de kwalificatie vaststaat omdat de fraudeur als zodanig is veroordeeld, dit een schromelijke onderschatting van de problematiek impliceren – te meer omdat, zoals in hoofdstuk 7 zal blijken, lang niet alle gevallen van ‘fraude’ strafrechtelijk worden vervolgd.

Enerzijds is er dus behoefte aan een methodiek om faillissement op een systematische wijze te classificeren, anderzijds zou het onderzoek zijn doel missen als alleen faillissementen als ‘frauduleus’ zouden kunnen worden gekwalificeerd waarin de rechter een veroordeling heeft uitgesproken. Om deze redenen is op basis van de literatuur en na gesprekken met een aantal ervaren curatoren voor de verschillende vormen van wederrechtelijke benadelingshandelingen een lijst van indicatoren opgesteld, aan de hand waarvan de onderzochte dossiers kunnen worden ingedeeld.

In de volgende subparagrafen wordt de lijst met indicatoren aangegeven voor de verschillende vormen, waarin onderscheid is gemaakt in:

- opgezet of gebruikt voor benadeling (§ 2.2.1)
- onregelmatigheden met betrekking tot de boedel (§ 2.2.2)
- misbruik van faillissement (§ 2.2.3)
- onbehoorlijk bestuur (§ 2.2.4).

²⁴ *Justitiële verkenningen* (2000), jg. 26, nr. 2, bijlage 2, p. 89

²⁵ *Ibid.*

²⁶ C.M. Hilverda,(red), *Faillissementfraude in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2001

Voor de goede orde zij hier alvast vermeld dat veel van de onderstaande indicatoren *op zichzelf* niet noodzakelijkerwijs misbruik of oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht opleveren. Nadere kwalificaties die daar wel op kunnen wijzen, zijn opgenomen achter plusjes ('+'). Daarnaast vormen de indicatoren aan de hand waarvan de onderzoekers hun materiaal hebben verzameld, zoals de naam al zegt, een *indicatie*. De onderzoekers waren en zijn niet in de positie te bepalen of een gesignaleerd handelen ten volle aan een strafrechtelijke delictsomschrijving beantwoorde. Zij konden alleen aangeven in welke mate de relevante feiten en omstandigheden in een zaak aanwezig waren en, op basis daarvan, dat met een voldoende mate van *waarschijnlijkheid* van 'fraude', 'misbruik' of 'onbehoorlijk bestuur' sprake was.

2.2.1

OPGEZET OF GEBRUIKT VOOR BENADELING

De meest vergaande vorm van faillissementsfraude is die waarin het opzetten en failliet laten gaan van een BV deel uitmaken van een vooropgezet plan boedelcrediteuren door middel van faillissement te benadelen. Bij deze vorm van fraude kan nog onderscheid worden gemaakt in twee types al naar gelang een BV is *opgezet* met het oogmerk van benadeling van crediteuren dan wel daarvoor alleen is *gebruikt*.

Opzet blijkt in de praktijk soms lastig te bewijzen. Als een BV bijvoorbeeld systematisch nalaat middelen te reserveren voor belastingen en/of sociale-verzekeringspremies, is dat dan slordig of kwade opzet? Wanneer een horecagelegenheid te hoge pacht aan een verpachter betaalt, om een ander voorbeeld te noemen, kan dat ook komen doordat de uitbater simpelweg een slecht businessplan heeft gemaakt. En wanneer is een managementfee aan een beheersmaatschappij aan de hoge kant of juist verdacht hoog? Of wanneer is een BV, bij verkoop aan een derde, gewoon prijzig of opzettelijk overgewaardeerd zodat de verkopende partij flinke winst maakt en de koper snel failliet gaat?

Er is dus zelden een eenduidig oordeel mogelijk op de vraag of sprake is van fraude. Wel is een aantal indicatoren denkbaar, bijvoorbeeld dat de vennootschap in korte tijd failliet gaat. Om profijt te kunnen trekken van belasting- en premiefraude is het immers noodzakelijk dat de vennootschap failliet is of ten minste activa heeft doorgesluisd vóórdát de belastingdienst of UWV in actie komen. Hetzelfde geldt voor flessentrekkerij, waarbij een BV bedrijfsmiddelen inkoopt en onmiddellijk weer doorverkoopt zonder de leverancier te betalen. Ook zou een wijziging in de statuten vlak voor faillissement een aanwijzing kunnen zijn, omdat de aandeelhouders/bestuurders op die manier hun eigen rol in het faillissement willen maskeren (door gebruik te maken van een 'katvanger' of zich te verschuilen achter een stroman-directeur). Een voor de hand liggende indicator, ten slotte, is dat de bestuurder in het verleden bij andere faillissementen betrokken is geweest. Weliswaar maakt betrokkenheid bij eerdere faillissement als zodanig nog niet dat sprake is van structurele fraude, maar omgekeerd zullen de 'beroepsmatige' fraudeurs wél regelmatig bij een faillissement betrokken zijn.

Hieronder volgt een overzicht van de indicatoren voor faillissementen waarbij mogelijk sprake is van opzet of fraude door middel van de vennootschap. In § 4.2 zal worden gekeken in hoeverre deze indicatoren daadwerkelijk samenhangen met frauduleuze faillissementen.

Indicatoren voor fraude door middel van BV's/faillissementen:

- a. het kapitaal van een BV is in sterke mate anders dan in contanten ingebracht
- + de aandelen zijn niet volgestort
- + een accountantsverklaring is niet aanwezig
- + de curator acht de activa overgewaardeerd te zijn

- b. de BV is voortgekomen uit een (af)splitsing van een andere BV
 - + de verdeling van de activa die daarbij heeft plaatsgehad, is onevenwichtig
 - + de verdeling van de passiva die daarbij heeft plaatsgehad, is onevenwichtig
 - + de verdeling van het personeel over de BV's was onevenwichtig
 - + de BV heeft maar kort bestaan
 - + de BV maakt, blijkens onderzoek van de curator, deel uit van een netwerk van rechtspersonen

- c. er zijn aanwijzingen dat de BV zichzelf heeft voorbereid op haar ondergang:
 - + de BV heeft zelf haar faillissement aangevraagd (alleen in combinatie met andere indicatoren)
 - + er is een bestuurderswisseling geweest kort voor het faillissement
 - + er is een statutenwijziging geweest niet lang voor het faillissement

- d. een of meer bestuurder(s) van de BV zijn eerder betrokken geweest bij faillissementen van zichzelf of van andere rechtspersonen

- e. de curator maakt in zijn rapport melding van feiten of omstandigheden die hem reden geven van 'misbruik' te spreken
 - + de curator heeft nader onderzoek ingesteld of doen instellen
 - + de curator heeft overwogen bestuurders aansprakelijk te stellen of dat gedaan
 - + de curator heeft aangifte overwogen / gedaan

- f. de administratie van de BV ontbreekt of is onvolledig

- g. de jaarrekeningen zijn niet gedeponerd

- h. de curator heeft in het kader van het beheer van de boedel acties ondernomen waarvoor hij geen medewerking heeft gekregen van een of meer van de bestuurders

2.2.2

ONREGELMATIGHEDEN MET BETREKKING TOT DE BOEDEL

Onregelmatigheden met betrekking tot de boedel omvatten alle handelingen van de rechtspersoon met betrekking tot de boedel die voor of tijdens het faillissement opzettelijk worden verricht waardoor de boedel en daarmee de crediteuren worden benadeeld. Te denken valt aan

- voldoening van niet opeisbare schulden,
- inbetalinggeving of verkoop van activa ten behoeve van verrekening,
- verkoop van activa tegen een te lage prijs of via gefingeerde nota's,
- transacties met familie of andere gelieerde partijen,
- onrechtmatige transacties tussen de BV en haar bestuurders (bijvoorbeeld via het overwaarden van de inbreng van kapitaal),
- uitgaven in strijd met het doel van de gefailleerde rechtspersoon,
- 'buitensporige verteringen' of privé onttrekkingen.²⁷

²⁷ W.J. Bartels, 'Forensische accountancy', in: C.M. Hilverda, *Faillissementfraude in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2001

Ook in deze gevallen van onregelmatigheden met betrekking tot de boedel kan natuurlijk sprake zijn van opzet. Daarnaast kan sprake zijn van zogeheten paulianeuze handelingen. Een bestuurder handelt paulianeus wanneer hij onverplicht een rechtshandeling verricht vóór de faillietverklaring waarvan hij wist of behoorde te weten dat de schuldeisers daardoor zouden worden benadeeld. Het gaat om rechtshandelingen die binnen een jaar voor faillietverklaring zijn verricht. Op basis van de literatuur en gesprekken met curatoren is ten aanzien van dit type fraude onderstaande lijst van indicatoren geformuleerd:

Indicatoren voor onregelmatigheden met betrekking tot de boedel

- a. er hebben transacties plaatsgehad tussen de BV en haar bestuurders waarvan de curator in zijn rapportage aangeeft dat deze mogelijk onrechtmatig zijn;
+ de curator heeft aanwijzingen dat privé-uitgaven ten laste van de BV zijn gebracht
- b. er hebben transacties plaatsgehad tussen de BV en andere ondernemingen of personen tegen zodanige condities dat de curator in zijn rapportage aangeeft dat deze mogelijk onrechtmatig zijn;
+ er is sprake van verkoop van substantiële activa kort voor faillissement
+ de curator heeft aanwijzingen voor gefingeerde nota's
+ de curator heeft aanwijzingen dat in het zicht van het faillissement betalingen zijn verricht die de andere crediteuren benadelen
+ de curator heeft aanwijzing dat activa onder de marktwaarde zijn vervreemd
+ de curator overweegt nader boekenonderzoek of stelt dat in
- c. de curator heeft aanwijzingen dat er activa aan de boedel worden onttrokken dan wel dat daartoe pogingen worden gedaan
+ de curator ontdekt pas in de loop van zijn werk het bestaan van bepaalde activa
+ de curator overweegt actio Pauliana of stelt die in
+ de curator overweegt onrechtmatigedaadsactie of stelt die in
+ de curator overweegt aangifte of doet die
- d. de administratie van de BV ontbreekt of is onvolledig
- e. de jaarrekeningen zijn niet gedeponereerd
- f. de curator heeft in het kader van het beheer van de boedel acties ondernomen waarvoor hij geen medewerking heeft gekregen van een of meer van de bestuurders

2.2.3

MISBRUIK VAN FAILLISSEMENT

Wanneer een onderneming in betalingsmoeilijkheden verkeert, kan het voor de schuldenaar aantrekkelijk zijn om de onderneming via een faillissement in afgeslankte vorm voort te zetten. Het voordeel van zo'n doorstart is dat duurovereenkomsten op een eenvoudige wijze beëindigd kunnen worden. De opzegtermijnen voor huur- en arbeidsovereenkomsten zijn veel korter dan buiten faillissement en werknemers genieten minder bescherming tijdens het faillissement (geen wet overgang van ondernemingen en opzegverboden). Het is echter ook denkbaar dat de werkgever het faillissement gebruikt om personeel te 'lozen' of, om het

vriendelijker te zeggen, de ontslagbescherming te omzeilen. Niet alleen kent art. 40 van de Faillissementswet (Fw) kortere opzegtermijnen, ook hoeft de curator geen toestemming te vragen aan het CWI (art. 6, lid 2 sub c, BBA). Voorts ontloopt de werkgever de met het ontslag gepaard gaande kosten zoals vergoedingen op grond van de cao of een sociaal plan²⁸ of de vergoeding die de kantonrechter bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:685 BW) zou hebben opgelegd. Het omzeilen van de arbeidsrechtelijke bescherming kan onder omstandigheden misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) opleveren. Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend.

Het is niet altijd eenvoudig te beoordelen of inderdaad sprake is van misbruik. In veel gevallen immers zal het faillissement onvermijdelijk zijn als gevolg van de bedrijfseconomische en financiële toestand van de onderneming. Het ontslag van de werknemers is in dat geval het onvermijdelijke gevolg van de slechte toestand van de onderneming. Er is sprake van *misbruik* van faillissement als het faillissement wordt gebruikt als middel tot oneigenlijke beëindiging van lopende (duur)overeenkomsten (arbeids-, huur- of leaseovereenkomsten). 'Oneigenlijk' wil zeggen dat de financiële toestand van de rechtspersoon op het moment van de faillissementsaanvraag zodanig was dat zij haar verplichtingen uit deze overeenkomsten, inclusief de lasten die zouden voortvloeien uit reguliere beëindiging van deze overeenkomsten, had kunnen dragen zonder dat de continuïteit in gevaar zou zijn gekomen.²⁹

Misbruik is echter moeilijk te bewijzen. In het zogeheten Ammerlaan-arrest bepaalde het Hof dat de faillissementsaanvraag misbruik van bevoegdheid kan opleveren in het geval de faillissementsaanvraag *enkel* het vooropgezette doel heeft afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de betrokken werknemers.³⁰ Vaak zal de onderneming die goedkoop van haar personeel af wil komen, zich echter al in een moeilijke financiële positie bevinden en zal de faillissementsaanvraag niet uitsluitend maar mede ten doel hebben het personeelsbestand terug te brengen. In de arbeidsrechtelijke literatuur is sindsdien een discussie gaande over de vraag of in dat geval dan ook sprake is van misbruik van bevoegdheid. Volgens Kortmann en anderen is alleen sprake van misbruik als het faillissement met geen ander doel is aangevraagd.³¹ Wanneer een schuldenaar in een reële faillissementssituatie verkeert, kan geen sprake zijn van misbruik van faillissement. De aanhangers van de ruimere opvatting zoals Beltzer, van der Voet, Jacobs en Berends³² daarentegen zijn van mening dat sprake is van misbruik van faillissement wanneer het faillissement *hoofdzakelijk* wordt gebruikt om de werknemersbescherming te omzeilen. In het Digicolor-arrest³³ sluit de Hoge Raad aan bij de ruimere leer en oordeelt dat wel degelijk misbruik kan bestaan ook als de financiële situatie aanleiding geeft tot de aanvraag van het faillissement. Toch blijkt uit de jurisprudentie dat de rechter niet snel geneigd is een faillietverklaring te vernietigen wegens misbruik van bevoegdheid.³⁴

²⁸ HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662 (Van Gelder/Papier)

²⁹ H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming*, Deventer: Kluwer 1998, p. 89

³⁰ Een aantal werknemers van Ammerlaan Diensten BV stelde met succes een onrechtmatigedaadsactie in tegen de bestuurder die het faillissement van de vennootschap had aangevraagd kort nadat het was mislukt om de werknemers via de kantonrechter te ontslaan. Volgens het Hof had Ammerlaan inderdaad het *vooropgezette doel* om afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming (Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, JAR 1996, 58).

³¹ M.L. Lennarts en S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van bestuurders jegens werknemers wegens misbruik van faillissement (De Boek / Van Gorp), *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004, nr. 2, pp. 108-123

³² Vgl. o.a. A.J. Berends, Maatregelen tegen misbruik van insolventieprocedures, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2001/1 p. 12, p. 7-15

³³ HR 28 mei 2004, JOR 2004/216

³⁴ P.R.W. Schaink, H. Smolders, 'Faillissementstrends (3)', *Arbeidsrecht*, 2005-01, p. 23

Uit de literatuur en jurisprudentie kunnen echter wel indicatoren voor misbruik van faillissement worden afgeleid. Indien een of meerdere van de volgende situaties zich voordoen, zou dat kunnen duiden op misbruik van faillissement:

- voor faillissement is geprobeerd personeel te ontslaan door middel van opzegging, ontbinding of collectief ontslag;
- de bedrijfsactiviteiten van de onderneming worden voortgezet in een andere rechtspersoon of personenvennootschap door de bestuurders of verwante rechtspersonen;
- de merknaam van de onderneming wordt overgenomen;
- de onderneming wordt voortgezet zonder of met minder personeel;
- het plan tot doorstart bestond al voor het faillissement.

Dit leidt tot de volgende lijst van indicatoren voor ‘misbruik van faillissement’:

Indicatoren voor misbruik van faillissement:

- a. de BV heeft zelf haar faillissement aangevraagd
 - + dat is gebeurd na overleg met/op aandringen van de kredietverstrekker
 - + de curator maakt melding van een overschot aan personeel als één van de oorzaken van het faillissement
 - + voormalige bestuurders hebben zich bij de curator gemeld als kandidaten voor overname van een deel van de boedel
 - + de curator maakt melding van een voornemen tot ‘doorstart’
- b. over voortzetting van de onderneming is overleg gevoerd / zijn afspraken gemaakt tussen kredietverschaffers (crediteuren van de oude, dan wel investeerders in de nieuwe BV) en bestuurders van de gefailleerde BV
 - + de curator meldt dat deze afspraken ertoe strekken zijn mogelijkheden als bewindvoerder in te perken
- c. de activiteiten van (een deel van) de onderneming zijn voortgezet
 - + door een ‘verwante’ rechtspersoon
 - + via verkoop aan een of meer van de bestuurders van de failliete BV
 - + met overname van de handelsnaam
 - + de gefailleerde BV is niet lang voor faillissement van naam veranderd
- d. kort tijd voor de faillissementsaanvraag is zonder succes geprobeerd voor een deel van het personeel een ontslagvergunning of ontbindingsbeschikking te verkrijgen

2.2.4

ONBEHOORLIJK BESTUUR

Een bestuurder is verplicht zijn taak behoorlijk te vervullen (art. 2:9 BW). Indien een bestuurder zijn taak niet behoorlijk vervult, is hij aansprakelijk jegens de vennootschap, tenzij de tekortkoming in de taakvervulling niet aan hem te wijten valt. Onder onbehoorlijk bestuur valt onder andere:

- het niet voeren van een behoorlijke boekhouding;
- het niet voldoen aan de verplichting tot tijdige deponering van de jaarrekening;
- wanbeleid: als beslissingen van bestuurders getuigen van gebrek aan commercieel inzicht of aan zorgvuldige bedrijfsvoering;

- het aangaan van verplichtingen namens de BV wanneer vaststaat dat deze niet meer kunnen worden nagekomen.

Het eerste, veel voorkomend voorbeeld van onbehoorlijk bestuur is het niet of gebrekkig voeren van een administratie. Dit heeft tot gevolg dat de fiscus geen aanslag kan vaststellen en de UWV geen premies kan bepalen. Indien de bestuurder niet voldaan heeft aan zijn boekhoudverplichtingen of aan zijn verplichting de jaarrekeningen op tijd te publiceren en te deponeren, staat onweerlegbaar vast dat sprake is van onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Van bestuurdersaansprakelijkheid is dus sprake indien de bestuurder de administratie niet voldoende heeft bijgehouden, de jaarrekeningen niet op tijd heeft gepubliceerd of op een andere manier zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement: de administratie wordt zo slecht onderhouden dat een bedrijf daarmee eigenlijk niet bestuurbaar is. Daarmee is echter nog niet gezegd dat ook sprake is van fraude, vandaar dat een aparte categorie op zijn plaats is. Voor 'onbehoorlijk bestuur' is onderstaande lijst van indicatoren geformuleerd:

Indicatoren voor onbehoorlijk bestuur:

- a. de curator wijt in zijn rapport de ondergang van de BV aan ondeskundig bestuur
- b. de administratie van de BV ontbreekt of is onvolledig
- c. de jaarrekeningen zijn niet gedeponerd

2.3

CIVIELRECHTELIJKE ASPECTEN

Bij faillissementen is een centrale rol toebedeeld aan de curator. In het algemeen is de taak van de curator beschreven in de Faillissementswet (Fw). Artikel 68 Fw bepaalt dat de curator belast is met het beheer en de vereffening van de boedel. De primaire taak van de curator is dus het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De civiele middelen die de curator ter beschikking staan, kunnen daarbij een grote rol spelen. De curator dient echter ook rekening houden met de belangen van de failliet, die zijn belangen niet meer zelf kan behartigen omdat hij het beheer over zijn goederen kwijt is. Blijkens jurisprudentie dient de curator voorts rekening te houden met maatschappelijke belangen zoals werkgelegenheid.³⁵ Ten slotte zal de curator uiteraard ook rekening houden met zijn eigen belang. De werkzaamheden van de curator worden namelijk betaald uit de boedel. Een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de boedel impliceert niet als zodanig een hoger salaris – aanwezigheid van middelen in de boedel is echter wel een voorwaarde om tot betaling van het salaris te kunnen komen.

De genoemde overwegingen – het primaire belang van de boedel, het belang van de failliet, het maatschappelijk belang én het eigen belang – zullen ook meespelen bij de vraag wat een

³⁵ In de arresten Sigmacon I, Hr 12 mei 1989, NJ 1990,130 en Sigmacon II, HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, heeft de Hoge Raad bepaald dat de curator niet alleen rekening dient te houden met de belangen van schuldeisers maar ook met belangen van maatschappelijke aard waaronder continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid. In het arrest Leidsche Wolspinnerij HR 19 april 1996, NJ 1996,727 voegt de Hoge Raad hieraan toe dat aan het belang van werkgelegenheid voorrang kan worden verleend boven de belangen van individuele schuldeisers.

curator zal doen bij een vermoeden van faillissementsfraude. Is het zinvol aangifte te doen? Maatschappelijk gezien mag aangifte een 'plicht' van de curator lijken te zijn, vanuit de andere belangen zal er wellicht niet altijd aanleiding zijn om actie te ondernemen. Als in de perceptie van de curator de kans op strafrechtelijke actie gering is, zal de curator ook de kans dat op die manier onrechtmatig onttrokken activa terugvloeiën in de boedel gering achten.

Ook bij civielrechtelijke actie zal de curator rekening houden met de verschillende belangen en de mogelijke opbrengst van zijn inspanningen. Zo zal het in veel gevallen niet haalbaar zijn actie te ondernemen, omdat er te weinig activa in de boedel aanwezig zijn om de procedurele kosten te voldoen – al kan hij in sommige gevallen wel een beroep doen op garantstelling (zie § 2.3.3). Ook is civiele actie niet altijd *zinnig*, bijvoorbeeld als voorshands duidelijk is dat de actie toch niets zal opleveren. Aangezien civiele acties primair ten doel hebben ontvreemde activa terug te brengen in de boedel, zal dergelijke actie niet snel genomen worden – te meer omdat de kosten van die actie nog weer ten laste komen van de boedel.

2.3.1

CIVIELRECHTELIJKE ACTIES VAN CURATOREN

Wanneer de curator bij een vermoeden van faillissementsfraude desondanks besluit tot actie over te gaan (met name om activa terug te brengen in de boedel), heeft hij verschillende civiele mogelijkheden tot zijn beschikking: nader (boeken)onderzoek, de zogeheten 'actio pauliana', het aansprakelijk stellen van de bestuurder, en een vordering indienen op grond van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). In deze paragraaf worden de mogelijkheden van de curator en andere instanties nader uiteengezet.

Informatie inwinnen

Nadat een curator in een faillissement is aangesteld, is zijn eerste taak het verzamelen van gegevens over de failliete vennootschap. De curator kan deze informatie inwinnen bij instanties als de Belastingdienst, UWV en de accountant van de vennootschap. Ook kan de curator informatie inwinnen bij (ex-)werknemers en crediteuren. Voorts heeft de curator de mogelijkheid tot het doen of doen uitvoeren van boekenonderzoek en kan hij gebruik maken van het systeem Vennoot. Daarnaast bestaat sinds medio 2005 het zogeheten Centraal Insolventieregister (CIR).³⁶ Het CIR bevat de gegevens over faillissementen, surseances van betaling en schuldsaneringsregelingen van natuurlijke personen (in één woord insolventies genoemd) van alle rechtbanken.

Boekenonderzoek

In de eerste dagen na het faillissement dient de curator de boeken en bescheiden van de failliete vennootschap veilig te stellen en te bestuderen. Door boekenonderzoek krijgt de curator een beeld van de status van de administratie, van door de vennootschap verrichte de transacties, en van de jaarrekening (mits gepubliceerd). Op deze manier krijgt hij vlak na faillissement zicht op een eventuele fraude en kan hij beslissingen nemen omtrent aangifte, bestuurdersaansprakelijkheid of onrechtmatige daad. Eventueel kan de curator een accountant raadplegen bij het bestuderen van de administratie en bescheiden.³⁷ De kosten van dergelijk onderzoek komen ten laste van de boedel.

³⁶ <http://insolventies.rechtspraak.nl/>

³⁷ Zie voor de geheimhoudingsplicht van de accountant bij het verstrekken van informatie aan de curator: A.M. van Amsterdam (2004), 'Accountant en faillissement', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2004/1 p. 7

Systeem Vennoot

Het systeem Vennoot is een systeem van integriteitsbewaking ingesteld door het ministerie van Justitie om fraude, waaronder faillissementsfraude, op te sporen en aan te pakken. Vennoot bevat gegevens over vennootschappen en de natuurlijke personen die daarmee in verband staan. Vennootschappen kunnen door middel van dit systeem getoetst worden op betrouwbaarheid en integriteit en relaties tussen rechtspersonen en natuurlijke personen worden zichtbaar.³⁸ Systeem Vennoot heeft een wettelijke basis verkregen in de Wet Documentatie Vennootschappen (WDV).³⁹

Het Systeem Vennoot is gestart halverwege de jaren '80. Het systeem is oorspronkelijk opgezet als instrument voor preventief toezicht op vennootschappen, meer in het bijzonder middels het onderzoek voor de verklaring van geen bezwaar (thans art. 2 WDV). Nadien heeft het systeem, naast zijn rol in het preventief toezicht, een rol gekregen bij de bestrijding van faillissementsfraude en van misbruik van vennootschappen, bijvoorbeeld doordat het systeem helpt verbanden met andere (failliete) vennootschappen en natuurlijke personen aan het licht te brengen.⁴⁰

Dit laatste punt is ook voor faillissementscuratoren van groot belang. Wanneer een curator twijfelt of hij al dan niet een civiele of strafrechtelijke procedure tegen de bestuurders moet starten, kan het systeem Vennoot de (informatie)positie van de curator aanzienlijk versterken. Curatoren worden aangemerkt als vaste gebruiker van het systeem Vennoot. Zij kunnen het ministerie altijd verzoeken om informatie over de failliete vennootschap waarvan ze curator zijn.⁴¹

Actio Pauliana

Schuldenaren proberen schuldeisers soms te benadelen, bijvoorbeeld door in het zicht van het faillissement delen van de boedel tegen een te lage prijs te verkopen aan gelieerde vennootschappen, verwanten of bevriende derden, dan wel door het onverplicht betalen van rekeningen. Om de gevolgen van dergelijke onttrekkingen terug te kunnen draaien, heeft de wetgever in boek 3 van het BW de zogeheten Actio Pauliana opgenomen. Indien een schuldenaar bij het verrichten van een onverplichte rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daaraan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn, is de rechtshandeling vernietigbaar. De vernietigingsgrond kan worden ingeroepen door iedere door de rechtshandeling in zijn verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeiser, onverschillig of zijn vordering voor of na faillissement is ontstaan (art. 3:45 BW). De Actio Pauliana vernietigt de rechtshandeling alleen ten behoeve van de schuldeiser die een beroep heeft gedaan op de Actio Pauliana.

De Faillissementswet bevat een bijzondere vorm van deze Actio Pauliana, de faillissementspauliana (art. 42 Fw), die de crediteuren beschermt tegen benadeling door de failliet. De curator kan ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar onverplicht verricht en waarvan hij wist dat het zou leiden tot benadeling van schuldeisers door middel van een buitengerechtelijke verklaring vernietigen. De voldoening van een opeisbare schuld kan

³⁸ Het systeem bevat onder meer de volgende gegevens: naam van de BV, statutaire vestiging, feitelijke vestiging, bestuurders, aandeelhouders, doelomschrijving BV, notariskantoor, eventueel faillissement.

³⁹ Wet van 8 mei 2003, inwerking getreden op 1 januari 2005, Stb 2003, 203

⁴⁰ http://www.justitie.nl/themas/meer/Preventief_Toezicht_op_Vennootschappen.asp

⁴¹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28217, nr. 3, p. 11. Het systeem Vennoot valt onder de Wet persoonsregistraties (WPR). De verstrekker, i.c. de houder van Vennoot, is dus niet verplicht tot verstrekking van gegevens aan het openbaar bestuur. Gegevens die van derden afkomstig zijn, de zogenaamde waarschuwingen of signaleringen, worden niet verstrekt zonder voorafgaande toestemming van de desbetreffende informatieleverancier. Dit om te voorkomen dat bijvoorbeeld lopende strafrechtelijke onderzoeken worden verstoord.

slechts 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 anderen te begunstigen (art. 47 Fw).

Alleen de curator is bevoegd de faillissementspauliana in te roepen; individuele schuldeisers hebben deze bevoegdheid niet. De curator oefent de bevoegdheid immers uit ten behoeve van de boedel en daarmee ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.

Wanneer de curator een rechtshandeling op grond van Pauliana doet vernietigen, heeft de rechtshandeling nooit bestaan en komen de activa van rechtswege weer terug in de boedel. Soms is er echter een gerechtelijke procedure nodig om de zaken daadwerkelijk terug in de boedel te krijgen. De curator moet bewijzen dat de failliet wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling benadeling van de schuldeisers tot gevolg zou hebben. Dit is een zware bewijslast, volgens jurisprudentie is de enkele wetenschap van kans op benadeling niet voldoende.⁴² Bij meersijdige rechtshandelingen en eenzijdige tot één of meer bepaalde personen gerichte rechtshandelingen die anders dan om niet verricht zijn, is de bewijslast nog zwaarder. De curator moet dan eveneens bewijzen dat degene jegens of met wie de failliet de rechtshandeling verrichte, wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers daarvan het gevolg zou zijn (42 lid 2 Fw). Uit jurisprudentie blijkt dat er sprake is van benadeling van schuldeisers indien het actief van de boedel kleiner is dan het zou zijn geweest indien de gewraakte handeling niet was verricht.⁴³

Indien de curator een faillissementspaulianaprocedure overweegt kan hij, op grond van de garantstellingregeling curatoren, aanspraak maken op een voorschot van het ministerie van Justitie.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Als onderdeel van de Derde Misbruikwet (WBF)⁴⁴ zijn in 1987 de artikelen 2:138/2:248 in het Burgerlijk Wetboek ingevoerd. Deze artikelen regelen de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de boedel ten tijde van faillissement. De derde misbruikwet is gericht op bestuurders die opzettelijk rechtspersonen misbruiken en op de onverantwoordelijke roekeloze bestuurders.⁴⁵

De curator kan een vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid instellen, daarbij optredend in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Elke bestuurder is hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort van de boedel indien het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Indien de bestuurder niet voldaan heeft aan de administratieplicht (art. 2:10 BW) of publicatieplicht van de jaarrekening (art. 2:394 BW) treedt een dubbel rechtsvermoeden in. In de eerste plaatst ontstaat het onweerlegbare vermoeden dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. In de tweede plaats wordt weerlegbaar vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.⁴⁶ Bestuurdersaansprakelijkheid kan buitengerechtelijk ingesteld worden, in veel gevallen zal echter een gerechtelijke procedure volgen omdat de bestuurder onbehoorlijke taakvervulling ontkent. Bestuurdersaansprakelijkheid eindigt ook regelmatig in een schikking; curator en bestuurder komen dan overeen dat de bestuurder een bepaald bedrag betaalt tegen finale kwijtschelding van de aansprakelijkheid.

⁴² HR 17 november 2000, NJ 2001, 272

⁴³ J.B.Huizink, *Insolventie*, Deventer: Kluwer 2002 en HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654

⁴⁴ Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (wet van 16 mei 1986, Stb. 1986,275), opgenomen in de artikelen 2:138/2:148 BW.

⁴⁵ *Handelingen II*, 1991/92, Aanhangsel, 17050 nr. 147 p. 5

⁴⁶ P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2003.

De praktijkregels van de Vereniging voor Insolventieadvocaten (INSOLAD) bevatten regels omtrent het instellen van een procedure op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Volgens deze regels brengt goed curatorschap mee dat de curator steeds nagaat of er aanleiding bestaat een vordering in te stellen tegen de bestuurders en/of commissarissen van de failliete vennootschap. De curator mag pas overgaan tot aansprakelijkheidsstelling indien hij ervan overtuigd is dat de bestuurder zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld.⁴⁷

Onrechtmatige daad

Individuele crediteuren kunnen een vordering uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) jegens de bestuurders van de vennootschap instellen in geval een transactie is aangegaan namens de insolvente vennootschap en deze niet aan haar verplichtingen voldoet. De bestuurder is aansprakelijk indien hij namens de vennootschap een overeenkomst aangaat en bij het aangaan van de overeenkomst wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap niet binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij van de vennootschap ten gevolge van die wanprestatie zou leiden.

Naast de individuele crediteuren is de curator bevoegd ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen. Wanneer de curator dit doet, blijven individuele schuldeisers bevoegd zelf een schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad te vorderen. Er zal echter geen sprake meer zijn van schade en dus zal de vordering van de individuele schuldeisers afgewezen worden. Een onrechtmatige-daadsactie jegens de bestuurders van de failliete vennootschap is echter niet het meest effectieve middel. De bewijslast is namelijk zwaarder dan bij bijvoorbeeld bestuurdersaansprakelijkheid of pauliana. Bovendien is het middel, in tegenstelling tot de faillissementspauliana en bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de derde misbruikwet, niet specifiek geschreven voor faillissement. Wanneer de fraude echter mede gepleegd is door derden, bijvoorbeeld schuldeisers, kan de onrechtmatige-daadsactie een effectief middel zijn. Een curator is namelijk eveneens bevoegd een schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad te vorderen van derden die betrokken zijn bij benadelende handelingen.⁴⁸

Aansprakelijkheid van de curator

Ten slotte speelt nog mee dat, wanneer de curator bij een civiele actie de belangen van een betrokkene veronachtzaamt, hij het risico loopt zelf aansprakelijk gesteld te worden op grond van een onrechtmatige daad. Wanneer de curator aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad kan dit aan de boedel worden toegerekend maar ook aan de curator privé. Een onrechtmatige gedraging kan aan de rechtspersoon worden toegerekend indien de gedraging in het maatschappelijke verkeer heeft te gelden als een gedraging van de rechtspersoon.⁴⁹ Wanneer de curator persoonlijk een rechtsplicht heeft geschonden zal de onrechtmatige daad slechts toegerekend kunnen worden aan de curator privé.⁵⁰ Het risico om aansprakelijk gesteld te worden, zal zeker van invloed zijn op de keuzes die de curator maakt.

⁴⁷ Insolad, Praktijkregels voor curatoren hoofdstuk 5: Aansprakelijkheidsstelling van (ex) bestuurders en (ex) commissarissen, <http://www.insolad.nl/INSOLAD/index.html> 2004

⁴⁸ Hoge Raad 14-01-1983, NJ 1983,597 (Peeters qq/Gatzen)

⁴⁹ HR 6 april 1979, NJ 1980,34 (Kleuterschool Babel)

⁵⁰ Zie meer over aansprakelijkheid curator : S.O.H Bakkens, 'De aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen van de curator' in: S.C.J.J. Kortmann, e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

2.3.2

ROL OVERIGE PARTIJEN

Naast de curator spelen in het civielrechtelijke traject nog andere partijen een rol. Ten eerste de rechter-commissaris, als toezichthouder op de curator. Ten tweede belastingdienst en UWV als schuldeiser én als partijen met bijzondere bevoegdheden. Ten derde hebben uiteraard ook de overige schuldeisers een rol.

Rechter-commissaris

De rechter-commissaris in faillissement speelt op verschillende manieren een rol in faillissementen. De formele taak van de rechter-commissaris is toezicht op het beheer en vereffening van de boedel (art. 64 Fw). Veelal is hij, ten eerste, betrokken bij de selectie van de curator die het faillissement zal afwikkelen. Formeel is dit de verantwoordelijkheid van de rechtbank. De rechter-commissaris houdt vervolgens toezicht op de werkzaamheden van de curator. De curator is verplicht elk kwartaal een verslag van zijn bevindingen aan de Rechter-commissaris ter beschikking te stellen. Daarnaast heeft de curator voor sommige beslissingen de toestemming nodig van de rechter-commissaris, bijvoorbeeld wanneer hij aangifte wil doen of een procedure wil starten op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Voorts behoeft de curator een positief advies van de rechter-commissaris bij het aanvragen van een zogeheten garantstelling (zie § 2.3.3).

De rechter-commissaris speelt dus vooral een adviserende rol bij de beslissingen die genomen moeten worden omtrent vermoedens van faillissementsfraude. Door zijn adviezen kan de rechter-commissaris echter ook invloed uitoefenen op het verloop van de afwikkeling. Naast zijn adviserende taken heeft de rechter-commissaris tevens de mogelijkheid bestuurders te horen en eventueel in gijzeling nemen. Daarmee kan hij de curator te hulp schieten indien deze er niet in slaagt de bestuurder tot medewerking te bewegen, bijvoorbeeld indien de bestuurder weigert informatie te verstrekken.

Belastingdienst/UWV

De Belastingdienst is bij veel faillissementen als schuldeiser betrokken. De Belastingdienst geniet echter een bijzondere positie als schuldeiser, omdat hem meer middelen ter beschikking staan dan de overige schuldeisers. Hij heeft immers naast de civiele bevoegdheden die elke schuldeiser heeft ook nog fiscale bevoegdheden. Volgens artikel 3 Invorderingswet 1990 mag de Ontvanger van beide soorten bevoegdheden gebruik maken.

De eerste bevoegdheid die de Belastingdienst ter beschikking staat, is het doen van boekenonderzoek. Deze bevoegdheid heeft hij buiten faillissement en deze geldt onverkort wanneer de onderneming in staat van faillissement verkeert. Wanneer de Belastingdienst boekenonderzoek uitvoert, stelt hij de resultaten daarvan beschikbaar aan de failliet. Op deze manier kan de curator ook kennisnemen van de resultaten.⁵¹

De Belastingdienst kan voorts een bestuurder aansprakelijk stellen voor de belastingschuld. De beleidsregels van de Belastingdienst gaan ervan uit dat Belastingdienst en curator in dat geval overleggen wie het beste de bestuurders aansprakelijk kan stellen.⁵² De belastingdienst zal zich bij de keuze al dan niet boekenonderzoek uit te voeren mede laten leiden door de vraag of de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) of inleningsaansprakelijkheid in stelling kan worden

⁵¹ De curator kan tevens een diepgaander boekenonderzoek proberen te initiëren. Wanneer de curator namelijk aangeeft dat hij vermoedt dat sprake is van fraude, zal wellicht de FIOD/ECD genegen zijn zich over de zaak te buigen.

⁵² Zie voor samenloop WBA en WBF: Dorlo G.S.E (2000), WBA en WBF: aspecten van samenloop, *Tijdschrift voor Insolventierecht*, nr. 3 p. 86-95

gebracht én als er verhaalsmogelijkheden zijn waarvan de belastingschuld betaald kan worden.⁵³

Het tweede middel dat de Belastingdienst ter beschikking staat, is de mogelijkheid om bodembeslag te leggen. Wanneer een schuldenaar betalingsachterstand heeft, kan de Ontvanger der Belastingdienst opdracht geven aan de Belastingdeurwaarder beslag te leggen op alle goederen die zich voor of ten tijde van het faillissement op de bodem van de belastingschuldige bevinden. Een faillissementsbeslag neemt de plaats in van alle fiscale beslagen, met uitzondering van het bodembeslag.

De WBA verplicht rechtspersonen die niet in staat zijn premies of belastingen te voldoen, van deze betalingsonmacht melding te doen bij het UWV en/of de Belastingdienst. Wanneer de bestuurder geen melding heeft gedaan van betalingsonmacht wordt kennelijk onbehoorlijk bestuur vermoed en kan hij persoonlijk aansprakelijk gesteld worden voor de premieschulden.

Accountant

De accountant van een rechtspersoon moet op grond van een frauderichtlijn bedacht zijn op de mogelijkheid van fraude en dit in bepaalde gevallen melden bij een speciaal meldpunt voor fraude. Uit onderzoek blijkt echter dat faillissementsfraude evenveel voorkomt bij ondernemingen waarbij een accountant is betrokken als bij ondernemingen waarbij geen accountant is betrokken.⁵⁴ De rol van de accountant bij het opsporen van faillissementsfraude is derhalve gering. Uit onderzoek van de NivRA blijkt dat accountants zich onvoldoende aan de frauderichtlijn houden.⁵⁵

Samenwerking

Voor effectieve aanpak van faillissementsfraude is noodzakelijk dat de actoren bij het faillissement overleggen en samenwerken. Andere instanties, zoals Belastingdienst en UWV, kunnen de informatiestrategie van de curator aanzienlijk verbeteren. Dat leidt tot betere opbrengsten van de boedel. Ook zorgt overleg en samenwerking ervoor dat niet verschillende procedures naast elkaar gevoerd worden. Dit leidt tot overbodige kosten, waardoor schuldeisers minder van hun vordering voldaan zien krijgen.

Volgens Scharenborg zou deze samenwerking bereikt kunnen worden door het oprichten van een Landelijk Onderzoeksbureau Faillissementsfraude (LOFF).⁵⁶ Het LOFF zou een onderzoeksbureau zijn dat wordt bemand door forensische accountants, juristen en een IT-specialist. Door middel van deze multidisciplinaire bundeling van krachten worden faillissementen dan onderzocht op onrechtmatige handelingen. Het uitgangspunt van de LOFF is een tweesporenbeleid: informatieverstrekkend en ondersteunend.

⁵³ De Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (Wet van 21 mei 1986 Stb. 1986, 276), ook wel de tweede misbruikwet genoemd, geeft de Belastingdienst de mogelijkheid de bestuurders van een in betalingsonmacht verkerende onderneming aansprakelijk te stellen wanneer sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur (36 IV).

⁵⁴ E. Marseille en A.M. van Amsterdam (2001) 'Accountants en faillissementfraude' *MAB* 2001, p. 507-513

⁵⁵ Zie meer over de rol van de accountant in faillissement: van Amsterdam, A.M., (2004), 'accountant en faillissement' *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2004/1 p. 4-9

⁵⁶ M.H.G. Scharenborg, 'Het bankroet van de faillissementfraudebestrijding? Een pleit voor het oprichten van het LOFF', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2004, 61, p. 305-308.

Schuldeisers

De schuldeisers worden gedurende het faillissement vertegenwoordigd door de curator. De curator kan namens hen procedures aanhangig maken. De curator staan meer middelen ter beschikking dan de individuele schuldeisers. Zo kan alleen de curator gebruik maken van de faillissementspauliana, de bestuurdersaansprakelijkheid van 2:248 BW en de garantstellingsregeling.

De schuldeisers zelf hebben echter wel degelijk ook enige pressiemiddelen. Uiteraard kunnen zij de curator aansporen bepaalde beslissingen te nemen of procedures te starten. Ook kunnen zij een procedure uit onrechtmatige daad starten. Daarnaast zijn schuldeisers een belangrijke bron van informatie voor de curator.

2.3.3

GARANTSTELLING

Wanneer de curator voornemens is een procedure op grond van bestuurdersaansprakelijkheid in te stellen, kan hij een beroep doen op garantstelling van het UWV, de Belastingdienst of het ministerie van Justitie. De *Garantstellingsregeling curatoren* vloeit voort uit de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid en de Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement. De curator kan bij ontoereikendheid van de boedel een voorschot krijgen, zodat hij een (verhaals)onderzoek kan doen naar of een rechtsvordering in kan stellen vanwege:

- mogelijk onbehoorlijke taakvervulling door de schuldenaar
- een onverplichte rechtshandeling die vóór het faillissement heeft plaatsgevonden en waarvan de schuldenaar wist of behoorde te weten dat de schuldeisers daardoor benadeeld zouden worden (faillissementspauliana).

Wanneer de curator een beroep wil doen op de Garantstellingsregeling, dient hij een vragenlijst (vergezeld met een positief advies van de rechter-commissaris) naar het ministerie van Justitie te sturen. De afwijzingscriteria staan in artikel 2 van de Garantstellingsregeling. In de praktijk blijkt het centrale toetsingscriterium te zijn dat aannemelijk is dat er reële verhaalsmogelijkheden zijn, althans een reëel vooruitzicht daarop bestaat, en dat deze verhaalsperspectieven in een redelijke verhouding staan tot de gevraagde garantstelling.⁵⁷ Ook de belastingdienst en UWV kennen een garantstellingsregeling (zie § 2.3.2). Deze wijken op een aantal punten af van die van het ministerie, met name dat de proceskostengarantie van de belastingdienst alleen gebruikt kan worden voor het voeren van een procedure, terwijl de garantstellingsregeling van het ministerie ook gebruikt kan worden om een accountant in te schakelen en dergelijke additionele kosten. Voorts geldt dat de garantstelling van het ministerie de hele boedel ten goede komt, maar de proceskostengarantie van de belastingdienst als belangrijke eis stelt dat de belastingdienst zélf gebaat is bij de acties van de curator.

Voor een beoordeling van de garantstellingsregeling in de praktijk zie § 6.2.1.

Ook de Belastingdienst kan onder bepaalde voorwaarden een proceskostengarantie verstrekken aan de curator. Het beleid hieromtrent wordt weergegeven in de Leidraad Invordering 1990. Deze beleidsregels bepalen dat bij de beoordeling van een verzoek om proceskostengarantie als uitgangspunt dient te gelden dat de boedel bij de actie van de curator zodanig moet zijn gebaat,

⁵⁷ C.W.M. Slegers, 'De Garantstellingsregeling curatoren geëvalueerd,' *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2001-3, p. 90-94

dat de fiscus (een deel) van de in het faillissement ingediende vordering zal kunnen innen.⁵⁸ Indien sprake is van een verzoek om proceskostengarantie voor een procedure op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement, zal de Belastingdienst het verzoek afwijzen en de curator doorverwijzen naar het ministerie van Justitie.⁵⁹

2.4

STRAFRECHTELIJKE ASPECTEN

De civiele mogelijkheden van de curator zijn vooral op gericht op het terugbrengen van activa in de boedel. Als sprake is van een malafide faillissement zal het voor een curator echter niet zinvol zijn civiele actie in te stellen omdat er te weinig activa in de boedel aanwezig zijn. In deze gevallen staat de curator een aantal strafrechtelijke mogelijkheden ter beschikking. Deze zijn gericht op repressie en preventie en zorgen ervoor dat de frauderende bestuurders niet beloond worden met een opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten. Faillissementsfraude, in het Wetboek van Strafrecht aangeduid als bankbreuk, is strafbaar gesteld in titel XXVI van het Wetboek van Strafrecht: benadeling van schuldeisers of rechthebbenden (art. 340-349).

De bepalingen in titel XXVI beschermen drie belangen. Ten eerste wordt het openbaar krediet, dat wil zeggen het vertrouwen in de kredietverlening, beschermd. Het tweede belang dat gediend wordt met de artikelen 340-349 is bescherming van het vermogen van de schuldeisers. Ten slotte wordt ook het openbaar gezag beschermd: door zich niets aan te trekken van vragen van curator, bewindvoerder en rechter-commissaris wordt dit belang immers geschonden. De ratio van de bankbreukdelicten is de beteugeling van onnodige nadelige invloed van faillissementen op de kredietverlening in het algemeen en daardoor op de maatschappij als zodanig. In het Wetboek van Strafrecht is een onderscheid aangebracht tussen eenvoudige bankbreuk en bedrieglijke bankbreuk. De eenvoudige bankbreukdelicten, strafbaar gesteld in art. 340 en 342 gaan uit van grove onvoorzichtigheid (culpa). Deze onvoorzichtigheid wordt verondersteld en hoeft aldus niet ten laste gelegd of bewezen te worden.⁶⁰

Voor bedrieglijke bankbreuk, strafbaar gesteld in art. 341 en 343 is een materieel opzet geëist. De opzet is gericht op het onmiddellijke gevolg van de gedraging, in casu benadeling van de schuldeisers. Opzet tot benadeling is niet voldoende. De gedragingen moeten ook tot benadeling van de faillissementsschuldeisers kunnen leiden. Artikel 340 en 341 richten zich tot natuurlijke personen die failliet gaan en de artikelen 342 en 343 tot de bestuurders van rechtspersonen. Voor dit onderzoek zijn dus alleen de artikelen 342 en 343 van belang. Overtreding van artikel 342 kan worden bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of een geldboete van de vijfde categorie. Artikel 343, dat onder meer ziet op bewuste onttrekking aan de boedel, vervreemding om niet of beneden waarde van activa, of bevoordeling van bepaalde schuldeisers, wordt bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaar of een geldboete van de vijfde categorie.

Naast het specifieke hoofdstuk over bankbreuk zijn er andere delictsomschrijvingen in het Wetboek van Strafrecht die een rol kunnen spelen bij het strafrechtelijk vervolgen van plegers van faillissementsfraude. Het niet geven van inlichtingen door een bestuurder wanneer deze

⁵⁸ Leidraad Invorderingen hoofdstuk XI paragraaf 3 lid 7 en bijlage VIII

⁵⁹ G.S.E. Dorlo, 'fiscale aspecten', in: Hilverda (red) 2001, *Faillissementsfraude in de praktijk*, Deventer: Kluwer

⁶⁰ C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992 p. 101

wettelijk daartoe is opgeroepen, is strafbaar gesteld in artikel 194 van het Wetboek van Strafrecht. Dit artikel beoogt de zorg van justitie voor een goede, rechtvaardige afwikkeling van het faillissement te beschermen.⁶¹ De straf is ten hoogste één jaar gevangenisstraf of een geldboete van de derde categorie. Ook het delict 'valsheid in geschrift' (art. 225 Sr) kan een rol spelen bij faillissementsfraude. In veel gevallen zal de administratie namelijk onjuiste gegevens bevatten en zullen facturen vervalst zijn. Valsheid in geschrift zal vaak subsidiair of cumulatief door het Openbaar Ministerie ten laste worden gelegd. Ook kan valsheid in geschrifte een rol spelen indien er geen sprake is van benadeling van schuldeisers of indien dit niet bewijsbaar is. Voor de bankbreukdelicten is benadeling van schuldeisers namelijk een vereiste en voor valsheid in geschrift niet. De straf is ten hoogste zes jaar gevangenisstraf of een geldboete van de vijfde categorie.

Bestuurders van frauderende vennootschappen kunnen op grond van art. 349 Sr. te maken krijgen met de bijkomende sanctie van openbaarmaking van het vonnis. Daarnaast worden voorstellen uitgewerkt voor invoering van een bestuursverbod waardoor de bestuurder gedurende een bepaalde periode het recht ontzegt zou worden te fungeren als bestuurder van een rechtspersoon.⁶² In ons omringende landen is met een dergelijk bestuursverbod reeds ervaring opgedaan.

2.4.1

ROL CURATOR

Wanneer de curator vermoedt dat de bestuurders van de gefailleerde rechtspersoon strafbaar zijn op grond van één van de hierboven besproken delicten, kan hij aangifte doen bij de politie. Artikel 161 Wetboek van Strafvordering bepaalt dat eenieder die kennis draagt van een strafbaar feit, bevoegd is daarvan aangifte te doen. De curator is niet verplicht aangifte te doen: de delicten die tezamen onder de noemer faillissementsfraude kunnen worden geschaard staan namelijk niet op de lijst van delicten waarvan verplicht aangifte moet worden gedaan.⁶³

Uit de praktijk en uit onderzoek blijkt dat de curator zelden kiest voor de strafrechtelijke weg. Er is dan ook een discussie ontstaan of de curator wel een rol moet spelen bij de strafrechtelijke bestrijding van fraude. Aerts is van oordeel dat het primair de taak is van de curator de belangen van de schuldeisers te behartigen zoals het primair de taak van Justitie is met strafrechtelijke middelen faillissementsfraude te bestrijden. Van de curator kan echter volgens Aerts gevergd worden dat hij ook aan de strafrechtelijke bestrijding van fraude meewerkt vooral dan als zonder die medewerking effectief optreden door Justitie onmogelijk is, bijvoorbeeld doordat geen aangifte wordt gedaan.⁶⁴ Hilverda is van mening dat strafrechtelijke handhaving niet gemist kan worden. Strafrechtelijke handhaving, door aangifte van de curator, kan van belang zijn indien civiele mogelijkheden afwezig zijn of indien deze niet of niet voldoende kunnen worden benut.⁶⁵ Zij is dan ook van oordeel dat van een curator, gezien zijn taak, verwacht mag worden dat hij aangifte doet van (vermoedelijke)

⁶¹ C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

⁶² E.e.a. vergt aanpassing van artikel 28 Sr. De werkgroep Invoering bestuursverbod, ingesteld in het kader van het programma Preventie georganiseerde criminaliteit van het ministerie van Justitie, heeft daartoe een aantal voorstellen gedaan.

⁶³ Aangifteplicht geldt slechts ten aanzien van een beperkt aantal misdrijven en een beperkt aantal personen (art. 160 en 161 sv.)

⁶⁴ W. Aerts, 'De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude' *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2005-1 p. 7

⁶⁵ C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 431

faillissementsfraude van een behoorlijke omvang.⁶⁶ Rechters-commissarissen in een aantal arrondissementen geven curatoren de instructie aangifte te doen wanneer ze een vermoeden hebben dat een strafbaar feit gepleegd wordt. In het arrondissement Arnhem wordt zelfs een aangifteformulier meegestuurd bij de aanvraag van het faillissement.

Wanneer de curator aangifte heeft gedaan, handelt het Openbaar Ministerie de zaak verder af. De curator gaat dan verder met zijn normale werkzaamheden in het faillissement en eventuele civiele acties. Als het tot een procedure bij de rechter komt, kan de curator zich wel met een vordering als benadeelde partij voegen in het strafproces. Hij kan daarbij de rechtstreekse schade, die door de gezamenlijke schuldeisers als gevolg van de faillissementsfraude geleden is, vorderen. De gezamenlijke schuldeisers kunnen zich immers, als zij rechtstreekse schade hebben geleden, op grond van art. 51a wetboek van Strafvordering als benadeelde partij voegen in het strafproces. De faillissementscurator is als vertegenwoordiger van de gezamenlijke schuldeisers bevoegd voor de belangen van die schuldeisers in rechte op te komen.⁶⁷

Naast aangifte bij politie/OM kan de curator aangifte doen bij FIOD/ECD. FIOD/ECD heeft een speciale kennisgroep Faillissementsfraude ingesteld⁶⁸, die ook aangiftes opneemt. De fraudenota 2002-2006 heeft het verhogen van de aangiftebereidheid van curatoren tot doel. Een van de maatregelen genoemd in deze fraudenota is het ontwikkelen van een meldingsformulier dat aangifte door curatoren vereenvoudigt.

2.4.2

ROL OVERIGE PARTIJEN

Belastingdienst/FIOD/ECD

Het constateren van mogelijke fraude wordt als een belangrijke taak van de Belastingdienst beschouwd. De opsporing van faillissementsfraude heeft de Belastingdienst bij een speciaal onderdeel neergelegd: de FIOD/ECD. De FIOD/ECD heeft in 2003 een speciale kennisgroep faillissementsfraude ingesteld die als doel heeft een bijdrage te leveren aan intensievere bestrijding van faillissementsfraude. De kennisgroep houdt zich bezig met het genereren en verdelen van faillissementsfraudeonderzoeken en neemt tevens zelf aangiften op. Deze aangiften worden vervolgens opgenomen in een relationele database, waardoor een informatiepositie wordt opgebouwd. De Kennisgroep werkt samen met rechters-commissarissen, curatoren, het Openbaar Ministerie en algemene en specialistische eenheden van de politie.⁶⁹ In overleg tussen FIOD/ECD en Officier van Justitie wordt een aangifte beoordeeld en wordt besloten of al dan niet een strafrechtelijk onderzoek wordt ingesteld. Als dit het geval is, wordt het onderzoek gedaan door rechercheurs van de FIOD/ ECD onder leiding van een Officier van Justitie.

⁶⁶ C.M. Hilverda 'Curator, fiscus en Justitie: samen sterk', Radboud Universiteit Nijmegen, Reader *Forum Faillissementsfraude* (Voortgezette Stagiaire Opleiding - Permanente Opleiding (VSO-PO), 2004

⁶⁷ Hoge Raad 15 april 2003, NJ 2003/377

⁶⁸ De instelling van de kennisgroep faillissementfraude is één van de speerpunten van de fraudenota 2002-2006. Fraudenota 2002-2006 (TK 2001-2002, 17 050, nr 234), juni 2003

⁶⁹ Brochure kennisgroep faillissementfraude FIOD/ECD

http://www.belastingdienst.nl/corpinfo/fs/fiod/brochures/kg_fraude.htm

Tot voor kort kwamen de aangiftes voor faillissementsfraudezaken binnen bij de accountmanagers en de kennisgroep van het kantoor Utrecht. Sinds 1 april 2005 komen de aangiftes terecht bij de accountmanagers van de verschillende regio's. Als een aangifte binnenkomt, beoordeelt eerst de accountmanager of de zaak een strafrechtelijk onderzoek waard is. Aandachtspunten die bij die beoordeling een rol spelen, zijn:

- Gaat het om een rechtspersoon?: FIOD/ECD doet geen zaken van natuurlijke personen, tenzij het om een uitzonderlijk geval gaat.
- Leeftijd van het faillissement: wanneer een curator pas een paar jaar na het begin van het faillissement aangifte doet, doet FIOD/ECD er in principe niets meer mee, tenzij het om een uitzonderlijk geval gaat.
- Gaat het om een persoon met een voorbeeldfunctie?
- Heeft er samenloop van een aantal strafbare handelingen plaatsgevonden?
- Schadebedrag. Als het om een groot bedrag gaat, komen daar meestal nog eens andere faillissementen uit voort. Een faillissement kan andere faillissementen tot gevolg hebben, bijvoorbeeld van kleinere leveranciers.
- Is sprake van een conglomeraat van ondernemingen (een 'kerstboom')?

Bovengenoemde aandachtspunten vormen geen limitatieve opsomming.

Naast de FIOD/ECD heeft ook de politie een rol in de opsporing van (faillissements)fraude. Globaal gesproken is de taakverdeling tussen politie en FIOD/ECD als volgt:

- bedrieglijke bankbreuk is een zaak voor de FIOD/ECD
- eenvoudige bankbreuk is een zaak voor de politie
- de FIOD/ECD doet de middelzware en zware faillissementszaken

Openbaar Ministerie (OM)

Het OM is belast met de vervolging van de faillissementsfraude delicten uit het Wetboek van Strafrecht. Wanneer een curator aangifte doet van bankbreuk/bedrieglijke bankbreuk, neemt het OM de beslissing of hij al dan niet zal gaan vervolgen. Naast vervolgen kan de Officier van Justitie kiezen voor seponeren of de zaak afdoen met een transactie. De mogelijkheden van het OM vinden hun begrenzing in de beschikbare capaciteit en dat brengt de noodzaak mee prioriteiten te stellen. Bij aangifte wegens faillissementsfraude kiest de Officier van Justitie regelmatig voor het 'beleidssepot'.⁷⁰ In de televisiedocumentaire *'Liever failliet'* van Zembla (12 februari 2004) werd gesteld dat 98 % van de fraudeleuze faillissementen niet voor de rechter komt.

In september 2004 publiceerde minister Donner een aantal maatregelen om faillissementsfraude aan te pakken. De strafrechtelijke vervolging van faillissementsfraude zal ondergebracht worden bij het Functioneel Parket van het OM. Volgens het plan van aanpak moet het aantal zaken dat in behandeling wordt genomen worden verhoogd van circa twintig zaken naar zestig zaken per jaar. Daarnaast gaat het OM meer prioriteit geven aan de vervolging in eenvoudige zaken. Door een snelle strafrechtelijke afdoening van zaken als het vernietigen van de boekhouding, kan de positie van de curator in een civiele procedure worden versterkt. De bestaande fraudemeldpunten gaan ook faillissementen screenen en eventuele bevindingen rapporteren aan de curator.⁷¹

⁷⁰ Wanneer de Officier van Justitie kiest voor beleidssepot is er, in tegenstelling tot een technisch sepot, voldoende bewijs maar besluit de Officier van Justitie toch niet te vervolgen.

⁷¹ Persbericht Ministerie van Justitie op www.regering.nl

2.5

MOGELIJKHEDEN VOOR PREVENTIE (THEORIE EN REGELGEVING)

In de regelgeving zijn twee instrumenten aan te wijzen die mede ten doel hebben de oprichting van dubieuze rechtspersonen te voorkomen: de integriteitstoets (of verklaring van geen bezwaar) en de verplichting storting van een minimum oprichtingskapitaal voor vennootschappen. Daarnaast is op grond van de wet Bevordering van integriteitsbeoordeling door het openbaar bestuur het zogeheten Bureau Bibob ingesteld.

2.5.1

VERKLARING VAN GEEN BEZWAAR (INTEGRITEITSTOETS)

De Minister van Justitie is op basis van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek belast met het toezicht op de oprichting en statutenwijziging van naamloze en besloten vennootschappen. Voor oprichting van een vennootschap is een verklaring van geen bezwaar vereist. Voor de afgifte van een verklaring van geen bezwaar worden de criminele en financiële antecedenten van de bestuurder gecontroleerd. De verklaring mag worden geweigerd indien er, gelet op de voornemens of antecedenten van de personen die het beleid van de vennootschap zullen bepalen of mede bepalen, gevaar bestaat dat de vennootschap zal worden gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden of haar werkzaamheden zullen leiden tot benadeling van schuldeisers (art. 2:68 en 2:179 BW). Bij het antecedentenonderzoek wordt bijzondere aandacht besteed aan eventuele eerdere faillissementen. Wanneer een oprichter eerder betrokken is geweest bij een faillissement worden nadere inlichtingen ingewonnen bij de toenmalige curator⁷²

Voor de uitvoering van deze toets zijn beleidsregels neergelegd in de *Richtlijnen voor het beoordelen van oprichtingen en van statutenwijzigingen naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid*.⁷³ Door de preventieve toets door de Minister van Justitie kan het misbruik maken van vennootschappen beperkt worden, omdat eventuele eerdere fraude door het antecedentenonderzoek naar boven komt. De preventieve werking is echter beperkt, onder meer doordat gebruik gemaakt kan worden van stromannen.

In 2003 zijn er ongeveer 64.000 aanvragen voor een Verklaring van geen bezwaar binnengekomen. Er zijn ongeveer 9000 zaken in onderzoek genomen, waarvan er uiteindelijk 300 hebben geleid tot een weigering.⁷⁴ Voor het beoordelen van aanvragen kan de minister van Justitie, op grond van de Wet Documentatie Vennootschappen, gebruik maken van het systeem Vennoot. Daarnaast wordt gebruik gemaakt van de gegevens over rechtspersonen en hun bestuurders in het handelsregister. Deze gegevens worden onder meer gebruikt om wisselingen in de besturen van vennootschappen te actualiseren. De databank Beheer van relaties (BVR) van de Belastingdienst kan worden geraadpleegd om gegevens te verrijken.

⁷² P. van Schilfgaarde, Van de NV en de BV, Deventer: Kluwer 2003 p. 38.

⁷³ Thans Beleidsregels 2005 voor het beoordelen van aanvragen ter verkrijging van een verklaring van geen bezwaar voor oprichtingen en statutenwijzigingen van naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en de Societas Europaea (Europese NV) (Beleidsregels preventief toezicht op vennootschappen 2005), *Siscrt* 2005, 100, pag. 13.

⁷⁴ Nota *Snel en secuur toetsen: het alternatief voor de verklaring van geen bezwaar*, p. 9 (bijlage bij het eindrapport interdepartementale werkgroep Toezicht Rechtspersonen), TK 2004-2005, Niet-dossierstuk just050263

Op het huidige systeem van preventief toezicht door middel van de verklaring van geen bezwaar is veel kritiek. Het duurt soms enige maanden voordat de verklaring uiteindelijk verstrekt kan worden. Oprichters zullen daardoor eerder gebruik maken van een stroman, een lege BV kopen, of gebruik maken van een buitenlandse rechtspersoon.⁷⁵ De werkgroep Toezicht Rechtspersonen adviseerde dat het oprichten van een BV eenvoudiger gemaakt moet worden en dat daardoor de verklaring van geen bezwaar moet verdwijnen. Het Kabinet heeft hiermee ingestemd. Als alternatief voor de verklaring van geen bezwaar wordt aanmelding van de oprichting of melding van wijziging van de gegevens van de vennootschap bij de Kamer van Koophandel of de notaris voorgesteld.⁷⁶ Het voordeel hiervan is dat het vennootschappen in staat stelt direct deel te nemen aan het economische verkeer omdat de aanmelding geen constitutief vereiste voor oprichting is. Daarnaast kunnen de administratieve lasten verder verlaagd worden wanneer vennootschappen bij oprichting gegevens slechts eenmaal hoeven te verstrekken, onder andere door het schakelen van bestanden. De aanmeldingsplicht is echter een repressieve toets door de Kamer van Koophandel in plaats van een preventieve toets. De aanmelding dient immers te geschieden als de vennootschap al is opgericht.

2.5.2

OPRICHTINGSKAPITAAL

Bij de oprichting van een BV of NV moet het maatschappelijk, geplaatst en gestort kapitaal een bij Koninklijk Besluit vastgesteld minimumkapitaal bedragen (art. 2: 67 lid 2 en 2:178 lid 2 BW). Het minimumkapitaal voor BV's is op dit moment € 18.000 en voor NV's € 45.000. Het minimumkapitaal dient als zekerheid voor de schuldeisers van de vennootschap. Verzekerd wordt dat het aandelenkapitaal van de vennootschap een zekere omvang heeft, waaruit schuldeisers hun vorderingen kunnen voldoen. De plicht van een minimumkapitaal vormt een belemmering bij het oprichten van een vennootschap en daar kan een preventieve werking vanuit gaan ten aanzien van fraude. Fraudeplegers moeten namelijk eerst € 18.000 aan kapitaal bij elkaar zien te krijgen om de vennootschap waarmee ze benadelende handelingen willen verrichten op te richten. In de praktijk lijkt het minimumkapitaal echter geen belemmering te vormen voor het oprichten van een NV of BV. Het minimumkapitaal wordt gestort op de bankrekening van de NV en vervolgens wordt het bedrag de dag na de oprichting weer teruggestort. Dit zogenaamde 'kasrondje' wordt regelmatig toegepast.⁷⁷ Bij buitenlandse vennootschappen is er geen minimumkapitaal vereist. Van het aantal buitenlandse vennootschappen is bekend dat het in Nederland in het begin van de jaren negentig explosief is gestegen.⁷⁸ Blijkens de parlementaire enquête van de Commissie Van Traa droegen 'pseudo-buitenlandse vennootschappen' ook vaker de geur van fraude met zich.⁷⁹ Ook meer recentelijk heeft de Tweede Kamer de minister van Justitie gevraagd of buitenlandse vennootschappen vaker dan gemiddeld betrokken zijn bij faillissementsfraude.⁸⁰ Deze vraag is een deelonderwerp van dit onderzoek.

⁷⁵ Voor een uitgebreider overzicht van de kritiek zie de nota *Snel en secuur toetsen: het alternatief voor de verklaring van geen bezwaar*, p. 14

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 515, nr. 59, p. 11

⁷⁷ Het gevolg hiervan is wel dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle rechtshandelingen van de vennootschap en dat het Openbaar Ministerie de vennootschap kan laten ontbinden.

⁷⁸ A. Klarenbeek, *De aanwezigheid van buitenlandse rechtspersonen in Nederland*: een onderzoek Amsterdam: Vrije Universiteit, Faculteit der Rechtsgeleerdheid (scriptie) 1995

⁷⁹ *Kamerstukken II*, 1995/96, 24072, nr. 19, p. 122 Tweede Kamer, vergaderjaar 1995–1996, 24 072, nr. 19, p. 122

⁸⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29524, nr. 7

Niet alleen de Verklaring van geen bezwaar ligt onder vuur, ook op het huidige kapitaalbeschermingssysteem wordt veel kritiek geuit, vooral ten aanzien van het BV-recht.⁸¹ Het kapitaalbeschermingsrecht biedt schuldeisers onvoldoende zekerheid en het leidt tot een slechter concurrentiepositie van de Nederlandse rechtsvorm in Europees verband.⁸² Een van de maatregelen die voorgesteld wordt om het kapitaalbeschermingsrecht te versoepelen is het afschaffen van het minimumkapitaal.⁸³

2.5.3

BEVORDERING VAN INTEGRITEITSBEOORDELINGEN DOOR HET OPENBAAR BESTUUR (BIBOB)

Vergunningen, subsidies en overheidsopdrachten kunnen door criminele organisaties worden misbruikt om criminele activiteiten te exploiteren. Het openbaar bestuur is zich hiervan bewust en wil voorkomen dat deze vergunningen, subsidies en overheidsopdrachten ten behoeve van criminele gedragingen worden benut. Hiervoor is de wet BIBOB in het leven geroepen.⁸⁴ BIBOB staat voor bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur. De wet BIBOB beoogt te voorkomen dat door de aanbesteding van overheidsopdrachten of het verlenen van vergunningen en subsidies, de overheid onbedoeld criminele activiteiten zou faciliteren. De wet BIBOB is sinds 1 juni 2003 van kracht en heeft betrekking op sectoren waar al sprake is van criminele bemoeienis of waar die sectoren bepaalde kenmerken vertonen die wijzen op kwetsbaarheid voor criminaliteit.

Indien een bestuursorgaan het vermoeden heeft dat een vergunning of subsidie misbruikt wordt, zal het eerst het huidige instrumentarium moeten benutten en een eigen onderzoek moeten instellen naar de integriteit van de aanvrager. Bij een vergunningsaanvraag dient de aanvrager een vragenformulier in te vullen. In het geval dat het door de betrokkene ingevulde formulier onvoldoende informatie verschaft en het vermoeden blijft bestaan, kan het bestuursorgaan een verzoek doen aan het landelijk bureau BIBOB. Het landelijk bureau valt onder het ministerie van Justitie. Daarnaast hebben de gemeenten Amsterdam, Rotterdam en Eindhoven een gemeentelijk bureau Bibob.

In tegenstelling tot gemeenten, die slechts toegang hebben tot zogeheten 'open bronnen' zoals de Gemeentelijke Basis Administratie (GBA), landelijke bureau BIBOB kan gebruik maken van gesloten bronnen. Medewerkers van het landelijke bureau BIBOB kunnen bij de politie ook vragen naar zakelijke relaties. Zij kunnen tevens informatie vragen aan onder meer de Belastingdienst, UWV en de Sociale Dienst. Het bestuursorgaan dat een dergelijk verzoek indient moet hiertoe wel krachtens de wet de bevoegdheid hebben. Slechts een beperkt, in de wet BIBOB of in het bij de wet behorend besluit BIBOB genoemd, aantal sectoren of branches is onder het toepassingsbereik van de wet gebracht. Voor subsidies geldt dat in de subsidieregeling zelf moet zijn bepaald dat deze subsidie onder de wet BIBOB valt.

⁸¹ Het NV-recht kan de wetgever niet wijzigen omdat dat in overeenstemming dient te zijn met Richtlijn 77/91/EEG PbEEG 1977.

⁸² Buitenlandse EG- vennootschappen moeten in Nederland onbeperkt toegang verleend worden en hun rechtspersoonlijkheid moet erkend worden. Nederland mag deze vennootschappen geen extra verplichtingen, zoals een minimumkapitaal, opleggen. Doordat de BV-wetgeving streng is in vergelijking met andere Europese landen, bestaat het gevaar dat Nederlandse BV's weggeconcurrereerd worden.

⁸³ M.L.Lennart en J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht*, Groningen: Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen 2004

⁸⁴ Wet van 20 juni 2002, Staatsblad 2002, 347

Het bureau Bibob adviseert de aanvrager over het toepassen van de wet BIBOB. In het advies staan de geraadpleegde bronnen, de feiten en omstandigheden en de conclusie ten aanzien van de mate van het gevaar dat een overheidsopdracht, subsidie of vergunning wordt misbruikt ten behoeve van criminele activiteiten. Het onderzoek kan worden ingesteld naar een aanvrager van een vergunning of subsidie, een subsidieontvanger, een vergunninghouder, een gegadigde voor een overheidsopdracht en naar een partij aan wie een overheidsopdracht is gegeven. Het bestuursorgaan beslist zelf met inachtneming van het BIBOB-advies of de vergunning of subsidie al dan niet wordt verleend. Wanneer er ernstig gevaar bestaat dat de beschikking mede gebruikt zal worden voor het benutten van voordelen uit strafbare feiten, het plegen van strafbare feiten of wanneer er een redelijk vermoeden bestaat dat ter verkrijging van de aangevraagde dan wel afgegeven beschikking een strafbaar feit is gepleegd, kan de beschikking worden geweigerd (art. 3 Wet BIBOB). Het bestuursorgaan kan ook zonder tussenkomst van het Bureau BIBOB beslissen op grond van de Wet BIBOB. Dit besluit dient wel grondig gemotiveerd te zijn. De meeste bestuursorganen hebben echter niet de mogelijkheden de benodigde informatie te achterhalen en zullen daarom het bureau BIBOB om advies vragen. Door de aanvragers van vergunningen en subsidies en de inschrijvers op openbare aanbestedingen te laten screenen door het bureau BIBOB kan worden voorkomen dat de overheid zaken doet met niet-integere partijen zoals faillissementsfraudeurs.

3 Het faillissementenbestand

Eén van de belangrijkste elementen van het onderzoek betrof een inhoudsanalyse van de dossiers van 868 faillissementen, in negen arrondissementen, die waren beëindigd in de periode januari tot en met augustus 2004. De gevolgde werkwijze bij de selectie van dossiers, dus de kwaliteitstoets *vooraf*, is beschreven in § 1.5. In dit hoofdstuk volgt een beschrijving van de uiteindelijk onderzochte dossiers. Ten dele biedt dit een eerste overzicht van de verdeling van faillissementen naar rechtsvorm, bedrijfstak, bedrijfsgrootte, en oorzaak van faillissement. Daarnaast zal het faillissementenbestand op sommige punten worden vergeleken met gegevens van het Cbs, dat ten tijde van ons eigen onderzoek óók onderzoek uitvoerde waarbij alle in 2004 beëindigde faillissement zijn bekeken. Deels gebeurde dit met een andere vraagstelling, maar op een aantal punten was de vraagstelling gelijkloidend of ongeveer hetzelfde. Dit maakt het mogelijk de kwaliteit van onze steekproef te vergelijken met de uitkomsten van het Cbs-onderzoek onder de totale populatie.

3.1

OMVANG STEEKPROEF

Zoals gezegd bevatte de steekproef van het dossieronderzoek 868 dossiers. Het Cbs heeft over heel 2004 in totaal 3334 beëindigde faillissementen van vennootschappen in kaart gebracht.⁸⁵ Hoeveel van die faillissementen betrekkingen hadden op de door het HSI onderzochte rechtsvormen (BV's, NV's, stichtingen en buitenlandse rechtspersonen) is niet met 100% zekerheid af te leiden uit de gegevens van Statline omdat de beëindigde faillissementen alleen worden onderscheiden naar natuurlijke persoon, eenmanszaak en vennootschappen. Hoeveel VOF's en andere rechtsvormen in de genoemde 3334 faillissementen zijn opgenomen, is dus lastig te achterhalen. Vergelijking met de *uitgesproken* faillissementen leert echter dat over de laatste vijf jaar, de periode die waarin het overgrote deel van de onderzochte faillissementen werd uitgesproken, 6,2% van de vennootschappen VOF's waren.⁸⁶ Als dit percentage van gelijke toepassing is op de *beëindigde* faillissementen, zou dat betekenen dat in 2004 zo'n 3125 faillissementen zijn beëindigd van het type vennootschappen die in het dossieronderzoek zijn bestudeerd. De afwijking in de steekproef van het HSI is in dat geval, bij een dichotome verdeling en bij een betrouwbaarheidsniveau van 95%, maximaal 3,5%. Dat is voldoende robuust voor betrouwbare analyses.

Bij een aantal bevindingen uit het dossieronderzoek worden, met name in hoofdstuk 4, de gegevens geëxtrapoleerd vanuit de steekproef naar de landelijke situatie. Hierbij is uitgegaan van bovengenoemd aantal van 3125 beëindigde faillissementen van rechtspersonen.

⁸⁵ Cbs Statline: Faillissementen: schulden, rechtsvorm en wijze aanhangig maken.

⁸⁶ Cbs Statline: Faillissementen naar bedrijfskenmerken en regio.

3.2

RECHTSVORM

Ruim 95% van de dossiers in het onderzoek betrof een BV. In een kleine minderheid van de gevallen betrof het andere rechtsvormen zoals NV's, stichtingen en buitenlandse rechtspersonen (zie tabel 3.2.1). Zoals in 3.1 is aangegeven, betreft een klein deel van de door het Cbs onderzochte faillissementen van vennootschappen een VOF. Van de resterende rechtspersonen was over de periode 1998-2003 94,6% van de faillieten een BV. Ook op dit punt is er dus weinig aanleiding te twijfelen aan de kwaliteit van de steekproef.

Tabel 3.2.1: Rechtsvorm onderneming

BV	826	95,2 %
NV	6	0,7 %
Stichting	22	2,5 %
Buitenlandse rechtspersoon	14	1,6 %
totaal	868	100,0 %

3.3

BEDRIJFSTAK

Voor de faillissementen van 2004 waren op het moment van schrijven van dit rapport de uitsplitsingen van de Cbs-gegevens over *beëindigde* faillissementen naar bedrijfstak nog niet openbaar. Om een toets op de kwaliteit van onze eigen steekproef te ontwikkelen, zijn de gegevens uit de dossiers vergeleken met het gemiddeld aantal *uitgesproken* faillissementen over de periode 1995-2004 in *Statline*. De vergelijking wordt enigszins bemoeilijkt doordat in het eigen dossieronderzoek een iets andere branche-indeling is aangehouden. Daarnaast is bij de dossieranalyse duidelijk geworden dat sommige bedrijven in meerdere branches ingedeeld kunnen worden (bijvoorbeeld 21 bedrijven in zowel de industrie als handel/reparatie). Vandaar dat het totaal aantal cases in de dossiers hoger uitkomt dan 868.

Tabel 3.3.1: Indeling naar bedrijfstak

		dossieronderzoek		Cbs ⁸⁷
Landbouw/visserij	11	1,2%		1,3%
Industrie	61	6,4%		13,6%
Bouwnijverheid	75	7,9%		9,8%
Installatiebedrijven	48	5,1%		
Transport, opslag, communicatie	48	5,1%		6,4%
Computeronderneming	62	6,5%		
Handel en reparatie	236	24,9%		25,0%
Horeca	24	2,5%		2,8%
Zakelijke dienstverlening	61	6,4%		
Overige dienstverlening	210	22,2%		
Beheermaatschappij	112	11,8%		
Totaal dienstverlening (dossiers)			40,4%	
Financiële, zakelijke en overige dienstverlening, onderwijs (Cbs)				40,4%
	948 ⁸⁸	100,0%		

⁸⁷ Cbs Statline: Faillissementen naar bedrijfskenmerken en regio.

Het percentage bedrijven in de industrie blijkt duidelijk lager te zijn dan op grond van het aantal faillissementen in de Staline-gegevens verwacht mocht worden. Het percentage bouw-/installatiebedrijven daarentegen is iets hoger dan in de Cbs-bestanden. Dit verschil blijft overeind indien gecorrigeerd wordt voor de dubbeltellingen. Dit zou aanleiding kunnen zijn om het eigen bestand te herwegen, teneinde meer in de buurt van het landelijke totaalbeeld te komen. Omdat de indeling naar bedrijfstak niet volledig correspondeert met de Cbs-indeling is dit echter lastig. Aan de andere kant is wel een grove herweging uitgevoerd op de belangrijkste bevindingen uit het onderzoek (aantal frauduleuze faillissementen, aantal gevallen van misbruik van faillissement), en die exercitie had hoegenaamd geen effect op de uitkomsten. Het lijkt derhalve aannemelijk dat de ietwat afwijkende samenstelling van de steekproef geen grote gevolgen heeft voor de uitkomsten van dit onderzoek, zodat verder gewerkt is met een ongewogen bestand.

3.4

BEDRIJFSGROOTTE EN LEEFTIJD

Het merendeel van de dossiers in het dossieronderzoek betrof bedrijven met minder dan tien werknemers. Dit is in overeenstemming met het landelijke beeld – er zijn nu eenmaal zeer veel kleine bedrijven (zie tabel 3.4.1, kolom ‘totaal aantal bedrijven’). In vergelijking met de samenstelling van het bedrijvenbestand in Nederland, blijkt echter dat de allerkleinste bedrijven iets minder dan gemiddeld failliet gaan. Vooral bedrijven met 5-50 werknemers lopen relatief vaak tegen een faillissement aan. In het totaal aantal bedrijven is echter geen onderscheid gemaakt naar rechtsvorm. Het is zeer wel denkbaar dat in de categorie ‘1 werkzame persoon’ veel eenmanszaken zitten, waarvan jaarlijks ook een flink aantal failliet gaat.⁸⁹ Daarnaast viel uit veel (150) dossiers niet op te maken hoeveel werknemers betrokken waren bij het failliete bedrijf. De inschatting is dat dit vooral de allerkleinste bedrijven betrof (waaronder houdstermaatschappijen). Indien deze allemaal worden meegeteld bij de categorie ‘1 werkzame persoon’, dan komt het percentage allerkleinste bedrijven op 52% en neemt het percentage bedrijven in de categorie 5-50 werkzame uiteraard af. Op Cbs-*Statline* is echter geen verdeling naar bedrijfsgrootte van failliete *vennootschappen* te achterhalen, zodat op dit punt precieze vergelijking helaas niet mogelijk is (zie tabel 3.4.1).

Het aantal werknemers dat werkzaam is (geweest) in de failliete ondernemingen in de dossiers is gemiddeld 5,9. Indien dit aantal geëxtrapoleerd wordt naar het totaal van 3125 faillissementen in héél 2004, dan betreft het ruim 18.000 werkzame personen. Indien alle éénmans-bedrijven (én de bedrijven met een onbekend aantal werknemers) uit deze berekening worden gehaald, is het aantal *werknemers* dat getroffen wordt door een faillissement ten minste 12.500.

De gemiddelde leeftijd van het bedrijf op het moment dat het faillissement werd uitgesproken, is voor de bedrijven in de dossiers 11½ jaar. Daar zitten echter ook bedrijven in die al jaren een slapend bestaan hebben geleid, en zijn gebruikt voor frauduleuze doeleinden (zie § 4.3). Als

⁸⁸ Het totaal aantal is hoger dan het aantal cases, omdat sommige bedrijven meerdere activiteiten ontplooiden die in verschillende branches vielen.

⁸⁹ Als in de Cbs-gegevens voor alle BV's in Nederland onderscheid wordt gemaakt naar bedrijfsgrootte, dan blijkt inderdaad dat het aantal BV's met minder dan 10 werkzame personen lager te zijn dan in het totaal aantal bedrijven (namelijk 73,6% i.p.v. 90,3).

deze bedrijven uit het bestand worden gehaald, is de leeftijd op het moment van faillissement gemiddeld 7,6 jaar.

Tabel 3.4.1: Faillissementen naar bedrijfsgrootte

	Aantal	%	% gecorrigeerd	Totaal aantal failliete bedrijven (Cbs) ⁹⁰	Totaal aantal vennootschappen (Cbs)
1 werkzame persoon	298	41,5%	51,6%	50,0%	Kleinbedrijf 73,5%
2-5 werkzame personen	199	27,7%	22,9%	31,8%	
5-9 werkzame personen	99	13,8%	11,4%	8,5%	
10-19 werkzame personen	66	9,2%	7,6%	4,8%	Middenbedrijf 24,2%
20-49 werkzame personen	41	5,7%	4,7%	2,9%	
50-99 werkzame personen	13	1,8%	1,5%	1,0%	
100 + werkzame personen	2	0,3%	0,2%	1,0%	
Totaal	718	100%	100%	100,0%	100,0%
Onbekend	150				

3.5

AANVRAGER FAILLISEMENT

In meer dan de helft van de gevallen wordt het faillissement aangevraagd door de bestuurder van de onderneming. Dit ligt in zekere zin voor de hand: deze weet immers als eerste dat de financiële situatie niet langer houdbaar is en zal als eerste willen ingrijpen om de schuldenlast niet nog verder op te laten lopen. Anderzijds kan het faillissement worden aangevraagd door crediteuren zoals de bank, de belastingdienst, UWV of 'overige crediteuren'. De gegevens uit de dossiers corresponderen heel aardig met de meest recente gegevens van het Cbs.

Tabel 3.5.1: Aanvragers faillissement

	Aantal bedrijven	%
Bestuurder(s)	473	54,5%
Personeel	47	5,4%
Bank	6	0,7%
UWV	31	3,6%
Fiscus	6	0,7%
Overige crediteuren	248	28,6%
Overig en onbekend	57	6,6%
totaal	868	100,0%

⁹⁰ Cbs Staline: bedrijven naar activiteit, grootte en rechtsvorm.

3.6

GEMIDDELD SCHADEBEDRAG

Bij het vaststellen van het gemiddelde schadebedrag in de dossiers heeft eerst een opschoning in het bestand plaatsgevonden. Bij analyse van de data is namelijk een aantal forse ‘uitbijters’ gevonden – uitkomsten die bijzonder sterk afweken van het gemiddelde. Het betrof onder meer een intra-concern schuld van meer dan 90 miljoen Euro. Ook bij de vorderingen van de bank, UWV en fiscus zijn de grootste uitbijters verwijderd. De totale gemiddelde bedrag dat de onderzochte faillissementen gemoeid was, belooft € 537.785,- per faillissement. Vergelijking met de gegevens van het Cbs leert dat in de 3334 in 2004 beëindigde faillissementen van vennootschappen de gemiddelde onbetaald gebleven schuld € 540.000 is.

Indien de gevonden bedragen worden geëxtrapoleerd naar alle faillissementen van vennootschappen, dan bedraagt de totale schade als gevolg van faillissementen over 2004 zo’n 1,7 miljard Euro (voor ons eigen faillissementenbestand) à 1,8 miljard voor de Cbs-vennootschappen (dus inclusief Vof’s). Daarmee is overigens nog niets gezegd over de totale schade als gevolg van faillissements*fraude*. De gegevens daarover worden gepresenteerd in paragraaf 4.1.2.

Tabel 3.6.1: Gemiddeld schadebedrag

Alle cases	Bedrag vorderingen van bank	Bedrag vorderingen van uwv	Bedrag vorderingen van fiscus	Bedrag vorderingen van crediteuren
N	75	416	548	599
Gemiddeld	€ 106.924	€ 67.629	€ 105.905	€ 257.327
Maximum	€ 5.190.911	€ 2.310.066	€ 2.272.500	€ 3.127.399
Minimum	€ 240	€ 61	€ 18	€ 16

3.7

OORZAKEN VAN FAILLISSEMENT

In één op de negen dossiers was helaas niets te vinden over de oorzaken van het faillissement. Van de faillissementen waarvoor wél één of meerdere oorzaken zijn aangegeven, zijn economische oorzaken veruit de belangrijkste oorzaak: in ruim drie kwart van de gevallen. Dat spreekt natuurlijk voor zich: slechts zelden zal een faillissement optreden zonder dat daar de economische positie (mede) een rol speelt. In veel gevallen is sprake van meerdere oorzaken. Indien in die gevallen alleen de niet-economische oorzaken worden gepresenteerd, blijft een deel van de faillissementen over waarin het faillissement louter aan de economische oorzaken is toe te wijzen (ruwweg de helft van de faillissementen). Doordat in het dossieronderzoek andere categorieën zijn gehanteerd dan in het onderzoek van het Cbs, laten de gegevens zich helaas niet vergelijken.

Naast de genoemde oorzaken van bedrijfseconomische of organisatorische aard is in de dossiers ook sprake van een flink aantal faillissementen waarin dubieuze handelingen of vormen van fraude als oorzaak worden aangedragen (zie tabel 3.7.1). In ruim 10% van de gevallen waarin dit in het dossier vermeld wordt blijkt het faillissement te zijn veroorzaakt door dubieuze transacties of fraude.

Tabel 3.7.1: Oorzaken van faillissement

Economische oorzaken	49,5%
Financieringsproblemen	17,2%
Ondeskundig bestuur	6,7%
Te lage tarieven gehanteerd	1,7%
Anders/overig	14,5%
Totaal niet-dubieuze oorzaken	89,6%
Dubieuze transacties tussen BV en bestuurder	2,7%
Dubieuze transacties tussen deze en verwante BV	1,0%
Andere vormen van misbruik of fraude	6,6%
Totaal dubieuze oorzaken	10,3%

Zoals is aangegeven, is echter in één op de negen gevallen niets vermeld over de oorzaak. Als hierbij wordt aangenomen dat, indien de curator dubieuze handelingen heeft geconstateerd, dit dan ook vaker in het verslag zal zijn opgenomen, dan betekent dit dat het percentage in relatie tot het totaal aantal onderzochte dossiers waarschijnlijk lager is. Het is voorshands dan ook verstandig een zo voorzichtig mogelijke schatting te maken van de problematiek (dat dit tot een onderschatting zou kunnen leiden, zal nader worden beargumenteerd in hoofdstuk 5). Het aantal faillissementen waarin volgens de curatoren evident werd veroorzaakt door dubieuze handelingen is 69. Op een totaal van 868 dossiers is dit 7,9%.⁹¹

Een eerste analyse van het faillissementenbestand leert dus dat zo tussen de 8 en 10% van de faillissementen fraude of andere dubieuze praktijken (mede) *oorzaak* zijn van de ondergang. Dit betekent echter nog niet dat daarmee de omvang van het probleem al geheel in kaart is gebracht. Het is immers zeer wel denkbaar dat de fraude niet de oorzaak van het faillissement is geweest, maar dat in zicht van of tijdens het faillissement nog wel allerlei onoirbare praktijken hebben plaatsgehad die onder de noemer 'frauduleus' kunnen worden geschaard (zoals met name paulianeuze handelingen en overige onregelmatigheden met betrekking tot de boedel). Dat dit in de praktijk ook daadwerkelijk geschiedt, zal worden aangegeven in hoofdstuk 4.

⁹¹ Dit percentage is aanmerkelijk hoger dan in de gegevens van het Cbs, waarin een percentage van 2,9% wordt genoemd (Cbs 2002, p. 15). Daarbij moet worden aangetekend dat deze schatting tamelijk conservatief is, aangezien het CBS alleen die zaken meetelt waarin de curator blijkens de dossiers op enigerlei wijze actie heeft ondernomen (dat wil zeggen dat er bij bestuurdersaansprakelijkheid, paulianeus handelen of onrechtmatig handelen een schikking of een succesvolle procedure is geweest of de curator aangifte heeft gedaan). Het percentage is daarentegen lager dan in het onderzoek van Blom uit 2004 (10,7% 'fraude-oorzaken'), maar dit bevatte ook fraude door werknemers of administrateurs, R.J. Blom, *Faillissement: oorzaak en gevolg*, Amsterdam: Graydon 2004, p. 73.

4 Faillissementsfraude, misbruik, onbehoorlijk bestuur: aard en omvang

De eerste hoofdvraag van het onderzoek luidde als volgt: “Wat is de aard en omvang van fraude en misbruik in door de Nederlandse rechter uitgesproken faillissementen?” Het antwoord op deze vraag is onderwerp van dit hoofdstuk. Dit antwoord is grotendeels gebaseerd op de bevindingen uit het dossieronderzoek. Daarnaast zal op een aantal punten worden geput uit aanvullende bronnen, zoals gegevens van het Cbs en relevante literatuur. Paragraaf 4.1 schetst hoe vaak, blijkens de dossiers, faillissementsfraude in Nederland voorkomt en in welke vormen. Paragraaf 4.2 behandelt een aantal achtergrondfactoren die mogelijk een rol hebben gespeeld bij de faillissementsfraude. De uitkomsten van deze paragraaf zouden van nut kunnen zijn in het bepalen van indicatoren voor mogelijke fraude, en zo partijen helpen alert te zijn bij de beoordeling van faillissementen. Paragraaf 4.3 geeft inzicht in de omvang van misbruik van faillissement. Paragraaf 4.4, ten slotte, behandelt de administratieve wanorde in veel bedrijven.

4.1

FAILLISSEMENTSFRAUDE

Hieronder volgt een overzicht van de omvang en aard van ‘faillissementsfraude’ in Nederland. Het overzicht is primair gebaseerd op het dossieronderzoek, zoals beschreven in § 1.5. De vraag of daadwerkelijk sprake was van faillissementsfraude is op twee manieren beantwoord. Ten eerste kon na afsluiting van elk dossier, op basis van een eerste indruk, in een flink aantal gevallen worden gesteld dat evident sprake leek te zijn van fraude. Nu is de kwalificatie ‘fraude’ uiteraard een oordeel dat formeel pas aan het eind van een strafrechtelijk traject kan worden geveld. Het is niet aan de onderzoekers te beslissen of in een concreet geval deze kwalificatie terecht is; zij kunnen niet op de stoel van de rechter gaan zitten (tenzij de rechter in een enkele zaak daadwerkelijk heeft geoordeeld en zij zich op dat oordeel kunnen baseren). Aan de andere kant, zoals uit hoofdstuk 7 zal blijken, is het aantal veronderstelde fraudeurs dat uiteindelijk wordt veroordeeld slechts een fractie van de ‘verdachte’ gevallen en waren sommige gevallen zó duidelijk dat de classificatie ‘frauduleus’ niet al te vrijpostig mag worden geacht. In totaal ging het om 77 gevallen, ofwel 9% van de onderzochte faillissementen. Dit is een zeer voorzichtige schatting. Naast deze gevallen waren er evenzoveel (81) waarbij de onderzoekers geen direct oordeel durfden te vellen, maar wel aanleiding zagen voor nadere vragen van de onderzoekers aan de betrokken curatoren (zie § 5.1).

Ten tweede is, voor een meer systematische benadering, het totale bestand geanalyseerd aan de hand van de indicatoren uit § 2.2 (voor een beschrijving van de ‘beslisboom, zie bijlage 9.3). Daarbij leverden twee vragen in het vragenformulier de meest directe beoordeling op:

1. *Blijkt uit het dossier dat het faillissement is opgezet of gebruikt voor benadeling van crediteuren?*
2. *Heeft de curator onregelmatigheden met betrekking tot de boedel geconstateerd?*

Daarnaast is een aantal van de minder harde indicatoren in samenhang bekeken. Deze analyse leverde echter nauwelijks gevallen op die niet al door de bovenstaande twee vragen aan het

licht waren gebracht. Bij het overzicht van de omvang van de problematiek (§ 4.1.1) is daarom volstaan met het antwoord op de twee hoofdvragen. De aanvullende indicatoren zijn vooral gebruikt om te bepalen welke achtergrondfactoren samenhangen met (de kans op) faillissementsfraude.

4.1.1

OMVANG VAN DE PROBLEMATIEK

In de literatuur, maar ook in de interviews met curatoren en accountants, is een groot aantal ‘technieken’ van faillissementsfraude aan de orde geweest, waaronder:

- onttrekkingen aan de vennootschap
- te hoge managementfee of te lage vergoedingen voor diensten
- het opkopen van vrijwel failliete of slapende vennootschappen
- premie-ontduiking of zwart werk
- voorgekookte doorstart⁹²
- ondoordringbare kluwens van verwante vennootschappen.

De bestudeerde dossiers bevatten een groot aantal voorbeelden van faillissementen die onder de noemer ‘opgezet of gebruikt voor benadeling’ vielen. Hieronder volgt een korte beschrijving van enige van de meest saillante voorbeelden. Voor de goede orde zij hierbij vermeld dat de cases zijn geanonimiseerd door het gebruik van fictieve namen.

Hoge privé-onttrekkingen

De meest simpele manier om profijt te trekken van een onderneming is gewoonweg hoge bedragen te onttrekken aan de BV voor privé-doeleinden, en zich daarbij te verschuilen achter een onoverzichtelijke administratie. Als de eigenaar vervolgens ook in privé geen verhaal biedt, wordt het lastig om tot aansprakelijkstelling over te gaan.

Beautiful Brains BV

Ontwerpbureau Beautiful Brains BV is actief op het gebied van design en intellectuele eigendom. Vijftien maanden na de oprichting gaat de onderneming failliet. Na onderzoek van de curator blijkt dat de administratie niet compleet is en dat de bestuurder met zijn partner onrechtmatig gelden heeft onttrokken aan de BV. Het gaat om een totaal bedrag van € 25.000. Volgens de curator is het bedrijf ten onder gegaan door wanbeleid van de bestuurder. Daarnaast zijn meerdere ondernemingen waarvan de bestuurder ook bestuurder is eveneens failliet gegaan. Deze bedrijven hebben - net zoals Beautiful Brains - alle slechts korte tijd bestaan en zijn failliet gegaan met hoge schulden. De curator wil de bestuurder aansprakelijk stellen voor de schulden van Beautiful Brains. De curator kan de bestuurder niet bereiken omdat hij een valse woonplaats in het buitenland heeft opgegeven. Uiteindelijk moet de curator de procedure tot aansprakelijkheidsstelling staken wegens het ontbreken van activa. De totale schuldenlast die onbetaald achterblijft, bedraagt zo'n € 210.000. De activiteiten van de onderneming worden voortgezet door een andere onderneming.

Lage vergoedingen

⁹² Van een ‘voorgekookte doorstart’ is sprake indien een bedrijf naar het faillissement wordt geleid, voor een veel te lage prijs wordt verkocht aan de nieuwe eigenaar (die vaak nauwe banden onderhoudt met de oude of soms dezelfde is), en vaak zeer snel weer doorgaat. “Een dergelijke opzet is echter moeilijk te bewijzen. Indien de gegevens in de stukken juist zijn kan de curator weinig anders dan akkoord gaan.” *Justitiële verkenningen* (2000), jg. 26, nr. 2, bijlage 2, p. 90.

Een andere, tamelijk eenvoudige manier van fraude is het inhuren van een gelieerde BV, bijvoorbeeld werknemers uit een personeels-BV, tegen te lage vergoedingen. De inhurende BV maakt minder kosten en dus meer winst, terwijl de ingehuurde BV op termijn failliet gaat.

Schoonmaakbedrijf Schoonzo BV BA

Schoonzo is een BV BA naar Belgisch recht en oefent een schoonmaakbedrijf uit. De feitelijke vestigingsplaats is Rotterdam. Schoonzo heeft slechts één opdrachtgever, een groot restaurant in dezelfde stad. De bestuurder van deze opdrachtgever was voorheen werknemer van Schoonzo, en thans feitelijk leidinggevende. De opdrachtgever betaalt zeer lage vergoedingen. Met de facturen is gefraudeerd; op een gegeven moment werd het uurloon verdubbeld, maar werd slechts de helft van de gewerkte uren in rekening gebracht, waardoor een belastingvoordeel ontstond. De te lage vergoedingen en fraude met de facturen hebben uiteindelijk geleid tot het faillissement van Schoonzo. De Belastingdienst en Cadans stellen de opdrachtgever aansprakelijk voor de loonbelastingen en premies die Schoonzo niet betaald heeft. De opdrachtgever verzoekt vervolgens in kort-geding niet aangemerkt te worden als eigenbouwer in de zin van de Wet Ketenaansprakelijkheid voor de door Schoonzo in haar restaurant uitgevoerde werkzaamheden. De rechtbank wijst de vordering echter af en het hof en de Hoge Raad bekrachtigen dit vonnis. De opdrachtgever is dus aansprakelijk voor loonbelastingen en premies van de onderaannemer.

Katvangers

Een niet ongebruikelijke techniek van faillissementsfraude is het inschakelen van een 'katvanger'. Een katvanger is een persoon die, veelal tegen betaling, een vennootschap op zijn naam laat zetten en op papier bestuurder is. In de praktijk wordt het bedrijf dan gerund door een partij achter de schermen. Hierbij blijft de eigenlijke fraudeur buiten schot op het moment dat het bedrijf failliet is, terwijl de katvanger geen vermogen heeft.

Aanneembedrijf Leegwater BV

Leegwater BV is een aanneembedrijf, waarin al zes jaar geen activiteit heeft plaatsgehad. De BV wordt in maart 1999 gekocht door Marijke Steensma. Zij is de vriendin van Jan Schut, die samen met Koen van der Weijden het feitelijk bestuur van de BV vormen. Steensma fungeert daarmee als 'katvanger in een 'plof-BV' in de bouw: de BV heeft tot eind september 1999 zeven werknemers in dienst aan wie de lonen contant worden uitbetaald. Premies worden niet afgedragen. Steensma is tot 22 juli 1999 enig bestuurder, daarna treedt de vader van de vriendin van Van der Weijden in haar plaats. In oktober 1999 zijn de activiteiten gestaakt, in april 2000 wordt het faillissement uitgesproken. Er is ruim € 60.000 aan onbetaalde vorderingen, onder meer van UWV. De curator kan weinig doen. Van een administratie ontbreekt ieder spoor, met de bestuurders is geen contact te krijgen. Volgens UWV/SFB is de BV onderdeel van een meer omvangrijke fraude, maar omdat er geen verbaalsobjecten zijn, wordt een beroep op bestuurdersaansprakelijkheid niet overwogen. Schut blijkt inmiddels in verband met fraude een gevangenisstraf uit te zitten.

Postbus-BV's

In sommige gevallen ‘runt’ een katvanger zelfs een flink aantal BV’s. Achter de postbus van Interflexx Detachering BV bevinden zich blijkens de gegevens uit het handelsregister 140 bedrijven, waarvan 90 inmiddels zijn opgeheven of ontbonden.

Interflexx detachering BV

Interflexx Detachering BV bestaat sinds 1993. Het detacheringsbureau ondergaat op 2 februari 2000 een statutenvijziging en gaat op 2 mei 2001 in eigendom over van Bouwgroep Beheer BV naar de Stichting Bouw Beheer. Naar blijkt uit KvK-uittreksels waren de heren Oostveen, Pelgrom en Thomas vroeger bestuurders van deze BV (tot 26 november 2001), van een verwante BV, Interflexx Trading BV, en van de kopende Stichting Bouw Beheer, die sinds 2 september 2001 wordt bestuurd door een ‘katvanger’, dbr. Liem. Op 14 maart 2003 wordt het faillissement van Interflexx uitgesproken. De BV heeft dan ruim 1,4 miljoen euro aan onbetaalde vorderingen, waarvan tweederde aan de belastingdienst en UWV. De schulden zijn vooral in het jaar 2000 ontstaan.

De jaarstukken zijn niet gedeponeerd, er is geen administratie en het lukt de curator niet contact te leggen met de bestuurders van de BV. De curator stapt in zijn auto en rijdt naar het postadres van de BV. Dat blijkt een rommelige loods te zijn zonder vermelding van enige bedrijfsnaam. Boven de loods treft de curator in een eveneens rommelige kantoorruimte dbr. Liem aan, die aanvankelijk van niets wil weten en dan een belofte tot medewerking doet waar hij zich vervolgens niet aan houdt. Het is duidelijk dat op het kantoor nog veel meer BV’s worden ‘beheerd’.

Van twee daarvan, die ook failliet zijn, is de curator doende in samenwerking met de belastingdienst de voormalige bestuurders Oostveen en Thomas aansprakelijk te stellen. De curator in dit faillissement doet in overleg met de belastingdienst aangifte wegens bedrieglijke bankbreuk tegen Oostveen, Thomas en Liem. Niet bekend is welk vervolg die aangifte heeft gekregen.

Hoewel de dossiers een staalkaart bevatten van diverse ‘technieken’ voor faillissementsfraude, valt in statistische zin niet te zeggen hoe vaak specifieke vormen in de praktijk voorkomen. De problematiek van faillissementsfraude is zo geschakeerd in zijn verschijning, dat de meeste vormen niet meer dan enkele keren voorkwamen in de dossiers. In meer globale zin valt echter wel in te schatten hoeveel bedrijven in Nederland zijn opgezet of gebruikt voor benadeling, of waarin sprake is van andere vormen van wederrechtelijke handelingen.

Zoals reeds aangegeven in § 3.7 is ongeveer 8% van de onderzochte faillissementen (mede) toe te schrijven aan ‘dubieuze transacties’. De inhoudsanalyse van de dossiers leidde in 9% van de gevallen tot de kwalificatie ‘evidente fraude’.

Op de vraag of blijkens het dossier de vennootschap is *opgezet* of *gebruikt* voor benadeling van crediteuren is in precies 100 gevallen (11,5%) een positief antwoord gegeven. Het aantal dossiers waarin sprake was van ‘onregelmatigheden met betrekking tot de boedel’ is 173: in 20% van de faillissementen dus (zie tabel 4.1.1). Een deel van deze gevallen overlapt uiteraard: bestuurders van ondernemingen die zijn gebruikt voor benadeling zullen veelal ook proberen om de boedel zoveel mogelijk leeg te trekken. Als deze gevallen worden afgetrokken van het totaal van 173 blijven nog 112 faillissementen over waarin sprake is van onttrekkingen zonder dat de onderneming is opgezet of gebruikt voor benadeling. Dit zijn de bedrijven waar in het zicht van het faillissement nog geprobeerd is zélf zo min mogelijk schade te ondervinden.

Tabel 4.1.1a: Onregelmatigheden m.b.t. de boedel

Type onregelmatigheid (* N.B. meerdere typen naast elkaar mogelijk)		Op totaal (n=868)	% van aantal onregel- matigheden
Wegmaken/verduisteren activa	91	10,5%	52,6%
Doorsluizen activa via gefingeerde nota's	6	0,7%	3,5%
Verkoop activa onder marktwaarde	15	1,7%	8,7%
Anders	64	7,4%	36,9%
Totaal aantal gevallen met onregelmatigheden	173*	19,9%	

Al met al is in één op de vier faillissementen sprake van strafbare handelingen (zie tabel 4.1.1b). Indien dit mag worden geëxtrapoleerd naar alle 3125 faillissementen van vennootschappen die in 2004 zijn beëindigd, dan is het aantal 763. Dit aantal is aanmerkelijk hoger dan het aantal dat het Cbs rapporteert over dezelfde periode. Het Cbs signaleert 294 gevallen van strafbare benadeling (inclusief VOF's).⁹³ Zoals al eerder is aangegeven, komt dit met name doordat het Cbs alleen die zaken heeft meegeteld waarin de curator blijkens de dossiers op enigerlei wijze actie heeft ondernomen. In hoofdstuk 6 zal echter blijken dat curatoren heel vaak géén actie ondernemen. Uit § 5.1 zal bovendien blijken dat curatoren in sommige gevallen waarin zij wél actie hebben ondernomen hiervan geen melding maken in het dossier. Deze beide bevindingen impliceren dat de strikte werkwijze van het Cbs een tamelijk forse onderschatting van de problematiek tot gevolg heeft.

Tabel 4.1.1b: Fraude of onregelmatigheden m.b.t. de boedel

	Dossiers		Geëxtrapoleerd (* 3125/868)
Opgezet voor benadeling	16	1,8%	58
Gebruikt voor benadeling, maar niet opgezet	84	9,7%	302
Onregelmatigheden m.b.t boedel, excl. benadeling	112	12,9%	403
	212	24,4%	763

Het aantal frauduleuze faillissementen in het dossieronderzoek is 2,6 keer zo hoog als in het Cbs-onderzoek. Het percentage 'fraude-oorzaken' 2,7 keer (het Cbs noemt in 2,9% van de faillissementen 'lege BV's/dubieuze handelingen' als oorzaak⁹⁴, tegen 7,9% in § 3.7). Dit correspondeert dus goed met elkaar.

⁹³ Cbs Statline: Faillissementen: schulden, rechtsvorm en behandelingsduur.

"Strafbare benadeling is het verrichten of nalaten van (verplichte) handelingen die strafbaar zijn gesteld in het Wetboek van Strafrecht (artn. 340 tot 349) of het stelselmatig niet betalen van verschuldigde belasting en premies van volks- en werknemersverzekeringen. Hierbij moet gedacht worden aan bijvoorbeeld onvolledigheid of het ontbreken van een boekhouding, bescheiden of andere gegevensdragers, het onttrekken van goederen aan de boedel of het bevoorrechten van een specifieke schuldeiser."

⁹⁴ Cbs Statline: Faillissementen: schulden, rechtsvorm en behandelingsduur.

4.1.2

OMVANG SCHADEBEDRAG

De omvang van het schadebedrag als gevolg van faillissementsfraude, zo zou men kunnen aannemen, valt te berekenen door simpelweg het aantal frauduleuze faillissementen te vermenigvuldigen met de gemiddelde onbetaald gebleven schuld per faillissement. Een dergelijke rekensom zou echter al te eenvoudig zijn. In de eerste plaats betreft het onderzoek een steekproef. Bij correctie van de data was al sprake van een aantal zogeheten ‘uitbijters’ – getallen die zeer ver afweken van het gemiddelde en daardoor tot een vertekend beeld zouden kunnen leiden. Dergelijke problemen lost men in de regel op door bij de analyse de desbetreffende cases te verwijderen. In de analyse van het bestand zijn dan ook uiteindelijk vijf uitbijters verwijderd, waaronder één ‘vordering crediteuren’ van meer dan 90 miljoen Euro aan intra-concern schulden en een ‘vordering banken’ van meer dan 5 miljoen Euro. Na deze correcties kwamen de volgende schadebedragen per faillissement naar voren (zie tabel 4.1.2).

Tabel 4.1.2: Schadebedragen frauduleuze faillissementen (gemiddeld per faillissement)

	Bedrag vorderingen van bank	Bedrag vorderingen van UWV	Bedrag vorderingen van fiscus	Bedrag vorderingen van crediteuren	Totaal gemiddeld
Opgezet of gebruikt voor benadeling	€ 55.227	€ 100.582	€ 171.102	€ 279.831	€ 606.743
N	8	51	69	73	
Onttrekking aan boedel (excl. opgezet/gebruikt)	€ 15.636	€ 61.471	€ 116.118	€ 282.294	€ 475.519
N	16	60	77	83	
Niet frauduleus	€ 143.672	€ 63.344	€ 92.275	€ 248.941	€ 548.232
N	51	306	402	446	
Totaal	€ 106.924	€ 67.629	€ 105.905	€ 257.327	€ 537.785
n	75	417	547	599	

Uit deze cijfers blijkt duidelijk dat de bedrijven die zijn opgezet of gebruikt voor benadeling aanmerkelijk meer schade veroorzaken dan gemiddeld, althans op het punt van premie- en belastingfraude. Voor de benadeling van de belasting blijkt dit verschil inderdaad significant. De benadeling van UWV is ook hoger dan gemiddeld, maar statistisch niet significant. Opvallend is dat de schade voor banken in de frauduleuze en paulianeuze faillissementen veel lager is dan gemiddeld. Uit de interviews met deskundigen komt als verklaring naar voren dat de banken ten eerste hun klanten beter kennen (en daarom in een eerder stadium al hun eventuele vorderingen opeisen), en ten tweede dat banken vaker zekerheden hebben gesteld. In de tweede plaats mag men in geval van evidente fraude nog aannemen dat alle schade is toe te schrijven aan opzet/gebruik, maar is dit voor onttrekkingen aan de boedel veel lastiger vast te stellen. Het is goed denkbaar dat het grootste deel van de schade al aan het faillissement zélf is toe te schrijven, en hooguit een deel aan paulianeuze handelingen of andere onregelmatigheden. Paulianeuze handelingen voltrekken zich immers veelal in het zicht van een anderszins toch al onafwendbaar faillissement. Daarnaast blijkt, zoals gezegd, dat de gemiddelde schade iets lager ligt dan in de niet-dubieuze faillissementen. Indien de schade wél hoger zou zijn geweest, dan kon nog worden aangenomen dat die hogere schade wellicht is toe te schrijven aan de onttrekkingen. Deze veronderstelling kan echter niet hard worden gemaakt aan de hand van de gegevens.

Bij de berekening van de totale schade is dan ook alleen het aantal gevallen van opzet/gebruik, dus de fraude in engere zin meegerekend. Uit tabel 4.1.2 blijkt dat de gemiddelde schade voor de frauduleuze faillissementen ruim € 600.000 belooft. Op een totaal aantal van 100 frauduleuze faillissementen in de dossiers leidt dit tot een schade van € 60 miljoen. Dit vermenigvuldigd met 3125/868, zijnde het totaal aantal faillissementen van rechtspersonen gedeeld door de steekproef, leidt tot een eindbedrag van bijna **€ 220 miljoen**.

Dit is, in het licht van de bovengenoemde twee punten, waarschijnlijk géén overschatting. Zoals aangegeven is bij de berekening van de gemiddelde vorderingen een aantal uitbijters verwijderd. Als deze ook meegenomen zouden worden, dan is de gemiddelde schade per frauduleus faillissement nog aanmerkelijk hoger dan de € 600.000 die in de tabel is genoemd – en daarmee uiteraard ook de totale schade. Hetzelfde geldt voor de gevallen van paulianeuze handelingen, die niet zijn meegewogen maar per definitie een component van strafbare benadeling in zich dragen.

Het bedrag van 220 miljoen Euro is hoger dan het bedrag dat wordt gepresenteerd door het Cbs. Op Cbs Statline wordt voor 2004 een ‘onbetaald gebleven schuld’ genoemd van 180,9 miljoen Euro. Dit is gebaseerd op een totaal van 294 gevallen van ‘strafbare benadeling’, bij een gemiddeld schadebedrag van € 615.000. Dit schadebedrag is hoger dan in het dossieronderzoek, maar daarbij dient te worden aangetekend dat in de gegevens van het Cbs waarschijnlijk wél de verwijderde uitbijter van € 90 miljoen intra-concernschuld is meegenomen. Indien bij onze eigen analyse dat bedrag ook meegewogen zou zijn, zou het gemiddelde van de frauduleuze gevallen € 10.000 hoger liggen dan in de Cbs-gegevens. Niet duidelijk is bovendien in hoeverre de 294 gevallen van het Cbs ook fraudezaken bevatten die in dit onderzoek niet zijn meegenomen als ‘onttrekking aan de boedel’. Onzes inziens is het onjuist gevallen van paulianeus handelen volledig op te voeren als schade door fraude. Dit doet het Cbs overigens ook niet: het Bureau spreekt van ‘onbetaald gebleven schuld’. Hoeveel van die schuld te wijten is aan de eventuele strafbare handelingen valt niet uit de Cbs-gegevens af te leiden.

4.1.3

TRENDGEGEVENS

Een belangrijke aanleiding voor het onderzoek was het vermoeden dat het aantal gevallen van faillissementsfraude de laatste jaren stijgende zou zijn. Aan het dossieronderzoek valt uiteraard geen bevestiging van dit vermoeden te ontleen. Het betreft immers een eenmalige meting, waarbij het vooral ging om de inhoudelijk achtergronden. Op grond van Cbs-gegevens valt wél een beeld te schetsen van de ontwikkeling over de laatste tien jaar. Hierbij dient in ogenschouw te worden genomen dat tussen het uitspreken en de beëindiging van faillissementen bijna drie jaar verstrijkt. Of anno 2004 dus sprake is van een toenemend aantal *fraudegevallen* zal pas over enige jaren met zekerheid te zeggen zijn.

Wel is duidelijk dat de afgelopen jaren het aantal *faillissementen* weer is gestegen. Voor een belangrijk deel zal dit echter samenhangen met de conjuncturele ontwikkeling. Het aantal faillissementen waarin sprake is van strafbare benadeling of waarin dubieuze handelingen als oorzaak worden aangeduid is anno 2004 echter ook gestegen (tabel 4.1.3a). Of sprake is van een trend is echter niet te zeggen: weliswaar valt in 2004 een omslag in een dalende trend te signaleren, maar een eenmalige waarneming is natuurlijk te weinig om te spreken van een trend. Dit geldt evenzeer voor de ‘onbetaald gebleven schuld’ bij faillissementen (zie tabel 4.1.3b): ook hierbij geldt dat de omslag in 2004 vooralsnog eenmalig is. Evenmin valt een duidelijke trend te ontdekken in het gemiddeld schuldbedrag per faillissement. Als, ten slotte,

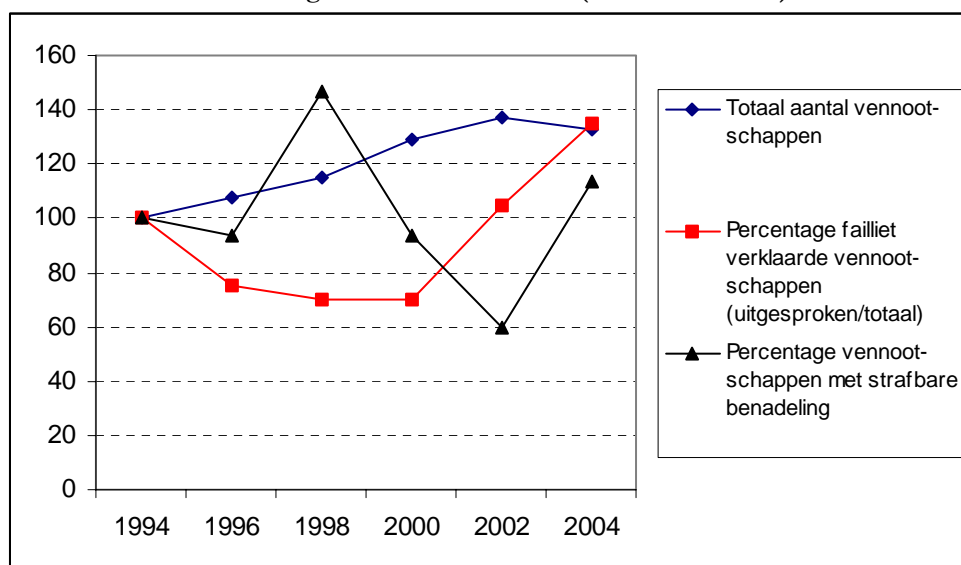
de totale 'achtergebleven schuld' wordt gedeeld door het BBP van drie jaar daarvoor (uitgaande van een afhandelingsduur van drie jaar), dan blijkt de schade anno 2004 (0,4‰ BBP) ruim verdubbeld ten opzichte 2002. Het betreft ook hier echter een stijging ten opzichte van één jaar, dus of sprake is van een 'trend' is niet te zeggen.

Tabel 4.1.3a: Trends in frauduleuze faillissementen?

	Aantal beëindigde faillissementen met strafbare benadeling	Aantal beëindigde faillissementen zonder strafbare benadeling	Totaal aantal beëindigde faillissementen	Totaal aantal vennootschappen	Percentage failliet verklaarde vennootschappen (uitgesproken/totaal)	Percentage beëindigde faillissementen met strafbare benadeling	Percentage vennootschappen met strafbare benadeling
1992	86	1490	1576			5,5%	
1994	193	2210	2403	129480	2,0%	8,0%	0,15%
1996	189	2387	2576	138970	1,5%	7,3%	0,14%
1998	331	2252	2583	148790	1,4%	12,8%	0,22%
2000	229	1944	2173	167475	1,4%	10,5%	0,14%
2002	159	2029	2188	177440	2,1%	7,3%	0,09%
2004	294	3040	3334	172020	2,7%	8,8%	0,17%

Bron: Cbs Statline, strafbare benadeling, vennootschappen

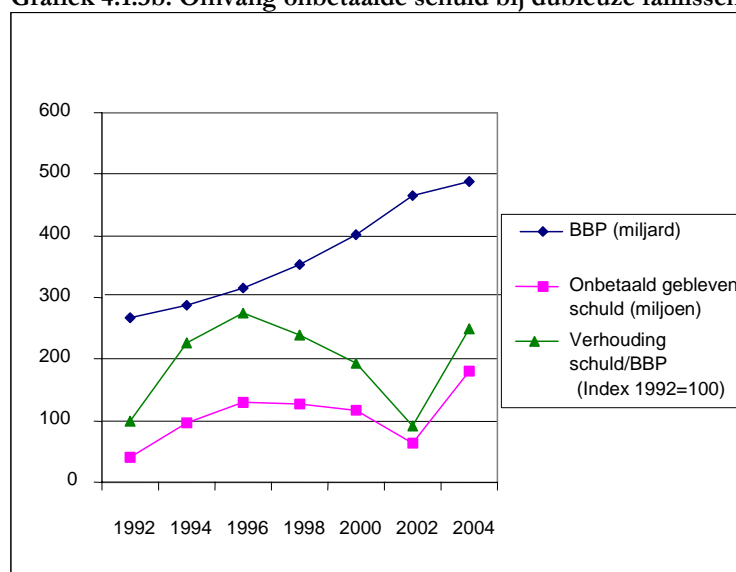
Grafiek 4.1.3a: Ontwikkeling aantal faillissementen (index: 1994 = 100)



Tabel 4.1.3b: Ontwikkeling in schuldbedragen

	Totaal onbetaald gebleven schuld (miljoen Euro)	Gemiddeld onbetaalde schuld totaal	Gemiddeld onbetaalde schuld fiscus	Aantal	Percentage van alle zaken
1992	39,8	€ 465.000,00	€ 148.500,00	86	5,4%
1994	96,9	€ 502.500,00	€ 170.300,00	193	8,0%
1996	129,4	€ 683.200,00	€ 410.400,00	189	7,4%
1998	126,8	€ 383.500,00	€ 112.500,00	331	12,8%
2000	116,6	€ 508.100,00	€ 128.100,00	229	10,6%
2002	64,3	€ 405.200,00	€ 128.700,00	159	7,3%
2004	180,9	€ 615.600,00	€ 130.800,00	294	8,8%

Bron: Cbs, strafbare benadeling, vennootschappen

Grafiek 4.1.3b: Omvang onbetaalde schuld bij dubieuze faillissementen

4.2

ACHTERGRONDFACTOREN

Op grond van de literatuur is verondersteld dat fraude soms samen blijkt te hangen met een aantal specifieke factoren. Het bepalen van dergelijke factoren zou een rol kunnen spelen in de preventie van toekomstige fraude, bijvoorbeeld doordat bestuurders die eerder bij een faillissement betrokken zijn geweest scherper in de gaten worden gehouden of dat bepaalde branches extra aandacht krijgen.

In deze paragraaf wordt een aantal van de mogelijke factoren tegen het licht gehouden

- Bedrijfs grootte (§ 4.2.1)
- Bedrijfstak (§ 4.2.2)
- Eerdere betrokkenheid bij faillissement (§ 4.2.3)
- Keten van bedrijven (§ 4.2.4)
- Voorafgaande statutenwijziging en leeftijd van de rechtspersoon (§ 4.2.5)
- Inbreng anders dan in contanten (§ 4.2.6)
- 'Afwijkende' rechtsvormen (Stichting/Buitenlandse rechtspersoon: § 4.2.7)

4.2.1

BEDRIJFSGROOTTE

Aangenomen zou kunnen worden dat fraude het beste gedijt in kleinere bedrijven, omdat deze minder de aandacht zullen trekken van het bevoegd gezag, de belastingdienst of het UWV. Aan de andere kant levert faillissementsfraude (en zeker premiefraude) pas echt iets op als het bedrijf een zekere massa heeft. Vergelijking naar bedrijfsgrootte levert echter weinig zinvolle informatie op. Hoewel het gemiddeld aantal betrokken werknemers bij de dubieuze gevallen groter is dan in de bedrijven waarin géén fraude is gepleegd, blijkt dit verschil niet significant.

Tabel 4.2.1: Vergelijking naar bedrijfsgrootte

	Opgezet/gebruikt voor fraude		Onregelmatigheden mbt boedel		Geen fraude	
0 werknemers (eenmanszaken)	35	42,2%	55	39,6%	234	42,3%
1-4 werknemers	21	25,3%	37	26,6%	154	27,8%
5-9 werknemers	14	16,9%	22	15,8%	72	13,0%
10-19 werknemers	5	6,0%	10	7,2%	55	9,9%
20-49 werknemers	5	6,0%	11	7,9%	29	5,2%
50-99 werknemers	3	3,6%	4	2,9%	7	1,3%
100 + werknemers					2	0,4%
Totaal	83	100%	139	100%	553	100%
Gemiddeld aantal betrokken werknemers	6,6		6,8		5,6	

4.2.2

BEDRIJFSTAK

Sommige branches lijken de geur van fraude met zich te dragen. De bouw en de horeca bijvoorbeeld genieten bijzondere aandacht van de bureaus Bibob en soortgelijke instanties (zie § 2.5.3). De bouw bevestigt dit beeld in zekere zin, terwijl ook de handel vaker dan gemiddeld lijkt betrokken bij dubieuze praktijken. Opvallend is dat juist in de horeca relatief weinig aanleiding is om aan faillissementsfraude te denken. Beheermaatschappijen zijn, in tegenstelling tot wat men wellicht zou verwachten, ook minder dan gemiddeld betrokken bij faillissementsfraude.

Tabel 4.2.2: Vergelijking naar bedrijfstak

	Alle bedrijven	Opgezet of gebruikt voor benadeling (n=112) ⁹⁵	Onttrekking aan de boedel (n=199)
Landbouw/visserij	1,2%	1,8%	0,5%
Industrie	6,4%	5,4%	6,5%
Bouwnijverheid	7,9%	16,1%	8,5%
Installatiebedrijven	5,1%	3,6%	4,0%
Transport, opslag, communicatie	5,1%	1,8%	7,5%
Computeronderneming	6,5%	4,5%	6,0%
Handel en reparatie	24,9%	35,7%	27,6%
Horeca	2,5%	0,9%	2,0%
Zakelijke dienstverlening	6,4%	4,5%	6,5%
Overige dienstverlening	22,2%	19,6%	22,6%
Beheermaatschappij	11,8%	6,3%	8,0%
	100,0%	100,0%	100,0%

4.2.3

EERDERE BETROKKENHEID BIJ FAILLISSEMENT

Eerdere betrokkenheid bij een (ander) faillissement zou, zeker voor bedrijven die zijn opgezet of gebruikt voor benadeling, een aanleiding kunnen zijn voor argwaan. Dit blijkt tot op zekere hoogte terecht. Terwijl van alle bedrijven een kwart betrokken is geweest bij een eerder faillissement, is dit voor de bedrijven die zijn opgezet of gebruikt voor benadeling meer dan één derde. Deze samenhang is statistisch echter niet significant.

Tabel 4.2.3 Eerdere betrokkenheid bij faillissement?

Opgezet/gebruikt	29	29,0%
Onttrekking aan boedel	16	14,3%
Niet frauduleus	135	20,6%

4.2.4

LEEFTIJD EN STATUTENWIJZIGING

Men kan zich indenken dat bedrijven die daadwerkelijk zijn opgekocht om failliet te gaan geen lang leven beschoren is: de fraudeur zal zo snel mogelijk willen incasseren. Een jonge leeftijd van de onderneming of een korte periode sinds de laatste statutenwijziging zou dus een indicatie kunnen zijn. Voorts kan men zich voorstellen dat een eenmanszaak vlak voor faillissement wordt omgezet in een BV teneinde aansprakelijkheid in privé te ontlopen.

Men zou, op basis van het bovenstaande, dus kunnen vermoeden dat bedrijven die zijn opgezet met het oogmerk om te frauderen een kortere 'leeftijd' hebben op het moment van faillissement dan reguliere bedrijven. Uit eenweg-variantieanalyse van de leeftijd van de onderneming op het moment van aanvraag faillissement blijkt in eerste instantie niets van een statistische samenhang. Integendeel: bedrijven die evident frauduleus zijn hebben een gemiddelde leeftijd van 10,6 jaar tegen 9,1 jaar voor de bonafide faillissementen. Bij nader inzien wordt dit gemiddelde echter in hoge mate beïnvloed door een aantal oude bedrijven die kort voor faillissement zijn opgekocht en voorzien van een 'katvanger' en die daarna binnen een half jaar failliet waren. Zonder deze bedrijven is de gemiddelde leeftijd voor de bedrijven

⁹⁵ Aangezien bedrijven in meerdere bedrijfstakken ingedeeld konden worden, is het aantal waarnemingen ook hoger dan 100 respectievelijk 173.

die zijn opgezet voor benadeling slechts 3,6 jaar tegen gemiddeld 9 voor bonafide bedrijven. Als de leeftijd van de katvangerbedrijven ook nog wordt meegenomen, daalt de leeftijd nog verder. Punt is natuurlijk wel dat jaarlijks bijna 5.000 BV's en NV's worden opgericht.⁹⁶ Het aantal jonge bedrijven dat is opgezet of gebruikt met crimineel oogmerk is hier slechts een fractie van.

Toch mag men aannemen dat als het faillissement werd beoogd en deel uitmaakte van een 'opzetje', het faillissement betrekkelijk snel na oprichting of, indien een bedrijf wordt opgekocht, na een recente statutenwijziging plaatsvindt. Een analyse op dit punt (wijziging van statuten) levert inderdaad een significant verschil op ($p < .001$). Overigens zijn het met name de gevallen waarin sprake is van onttrekking aan de boedel waarin een statutenwijziging heeft plaatsgevonden. Bovendien blijkt dat de periode tussen statutenwijziging en faillissement voor de frauduleuze bedrijven met 3,1 jaar significant korter is dan voor de bonafide bedrijven (4,7 jaar).⁹⁷

Tabel 4.2.4 Recente statutenwijziging

	Statutenwijziging?		Aantal dagen tussen statutenwijziging en uitspraak faillissement
opgezet/gebruikt	29	29,0%	1144
onttrekking aan boedel	40	35,7%	1149
niet frauduleus	135	20,4%	1703

Een statutenwijziging kan dus een indicatie zijn dat er 'iets' aan de hand is in de onderneming. Het is om deze reden dan ook terecht dat ook bij statutenwijziging een verklaring van geen bezwaar wordt gevraagd.

4.2.5

KETEN VAN BEDRIJVEN (OVERNAME/DOORSTART)

Een belangrijke aanvullende indicator voor mogelijk dubieuze oorzaken van het faillissement is dat de onderneming een (gehele of gedeeltelijke) voortzetting is van activiteiten van een andere onderneming óf dat sprake is van doorstart. Het onderhavige bedrijf is dan een schakel in een keten van doorgaande activiteiten – hetzij een eindschakel (bij voortzetting), hetzij een begin- of een middenschakel (bij doorstart of plannen daartoe). Indien het failliete bedrijf een voortzetting is van (delen van) een andere onderneming, dan zou het kunnen zijn dat de gezonde delen van de oude onderneming zijn afgesplitst en dat de rest in het huidige op faillissement koerst. In het geval van doorstart kan de ondernemer juist de gezonde delen willen afsplitsen, waarna de schulden (of duurovereenkomsten, zie § 4.3) in de failliete onderneming achterblijven.

Voorzetting

Het is niet ongewoon dat een onderneming (deels) wordt verkocht aan en voortgezet door een andere rechtspersoon, met behoud van activiteiten. Ook is niet uitzonderlijk dat een onderneming wordt voortgezet door personen of rechtspersonen die eerder al bij de onderneming betrokken waren – als bestuurder, als aandeelhouder of als verwante rechtspersoon in een netwerk van BV's of andere rechtspersonen. Dit is als zodanig zeker nog geen indicatie voor mogelijke fraude. Omgekeerd is echter wel denkbaar dat, zoals hierboven al

⁹⁶ Cbs Statline, Oprichtingen van bedrijven naar economische activiteit en rechtsvorm.

⁹⁷ De leeftijd voor bedrijven die zijn opgezet om failliet te gaan is nog duidelijk korter (minder dan 2 jaar). Aangezien echter slechts van een zeer beperkt aantal opgezette faillissementen ($n=3$) de meest recente statutenwijziging viel te achterhalen, mag dit gegeven niet significant genoemd worden.

aangegeven, de verkoop van een onderneming een instrument kan zijn om schuldeisers af te schudden en schuldenvrij door te starten.

In totaal zijn 106 van de ondernemingen in het dossieronderzoek een voortzetting van activiteiten van een andere onderneming – 15% van het aantal waarvan uit het dossier viel op te maken of al dan niet sprake was van voortzetting. Het percentage voortzetting van (een deel van) een andere onderneming is bij faillissementen met fraudeaspecten niet significant hoger dan bij ‘gewone’ faillissementen (zie tabel 4.2.5). Louter het feit dat een onderneming een voortzetting is van een andere onderneming is dus op zich geen aanleiding om aan fraude te denken.

In 18 gevallen heeft de voortgezette onderneming dezelfde bestuurder (formeel dan wel feitelijk), die vervolgens met de overnemende onderneming failliet is gegaan. Het verschil tussen dubieuze en niet-dubieuze gevallen is duidelijk wél significant (al is het aantal tamelijk beperkt). Het gegeven dat een onderneming wordt voortgezet door de oud-bestuurder zou dus een indicatie voor fraude kunnen zijn.

Tabel 4.2.5 Voortzetting van andere onderneming

	totaal	voortzetting van activiteiten:			voortzetting door zelfde bestuurders:			
		nee	ja	% doorstart	nee	ja	onbekend	% doorstart
opgezet/gebruikt voor benadeling	75	66	9	12%	69	3	3	4%
onttrekking aan boedel	77	59	18	23%	64	9	4	12%
‘niks aan de hand’	491	421	70	14%	466	6	19	1%
totaal	643	546	97	15%	599	18	26	3%

Aan de andere kant van het faillissement staan de gevallen waarin (een deel) van de onderneming werd aangeboden voor overname of wordt doorgestart. Het verkopen van (delen van) de onderneming kan in meerdere opzichten gunstig zijn: zo vloeit geld terug naar de boedel en blijft in sommige gevallen werkgelegenheid overeind.

Tapijthandel Gras

Dat de doorstart soms als een positieve zaak gezien kan worden, illustreert Groenewegen beeldend in zijn relaas van het faillissement van een tapijt- en textielgroothandel waarin hij als curator was aangesteld.⁹⁸ Deze onderneming was zes jaar eerder ook al failliet gegaan en had toen een doorstart gemaakt, waarbij Groenewegen als medewerker van de toenmalige curator betrokken was. Groenewegen roemt de ijver en overlevingsdrang van de werknemers die niet konden verkroppen dat hun al meer dan honderd jaar oude bedrijf zou ophouden te bestaan. Na twee weken bleek het mogelijk een doorstart te realiseren waarbij bovendien een groot deel van de werknemers in dienst kon blijven. Groenewegen roept het personeel bij elkaar en om dit nieuws mee te delen. Bij het zien van de opluchting op de gezichten van de werknemers denkt hij aan de gezinnen, huizen, hypobekken etcetera van deze mensen en is blij dat hij de doorstart voor elkaar gekregen heeft.

De keerzijde van doorstart kan echter zijn dat in sommige gevallen bedrijven overeind worden gehouden waarbij de bestuurder wellicht kwalijke intenties heeft. In het geval van vloerenhuis Valk (zie kader) was het in het belang van afnemers van een parketvloer dat het bedrijf een doorstart maakte, terwijl de curator zijn twijfels had – twijfels die later terecht bleken.

⁹⁸ J.L.M. Groenewegen, ‘Hallo, daar zijn we weer!’ of: Het menselijk element in een doorstart, in: M.E. Smidt-Adank en E.Ch. Welmerink (red.), De curator: (on)zeker? Deventer: Kluwer, 2001.

Vloerenhuis Valk

Vloerenhuis Valk is de voortzetting van vloerboetiek Mus die eind 2001 failliet was gegaan. Volgens de curator was in het faillissement Mus zeker sprake van een poging om goedkoop van werknemers af te komen. Toen Valk binnen 14 maanden óók failliet was gegaan, heeft curator onderzocht of in dit geval sprake was van oneigenlijk gebruik van faillissement. Navraag bij de curator leert dat dit “in theorie zeker het geval was. In de praktijk bleek het echter nauwelijks aan te tonen.” Bij Valk ging het bovendien vooral om het benadelen van crediteuren. “Meneer is erachter gekomen dat het bijzonder lucratief kan zijn om failliet te gaan”, aldus de curator. In het faillissement Valk heeft de bestuurder getracht om dezelfde activa-transactie door te voeren als in het geval Mus. De curator heeft echter eerst geprobeerd om andere partijen te interesseren voor koop van de boedel. Toen dit niet lukte, is de boedel toch overgenomen door de bestuurder, met de intentie dat de oude cliënten van Valk alsnog hun parketvloer geleverd zouden krijgen. Inmiddels is ook het nieuwe bedrijf, Valk Benelux BV, failliet – binnen zeven maanden na beëindiging van het vorige faillissement. Op Internet is de website van het bedrijf, onder dezelfde naam, nog steeds actief.

In ruim een kwart van de gevallen heeft de curator contact gehad met gegadigden voor overname; bij de failliete ondernemingen met vijf of meer werknemers in meer dan de helft van de gevallen. Slechts zelden werd *going concern* verkocht. In 46 gevallen is de handelsnaam van het bedrijf overgenomen (5,3%). In hoeverre de overnemende bedrijven op hun beurt weer failliet zijn gegaan, valt op grond van de dossiers niet te achterhalen. In één geval, dat is beschreven in hoofdstuk 5, bleek dit binnen een half jaar wel te zijn gebeurd. Van de andere 45 cases was het niet mogelijk dat systematisch na te gaan.

4.2.6**INBRENG ANDERS DAN IN CONTANTEN**

Bestuurders van eenmanszaken die op de rand van het faillissement staan, zouden in de verleiding kunnen komen om hun eenmanszaak onder te brengen in een BV om zo hun schuldeisers te ontlopen. Het aantal dossiers waarin er sprake van is dat bij oprichting het kapitaal anders dan in contanten is ingebracht is beperkt – 22 stuks. Op twee na betreft het allemaal inbreng van een gehele onderneming. Slechts in één geval is volgens de curator sprake geweest van onderwaardering van ingebrachte activa. Het aantal fraudeurs onder deze vennootschappen is niet hoger dan onder de andere bedrijven. In twee gevallen was sprake van gebruik van faillissement ter benadeling van crediteuren (9%), in zes gevallen zijn onregelmatigheden met betrekking tot de boedel geconstateerd (waaronder de twee voornoemde ondernemingen). In 16 gevallen (73%) was er niets onoirbaars geconstateerd.

4.2.7**BUITENLANDSE RECHTSPERSOON EN STICHTINGEN**

Het gebruik van buitenlandse rechtspersonen is een kwestie die, blijkens eerder onderzoek, argwaan zou kunnen oproepen. Dat deed het in ieder geval medio jaren '90. Het aantal buitenlandse rechtspersonen bleek in die periode sterk toe te nemen, en er waren duidelijk aanwijzingen dat deze in toenemende mate werden gebruikt als dekmantel voor criminele

activiteiten.⁹⁹ Het huidige aantal buitenlandse rechtspersonen wordt geschat op ruim 5.000, waarvan een kleine 500 als formeel buitenlandse vennootschap worden aangemerkt, dat wil zeggen vennootschappen die weliswaar een buitenlandse zetel hebben maar feitelijk alleen in Nederland actief zijn.¹⁰⁰ Het aantal buitenlandse rechtspersonen in de dossiers was zeer beperkt: in totaal zijn in de dossiers veertien Ltd's, GmbH's of andere buitenlandse rechtspersonen gevonden (geëxtrapoleerd naar alle faillissementen in Nederland zijn dit er ongeveer 50). Vijf van die bedrijven waren opgezet of gebruikt voor benadeling van crediteuren (36%). In vergelijking met het percentage BV's dat is opgezet of gebruikt voor benadeling (10%) is het percentage onder buitenlandse rechtspersonen duidelijk hoger. Daarnaast waren er vier faillissementen die volgens de onderzoekers dubieus waren, maar waarin niet te achterhalen viel wat de curator heeft ondernomen (zie ook § 5.1). Het probleem is echter dat het aantal cases te klein is om harde conclusies te verbinden aan dit gegeven. Aan de andere kant is een aantal van ongeveer 50 faillissementen op een totaal van 500 formeel buitenlandse rechtspersonen een aanmerkelijk hoger percentage dan voor BV's of NV's.

Wyranta Ltd

Wyranta is een Britse Limited. De bestuurder en secretaris, samen enig aandeelhouder, zijn echter permanent woonachtig in Nederland. Het faillissement wordt aangevraagd door een Nederlandse crediteur. De rechtbank verklaart Wyranta failliet, waartegen Wyranta hoger beroep instelt. Ze beroept zich erop dat de rechtbank niet bevoegd is omdat Wyranta haar statutaire zetel in Cardiff heeft. Het hof is van oordeel dat Wyranta onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat haar zetel in het Verenigd Koninkrijk ligt. Het faillissement kan dus gewoon in Nederland afgedaan worden.

De bestuurders worden aansprakelijk gesteld voor de omstandigheid dat Wyranta de op grond van de wet formele buitenlandse vennootschappen vereiste documenten niet bij het Handelsregister had neergelegd. Het Hof van Justitie heeft echter in het Inspire Art arrest bepaald dat deze bepalingen in strijd zijn met EG-wetgeving. Uiteindelijk worden de bestuurders daarom toch niet aansprakelijk gesteld.

Dit probleem van de beperkte steekproef doet zich ook voor bij stichtingen. Het gebruik van stichtingen komt beperkt voor. Hoewel blijkens de gegevens uit het onderzoek stichtingen iets vaker dan gemiddeld kunnen worden geassocieerd met fraude, is dit gegeven echter statistisch niet significant. Het aantal stichtingen dat, blijkens de dossiers, is opgezet of gebruikt voor benadeling is namelijk slechts drie.

Tabel 4.2.6: Gebruik 'afwijkende' rechtspersonen

	Stichting (n = 22)	Buitenlandse rechts- persoon (n =14)	BV (n = 826)
opgezet/gebruikt	14%	36%	10%
onttrekking aan boedel	14%	7%	13%
niet frauduleus	73%	57%	76%

⁹⁹ A. Klarenbeek, De aanwezigheid van buitenlandse rechtspersonen in Nederland: een onderzoek Amsterdam: Vrije Universiteit, Faculteit der Rechtsgeleerdheid (scriptie) 1995, M. van Traa, *Inzake opsporing*, Den Haag: Sdu, 1996 Bijlage X, § 7.3.2

¹⁰⁰ J.B. Wezeman., M.H.A. van Houtum., *Rapport inzake pseudo buitenlandse vennootschappen*, Den Haag: WODC 2003

Hoewel het beperkte aantal cases op dit punt het trekken van methodologisch verantwoorde conclusies in de weg staat, lijkt al met al de argwaan die wordt gekoesterd jegens buitenlandse rechtspersonen niet misplaatst.

4.3

MISBRUIK

Van misbruik van faillissement is sprake wanneer het faillissement wordt gebruikt als middel tot oneigenlijke beëindiging van lopende (duur)overeenkomsten – in het bijzonder arbeids-, huur- of leaseovereenkomsten. ‘Oneigenlijk’ wil in het algemeen zeggen dat de verplichtingen die aan het regulier beëindigen van deze overeenkomsten waren verbonden, worden ontlopen doordat de onderneming het op een faillissement aan laat komen terwijl de financiële toestand van de rechtspersoon op het moment van de faillissementsaanvraag zodanig was dat zij haar verplichtingen uit deze overeenkomsten gewoon had kunnen dragen zonder dat de continuïteit in gevaar zou zijn gekomen (zie uitgebreider § 2.3.3).¹⁰¹ Bovendien is het misbruik veelal gericht op doorstart van de onderneming: het faillissement biedt de ondernemer de mogelijkheid met een deel van het personeel of tegen lagere arbeidsvoorwaarden de onderneming voort te zetten (zij het binnen een andere rechtspersoon). Zeker indien de onderneming wordt voortgezet door dezelfde bestuurder of verwanten dient men alert te zijn op oneigenlijk gebruik van het faillissement.

In het dossieronderzoek is een aantal aandachtspunten opgenomen om inzicht te krijgen in de mate waarin misbruik voorkomt dan wel vermoed mag worden. Centrale vragen hierbij zijn:

1. Zijn de kosten van verplichtingen uit duurovereenkomsten (mede) reden geweest voor de aanvraag van het faillissement?
2. Maakt de curator melding van de opvatting dat de rechtspersoon ook zonder faillissement tot beëindiging van de duurovereenkomsten had kunnen komen zonder dat de continuïteit in gevaar was gekomen?
3. Heeft de failliet korte tijd vóór het faillissement geprobeerd personeel te ontslaan?
4. Maakt de curator melding van plannen tot ‘doorstart’ en, zo ja, bestonden deze plannen al ten tijde van de faillissementsaanvraag?
5. Hadden gegadigden voor overname banden met de failliet?
6. Wijkt de totale schuld bij faillissement af van de andere faillissementen?

Elk van deze elementen afzonderlijk is nog geen reden om misbruik aan te nemen. Combinatie van een aantal elementen zou echter wel aanleiding kunnen zijn om misbruik te vermoeden.

Duurovereenkomsten

De eerste combinatie is die van vraag 1 en 2. Indien beide vragen positief worden beantwoord, zou men mogen spreken van een sterk vermoeden van misbruik. Het aantal gevallen waarin sprake is van duurverplichtingen als mede-oorzaak van faillissement is echter al beperkt: 48 (waarvan sommige met meerdere duurovereenkomsten: zie tabel 5.1.1), ofwel 5,5% van het totaal. Bovendien is slechts in één geval uit het verslag van de curator op te maken dat de rechtspersoon zijn inziens ook zonder faillissement tot beëindiging van de duurovereenkomsten had kunnen komen. Nadere bestudering van dit dossier leert dat hier geen indicaties voor misbruik zijn te vinden.

¹⁰¹ H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming*, Deventer: Kluwer 1998, p. 89

Tabel 4.3.1 Duurovereenkomst als reden voor faillissement

Zijn de kosten van verplichtingen uit duurovereenkomsten (mede) reden geweest voor de aanvraag van faillissement?					
	n	n	% van alle zaken	Van rechtspersoon met: werknemers: 5+ werknemers:	
Duurovereenkomsten waren reden	48		5,5 %		
Waarvan overschot aan personeel		33	3,8 %	6,9 %	8,1 %
Waarvan huur bedrijfspand		20	2,3 %		
Duurovereenkomsten geen reden	820		94,5 %		
Totaal	868		100 %		

Poging tot ontslag

Een andere omstandigheid die als een indicatie van misbruik kan worden geïnterpreteerd, is die waarin een failliet eerder heeft geprobeerd personeel te ontslaan. Dat is blijkens de dossiers slechts in 37 gevallen gebeurd.¹⁰² Van de 33 bedrijven waarin een overschot aan personeel mede reden is geweest voor de aanvraag van het faillissement hebben er zes geprobeerd vooraf personeel te ontslaan (dat is ruim vier keer zo vaak als in de andere bedrijven). Ook hier geldt weer dat het feit dat men personeel heeft proberen te ontslaan, als zodanig nog geen grond is aan te nemen dat het faillissement *dus* was gericht op het 'lozen' van personeel; het kan immers een legitieme poging zijn geweest het faillissement alsnog af te wenden.

Hier zijn dus aanvullende indicatoren voor mogelijk misbruik vereist. Een daarvan zou zijn dat het bedrijf een relatief kleine schuld had waarvan aangenomen mag worden dat het bedrijf die ook wel zonder faillissement had kunnen aflossen. Het aantal bedrijven dat een schuld heeft van minder dan € 100.000 en bovendien personeel heeft willen ontslaan is echter zéér gering. Bovendien worden daarbij in geen enkel geval de verplichtingen uit duurovereenkomst door de curator vermeld als reden tot aanvraag van het faillissement.

Doorstart

Eerder (§ 4.2.5) is al aangegeven dat voortzetting van activiteiten van een andere onderneming dan wel doorstart een belangrijke indicator zou kunnen zijn voor mogelijk dubieuze motieven in het faillissement. Misbruik van faillissement in de hier bedoelde zin, het beëindigen van duurovereenkomsten, is één van die motieven.

In die gevallen waarin het faillissement betrekking had op bedrijven met vijf of meer werknemers, had volgens de informatie in de dossiers 27% van die bedrijven plannen voor een doorstart (in 1996 was dit 39 %).¹⁰³ Van die plannen kon tweederde ook worden gerealiseerd (in 1996: 90 %). Van de 221 failliete bedrijven met vijf werknemers of meer had de curator in 122 gevallen contact met gegadigden voor overname van (een deel van) de boedel. In twaalf van die gevallen (10 %) leidde dat niet tot verkoop, in vier gevallen alleen tot verkoop dan wel veiling van onderdelen van de inventaris van het bedrijf. In twintig gevallen (16 %) werd de onderneming geheel of grotendeels overgenomen, veelal met een deel van het personeel, door een koper die, voor zover uit het dossier viel op te maken, géén band had met de aandeel-

¹⁰² Hierbij zitten ook bedrijven die op het moment van faillissement géén werknemers meer in dienst hadden, maar voordien wel. 37 Gevallen van ontslag is 4,2% van alle bedrijven. Van de bedrijven die op het moment van faillissement nog wél personeel in dienst hadden, heeft 3,6% geprobeerd om personeel te ontslaan.

¹⁰³ R. Knegt, *Faillissementen en selectief ontslag: een onderzoek naar 'oneigenlijk gebruik' van de Faillissementswet*, Amsterdam: HSI, 1996., p. 25

houders of bestuurders van het failliete bedrijf. In de helft van de gevallen was er wel een relatie tussen de koper(s) en deze (rechts)personen en kan van een 'doorstart' worden gesproken. Failliete ondernemingen met vijf of meer werknemers waarvan de activiteiten tenminste gedeeltelijk zijn voortgezet, waren in zeven van de tien gevallen overgenomen door (rechts)personen die verwant zijn met de aandeelhouders of bestuurders van de failliete onderneming. Een vergelijking met de resultaten van het onderzoek uit 1996 is opgenomen in onderstaande tabellen. Het komt minder vaak dan in de jaren negentig tot verkoop van (een deel van) de onderneming, maar de mate waarin dat gebeurt aan (rechts)personen die al banden hadden met de gefailleerde onderneming, is nauwelijks veranderd.

Tabel 4.3.2: Verkoop van onderdelen en/of voortzetting van activiteiten van failliet verklaarde ondernemingen met 5 of meer werknemers

	1994/1995 *	%	2004 **	%
Curator heeft geen contact gehad met gegadigden voor koop	72	25	90	42
Wel contact, maar dit resulteert niet in verkoop	23	8	12	6
Alleen een deel van de inventaris is verkocht of geveild	10	4	4	2
Verkoop van (deel of delen van) de onderneming	181	63	106	50
Totaal	286	100 %	212	100 %

* Faillissementen *uitgesproken* tussen 1 juli 1984 en 1 juli 1985

** Faillissementen *beëindigd* tussen 1 januari en 1 september 2004

Tabel 4.3.3: Verkoop aan en/of voortzetting van activiteiten van failliet verklaarde ondernemingen met 5 of meer werknemers, al dan niet door (rechts)personen die betrokken waren bij de failliet verklaarde onderneming

	1994/1995 **	%	2004 ***	%
Verkoop van onderdelen of gehele onderneming aan derden	83	45	52	49
Verkoop aan (rechts)personen die al betrokken* waren bij de gefailleerde	98	55	54	51
Totaal	181	100 %	106	100 %

* 'Betrokken': zelfde eigenaar en/of zelfde bestuurder, familieband tussen koper en eigenaar of bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon of de koper is ex-werknemer van de gefailleerde rechtspersoon.

** Faillissementen *uitgesproken* tussen 1 juli 1984 en 1 juli 1985

*** Faillissementen *beëindigd* tussen 1 januari en 1 september 2004

In de dossiers waarin sprake is van een doorstart is iets vaker een poging ondernomen om personeel te ontslaan dan gemiddeld (6,1%), maar het verschil is niet significant. Het aantal waarnemingen is zó gering dat hier geen conclusies aan verbonden mogen worden.

Beoordeling

Al met al is het op basis van de informatie in de dossiers bijzonder lastig gebleken tot de kwalificatie 'misbruik van faillissement' te komen. Dat ligt zowel aan de informatie als aan de criteria. Ten eerste bleek de kwaliteit van de dossiers op dit punt helaas onder de maat.¹⁰⁴ Ten

¹⁰⁴ Sinds enige tijd hanteren curatoren een standaard format voor het invullen van de faillissementsverslagen. Dit format was in 2004, de periode van onderzoek, echter nog niet ingevoerd. Ook blijkt uit de interviews met curatoren dat niet alle curatoren zich aan het format wensen te houden.

tweede is het vaak lastig te beoordelen of een doorstart al dan niet oneigenlijk is – ook voor de curator. Veelal zal de curator kiezen voor het belang dat gediend is met een doorstart, en wellicht minder oog hebben voor de twijfelachtige aspecten van het faillissement. In drie gevallen gaf de curator zelf in het dossier aan dat hij dacht dat er van ‘misbruik’ sprake was. Verder zijn uit de dossiers meer dan twintig gevallen gelicht die door de onderzoekers zélf als ‘dubieus’ werden beoordeeld, maar waarin de curator geen actie heeft ondernomen.

Om deze redenen is in een aantal gevallen per brief om aanvullende informatie gevraagd (zie § 5.1 voor een uitgebreidere verantwoording). Van de 25 terugontvangen formulieren met betrekking tot ‘misbruik van faillissement’ (‘B’) gaven twee van de benaderde curatoren aan dat geen sprake was van beëindiging van duurovereenkomsten.¹⁰⁵ In de helft van de resterende gevallen was de beëindiging ‘in het geheel niet’ reden voor het aanvragen van het faillissement, in drie gevallen ‘in beperkte mate’ wel en in acht gevallen ‘in hoge mate’. Volgens de curator had de rechtspersoon echter in geen van deze 23 gevallen een andere optie gehad dan faillissement. Op grond van deze aanvullende informatie mag dus worden aangenomen dat er in die gevallen weinig aanwijzingen voor misbruik waren.

De curator

Ook uit de interviews komt het beeld naar voren dat misbruik moeilijk is aan te tonen – of althans dat de curatoren een zogenaamd ‘technisch faillissement’ niet oneigenlijk achten.¹⁰⁶ De reden dat een doorstart in een technisch faillissement door curatoren niet als misbruik wordt ervaren, is dat zij vinden dat ondernemers door het Nederlands arbeidsrecht gedwongen worden tot dergelijke faillissementen. Het feit dat het moeilijk is om buiten faillissement personeel te ontslaan, dwingt ondernemers om het faillissement als instrument voor reorganisatie te gebruiken. Deze ondernemingen waren anders toch failliet gegaan, en op deze manier kan in ieder geval de onderneming blijven bestaan – zij het in afgeslankte vorm.

Niet zelden ligt in dergelijke gevallen op het moment van faillissement al een doorstartplan klaar. Het is aan de curator of hij dat plan ten uitvoer wil brengen of niet. Sommige curatoren zijn blij als er een plan is: dan is tenminste al nagedacht over de toekomst van de onderneming. Anderen hebben juist een afkeer van het uitvoeren van ‘voorgekookte’ doorstartplannen. Deze curatoren willen zelf beslissen wat er gebeurt en niet gestuurd worden. Zij zullen bijvoorbeeld proberen om een andere dan de voorgestelde koper te vinden. Daarmee kiezen zij niet voor de makkelijkste weg. Het vinden van een andere koper is niet altijd eenvoudig. Bovendien staat de curator meestal onder een behoorlijke tijdsdruk. Om een doorstart succesvol te laten verlopen, is het vaak nodig snel te handelen. Bovendien heeft de curator per definitie een informatieachterstand op de personen die het oorspronkelijke doorstartplan hebben opgesteld. Dit kan gebruikt worden om de curator onder druk te zetten. Wanneer de curator immers de verkeerde beslissing neemt, kan hij aansprakelijk gesteld worden voor de door hem veroorzaakte tekorten in de boedel.

Rechtspraak

Niet alleen praktisch, ook juridisch is het buitengewoon lastig ‘oneigenlijk gebruik’ van faillissement aan te tonen. De rechtspraak is niet eenduidig, waardoor niet eenvoudig is aan te geven wanneer sprake is van oneigenlijk gebruik van het faillissement. In de literatuur is al

¹⁰⁵ In de overige 23 gevallen ging het in de meeste (18) gevallen om beëindiging van arbeids- en huur- dan wel leaseovereenkomsten, in 2 gevallen alleen om arbeidsovereenkomsten en in 2 gevallen alleen om huurovereenkomsten.

¹⁰⁶ Sommige van de geïnterviewden oordeelden zelfs dat misbruik helemaal niet voorkomt. Slechts enkele respondenten spreken wel van misbruik wanneer het een faillissement betreft dat alleen als doel heeft om bijvoorbeeld de hoeveelheid werknemers te reduceren. Zij denken dat misbruik wel voorkomt.

enige tijd een discussie gaande of het afbreuk doen aan arbeidsrechtelijke bescherming de *enige* reden voor aanvraag van het faillissement moet zijn (de zogeheten 'beperkte leer') of dat voldoende is dat het een belangrijke reden is ('ruime leer'). Dit is vooral van belang voor de bewijslast. Een faillissement zal met toepassing van de beperkte leer zelden of nooit oneigenlijk bevonden worden, omdat er altijd wel een slechte financiële positie aan ten grondslag ligt. In de rechtspraak overheerste tot voor kort de beperkte leer. De Hoge Raad lijkt echter met zijn uitspraak van 28 mei 2004 (De Boek/van Gorp)¹⁰⁷ voor de ruime leer gekozen te hebben. De Hoge Raad geeft namelijk aan dat het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is, ook niet in het licht hetgeen De Boek omtrent de financiële situatie van de vennootschap heeft aangevoerd.¹⁰⁸ De Hoge Raad is blijkbaar van oordeel dat ook sprake kan zijn van misbruik indien de financiële situatie aanleiding geeft tot aangifte van het faillissement. Wanneer wordt uitgegaan van de ruime leer zal eerder aangenomen worden dat sprake is van misbruik. Dit kan curatoren belemmeren in het realiseren van een doorstart.

Verzet

Het aantal gevallen waarin ontslag voor de rechter is aangevochten, is bijzonder gering. Hoewel de juridisch medewerker van FNV Bondgenoten in het interview aangeeft dat zij met grote regelmaat verzoeken hiertoe krijgt van werknemers die aangeven dat het faillissement van hun bedrijf naar misbruik riekt, zal de bond vanwege de moeilijke bewijslast niet snel een procedure beginnen.¹⁰⁹

Ook de mogelijkheid om namens de leden in verzet te komen tegen de machtiging van de rechter-commissaris om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, wordt niet vaak gebruikt. Praktisch probleem is dat het verzet binnen acht dagen dient te zijn aangetekend. Veelal is al een aantal dagen verstreken voordat de vakbondsbestuurder op de hoogte is, en soms zelfs is hij dat pas na sluiting van de termijn. Bovendien wordt het verzet nooit gegrond verklaard, en dreigt zelfs dat als het verzet gegrond is UWV het loon niet langer doorbetaalt omdat er voldoende geld in de boedel zit om het loon door te betalen.¹¹⁰

Een laatste mogelijkheid om op te komen tegen het faillissement is het starten van een enquêteprocedure. In de praktijk blijkt via de enquêteprocedure echter niet veel te halen. Het faillissement blijft in stand, en de werknemers krijgen er hun werk niet mee terug.

Slotsom

In slechts enkele gevallen geven curatoren zelf aan dat zij menen met een geval van 'misbruik' van doen te hebben. Voor het overige is het lastig op basis van de informatie in de dossiers tot de kwalificatie 'misbruik' te komen.

Nadeel van het criterium van Oosthout is bovendien dat het alleen ziet op de failliete rechtspersoon en de recente financiële ontwikkelingen. Bekend is echter dat soms ruim van te voren een deel van het personeel dat een onderneming minder geschikt acht om in de toekomst mee verder te gaan, wordt ondergebracht in een aparte BV waarvan het faillissement vervolgens als een niet te vermijden of zelfs wenselijke uitkomst wordt gezien. In het dossieronderzoek kon hierover echter niet veel informatie worden verzameld, bijvoorbeeld omdat de dossiers doorgaans geen informatie bevatten over de duur van het dienstverband van de door

¹⁰⁷ Hoge Raad 28 mei 2004 JOL 2004/281, JAR 2004/216 (De Boek/van Gorp)

¹⁰⁸ M.L. Lennarts en S.N. de Valk, 'Aansprakelijkheid van bestuurders jegens werknemers wegens misbruik van faillissement HR. 28 mei 2004, JOL 2004, 281' *ArA* 2004/2 p. 108-123.

¹⁰⁹ Eén van de zaken waarin de misbruik bewezen werd geacht is de zaak MTW/Vermaat FNV (HR 29 juni 2001, *JOR* 2001, 169). Een eerder voorbeeld is de zaak Ammerlaan (Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, *JAR* 1996, 58). Een recent arrest van de Hoge Raad betreffende misbruik is De Boek/Van Gorp (HR 28 mei 2004, *JOL* 2004, 281)

¹¹⁰ Dit gebeurde onder meer in het faillissement van Plaid Nederland.

faillissement getroffen werknemers. Uit een interview met een medewerker van de juridische dienst van FNV Bondgenoten kwam naar voren dat het gebruik van dergelijke personeels-BV's in opkomst is. Probleem is echter hard te maken dat deze aparte BV's ook zijn opgezet met kwade intenties. Er zijn immers ook legio bonafide bedrijven die voor een aparte personeels-BV kiezen zonder het oogmerk om de rechtsbescherming van de werknemers te ondermijnen.

4.4

ONBEHOORLIJK BESTUUR

Ondernemingen worden geacht een deugdelijke administratie te voeren (art. 2:10 BW). Administratieve rookgordijnen door incomplete of onjuiste gegevens dan wel het geheel ontbreken van de administratie zijn een belangrijk middel om de oorzaak van een faillissement aan het zicht te onttrekken. Dat impliceert overigens niet per se dat een ondeugdelijke administratie dús een bewijs van fraude is. Het kan ook louter administratieve slordigheid of ondeskundigheid betreffen. Uit tabel 4.4.1 blijkt echter dat het toch met name de dubieuze bedrijven zijn die ook hun administratie laten verslonzen of waar in het geheel geen administratie is te vinden. Indien de dubieuze bedrijven worden afgetrokken van het totaal, blijven er nog 113 bedrijven over waarin de administratie niet op orde is (maar verder geen onregelmatigheden zijn geconstateerd). In totaal zijn er 223 gevallen waarin sprake is van een ondeugdelijke administratie, ofwel 26% van het totaal (29% indien de ondernemingen waar niets is gevonden buiten beschouwing worden gelaten).

Tabel 4.4.1: Ondeugdelijke administratie

	adm. op orde	adm. ontbreekt	adm. onvolledig/onjuist	totaal aantal ondeugdelijk (incl. dubbeltellingen)	aantal dossiers met informatie	% ondeugdelijk
Opgezet		9	6	16	16	100%
gebruikt	17	20	33	51	68	75%
onttrekking aan boedel	62	11	36	43	106	41%
niks aan hand	471	35	83	113	583	20%

Met name het volledig ontbreken van een administratie is dus een belangrijke indicatie dat sprake zou kunnen zijn van faillissementsfraude. In niet minder dan 54% van de 75 gevallen waarin de administratie geheel ontbrak, was sprake van faillissementsfraude: in 39% was de onderneming opgezet voor benadeling (tegen 11% van de overige bedrijven), en in nog eens 15% was sprake van onregelmatigheden met betrekking tot de boedel. Paulianeuze handelingen gaan, begrijpelijkerwijs, vooral samen met onjuistheden in de administratie. In 35% van de bedrijven waarin de administratie onjuist was, zijn tevens onregelmatigheden met betrekking tot de boedel geconstateerd.

Jaarrekening

Bedrijven worden tevens geacht tijdig hun jaarrekening te publiceren (art. 2:394 BW). Van 137 bedrijven uit de dossiers bleek dat zij de jaarrekening te laat hebben ingeleverd. De vraag of de jaarrekening tijdig gedeponneerd is, is uiteraard alleen zinvol te beantwoorden voor die onder-

nemingen die langer dan één jaar hebben bestaan vóór faillissementsdatum én een publicatieplicht hebben. Zeer jonge bedrijven en stichtingen zijn daarom uit de telling gehouden. Daarnaast was slechts in een beperkt aantal dossiers iets terug te vinden over de jaarrekening. Van de 331 ondernemingen waarover informatie is gevonden, hebben er 127 (39%) de jaarrekening niet of te laat gedeponceerd.¹¹¹ Uiteraard is dit percentage onder de dubieuze bedrijven duidelijk hoger (aangezien administratieve tekortkomingen één van de indicatoren is op grond waarvan een faillissement als ‘dubieus’ is gekarakteriseerd). Bij de evidente fraudegevallen is slechts in één op de vier dossiers gemeld dat de jaarrekening op tijd is gedeponceerd. Voor de faillissementen die door de onderzoekers zélf als dubieus zijn aangemerkt, ligt het percentage precies op het gemiddelde.

De administratie wordt in de laatste fase voor het faillissement bijna altijd niet goed meer bijgehouden. Uit de interviews blijkt dat de respondenten dat begrijpelijk vinden, want meestal hebben bestuurders het dan te druk met het redden van de onderneming om dat nog goed bij te houden. De geïnterviewde curatoren vinden een administratie die in de voorfase van het faillissement niet goed is bijgehouden daarom onvoldoende reden om een bestuurder aan te spreken. Deze opvatting maakt zelfs deel uit van de *Best practice rules* van Insolad.

De bijl in de administratie

In veel gevallen ontstaat een ontoereikende administratie door slordigheid en onkunde. Maar er zijn ook situaties waarin de administratie wellicht wel toereikend was, maar de curator geen of slechts een gedeeltelijke administratie aantreft. Dit zijn duidelijke gevallen van faillissementsfraude. In bepaalde gevallen bleken harde schijven van computers te zijn gewist, in één geval stak er een bijl in de computer. In deze situaties zal de curator het meest bereidwillig zijn om aangifte te doen, in vergelijking met andere voorbeelden van fraudulente situaties. Wanneer vervolgens blijkt dat er met betrekking tot deze situaties niets met een aangifte wordt gedaan, kan dat rekenen op verontwaardiging bij curatoren.

In het geval dat de administratie één grote puinhoop is, zien de geïnterviewden dat meestal wel als indicatie voor grotere problemen binnen de onderneming. De geïnterviewde accountants stellen dat een bedrijf onbestuurbaar is en noodzakelijkerwijs op een faillissement aankoerst als de administratie niet overzichtelijk is. In dergelijke gevallen kunnen curatoren dus stellen dat het faillissement (mede) is veroorzaakt door een ontoereikende administratie.

4.5

SAMENVATTING

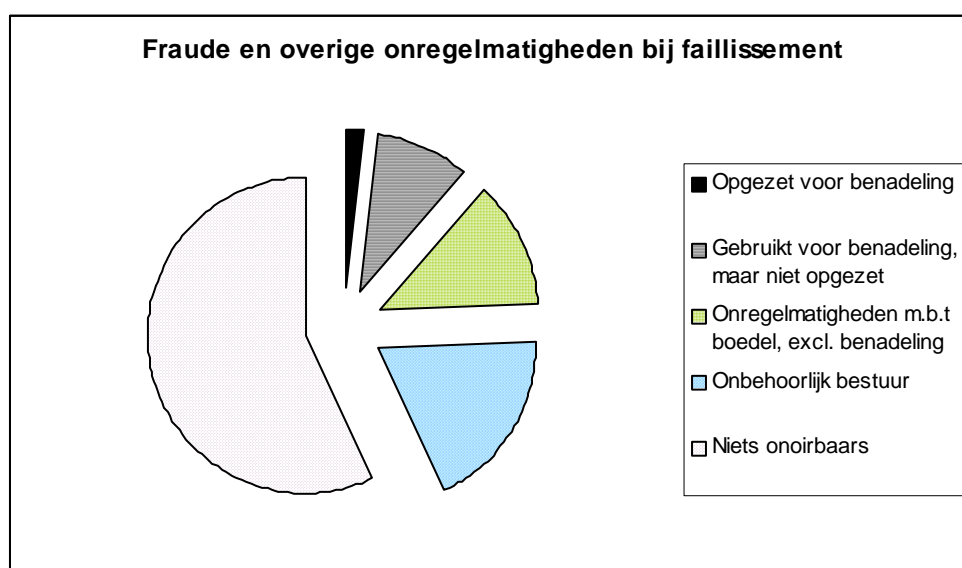
Samengevat kan worden gesteld dat in 43% van de onderzochte faillissementen sprake is van onregelmatigheden. In ongeveer een kwart van de gevallen is sprake van wat men faillissementsfraude mag noemen: opgezet of gebruikt voor benadeling, dan wel paulianus handelen en overige onregelmatigheden met betrekking tot de boedel. Daarnaast is in nog eens

¹¹¹ In een recent persbericht signaleert het onderzoeksbureau Graydon dat dit percentage zelfs 80% zou zijn (<http://www.graydon.nl/html/nieuwstips/persbericht20050809.html>). Navraag omtrent het persbericht leert echter dat veruit het grootste deel van deze bedrijven gebruik heeft gemaakt van de uitstelregeling, zodat formeel niet te laat is gedeponceerd. Overigens zou een deel van deze bedrijven volgens Graydon ten onrechte gebruik hebben gemaakt van de uitstelregeling.

in 19% van de faillissementen sprake van onbehoorlijk bestuur, zonder dat direct indicaties zijn aangetroffen voor vermoedelijke fraude.

Tabel 4.5.1 : Totaaloverzicht frauduleuze faillissementen

	Dossieronderzoek		Geëxtrapoleerd
Opgezet voor benadeling	16	1,8%	58
Gebruikt voor benadeling, maar niet opgezet	84	9,7%	302
Onregelmatigheden m.b.t boedel, excl. benadeling	112	12,9%	403
Onbehoorlijk bestuur	162	18,7%	583
Niets onoirbaars	494	56,9%	1779
Totaal	868	100,0%	3125



Deze slotsom kan worden getrokken op basis van de onderzochte dossiers. Al meermalen is echter aangegeven dat het niet ondenkbaar is dat het dossieronderzoek wellicht een onderschatting van het werkelijke aantal frauduleuze faillissementen heeft opgeleverd. In het volgende hoofdstuk zal daarom preciezer gekeken of het percentage wellicht aanpassing behoeft.

5 Tussenbalans: onderschatting?

'Fraude' is een begrip dat in zijn toepassing sterk van contextuele kennis afhankelijk is. Administratieve tekortkomingen, bijvoorbeeld, kunnen simpelweg het gevolg zijn van slordigheid maar kunnen ook uitermate frauduleus zijn. Paulianeuze handelingen kunnen het gevolg zijn van bewuste benadeling maar ook, en zeker in kleinere bedrijven, van onvoldoende kennis van zaken of simpelweg het door elkaar lopen van privé en zakelijk. De computer van het kantoor aan huis waar de kinderen 's avonds privé op internetten, is die nu van de zaak of niet? Als hij dan op de slaapkamer van zoonlief wordt neergezet, omdat het toch onhandig als hij tijdens kantooruren zijn huiswerk wil maken en er dus een tweede computer wordt aangeschaft – wanneer is de PC afgeschreven en daadwerkelijk privé? De prijs bij doorverkoop van de boedel, wanneer is die gewoon laag of wellicht toch paulianeus?

De inschatting of een faillissement frauduleus of minstens 'dubieus' is, is dus een kwestie van interpretatie van een combinatie van contextuele omstandigheden. Uit de dossiers bleek dat curatoren hierbij de grens soms anders trokken dan de onderzoekers zouden hebben gedaan. Zo zijn tijdens het onderzoek 74 dossiers ingezien waarbij volgens de curator weinig bijzonders aan de hand was, maar die de onderzoekers toch wel de wenkbrauwen deden fronsen. Deels ging het hierbij om gevallen die volgens de onderzoekers evident waren gebruikt voor benadeling (9 gevallen) of waarin duidelijk sprake was van onttrekkingen aan de boedel (9), maar waar uit het dossier niet bleek dat de curator actie had ondernomen. Daarnaast ging het met name om nauwe relaties tussen vervreemder en verkrijger van de boedel (21 gevallen), gevallen van snelle doorstart, doorverkoop tegen een lage vergoeding waarbij de bestuurders meegingen in de nieuwe vennootschap (zie kadertekst), hoge *management fees*, lankmoedige schikkingen, faillissementen waarbij de bestuurder ook bij andere faillissementen betrokken was, of gevallen waarin de bestuurder onbereikbaar was en de curator het er verder bij heeft laten zitten.

Webhosting Overschie

Het bedrijf Webhosting Overschie is een ICT-bedrijf dat zich onder meer bezighoudt met systeemontwikkeling en webhosting voor diverse opdrachtgevers. Het bedrijf heeft vier aandeelhouders. Het bestuur wordt gevoerd door twee BV's.

Webhosting is een doorstart van een ander bedrijf, met dezelfde activiteiten. Het vorige bedrijf is eind 1999 overgenomen door de huidige aandeelhouders. De BV investeert fors in computerapparatuur. Binnen twee jaar is het bedrijf failliet, met name vanwege achterblijvende vraag maar ook omdat het geen reservering voor de omzetbelasting heeft gemaakt. De resterende belastingschuld is € 260.000,-

Het bedrijf wordt opgekocht door een drietal aandeelhouders, voor € 25.000,- In het licht van de eerdere investeringen is dit een bijzonder laag bedrag. Eén aandeelhouder was ook al mede-aandeelhouder van Webhosting. Deze persoon wordt ook bestuurder in de nieuwe vennootschap (zoals hij dat ook was in Webhosting). Het nieuwe bedrijf is binnen een half jaar failliet. De inventaris is nagenoeg verdwenen. In het bedrijfspand zit één verdieping lager een ander bedrijf met vrijwel dezelfde naam, dezelfde activiteiten en dezelfde bestuurder.

Dat niet uit de dossiers kon worden opgemaakt wat de curator had gedaan, hoeft overigens nog niet te betekenen dat dus ook in het geheel geen actie was ondernomen. Het is goed denkbaar dat de curator goede gronden had deze acties niet in het verslag op te nemen of terughoudend te zijn in het vermelden van aanwijzingen voor fraude of misbruik in het rechtbankdossier. De ‘tegenpartij’ kan immers meelesen, en zeker bij professionele fraudeurs zal dat ook gebeuren. Eén van de geïnterviewde curatoren gaf aan ooit geconfronteerd te zijn geweest met een schadeclaim louter op grond van het feit dat hij blijkens het verslag de rechter-commissaris deelgenoot had gemaakt van het vermoeden van fraude. Het is ook mogelijk dat het dossier simpelweg onvolledig was ingevuld, bijvoorbeeld doordat de curator zich niet de moeite getrooste verslag te maken omdat dat tijd kost die, zeker bij volledig lege boedels, niet vergoed wordt.

Voorts kan het natuurlijk zijn dat de curator goede gronden had om een doorstart of andere transactie niet dubieus te vinden, maar dat de afwegingen niet duidelijk in het verslag tot uiting kwamen. Ten slotte is volgens meerdere geïnterviewden niet uitgesloten dat een curator niet in de gaten heeft dat sprake is van dubieuze praktijken (zie ook § 6.2.4). Overigens is natuurlijk ook mogelijk dat de onderzoekers zélf dubieuze praktijken ten onrechte niet als zodanig hebben doorzien (al was het maar omdat het dossier hier onvoldoende aanleiding toe bood).

Het is dus zeker denkbaar dat het gevonden aantal van 212 faillissementen waarin sprake was van evidente fraude of onregelmatigheden nog een onderschatting is. Om die reden is op twee manieren aanvullend onderzoek verricht. Ten eerste is in de genoemde 74 gevallen een brief gestuurd naar de curator met vragen om opheldering in het betreffende dossier. De uitkomst van deze brievenactie wordt weergegeven in § 5.1. Ten tweede is bij de beheerder van het systeem Vennoot gevraagd om voor alle faillissementen uit het dossieronderzoek na te gaan welke bedrijven/bestuurders bij de dienst bekend stonden als fraudeurs. Aangezien dit een te omvangrijke operatie zou vormen, is in overleg besloten in ieder geval de 81 gevallen te bekijken die volgens de onderzoekers dubieus waren. De bevindingen op basis van deze ‘second opinion’ komen ter sprake in § 5.2.

5.1

BRIEVENONDERZOEK ONDER CURATOREN

Zoals gezegd, zou het ontbreken van gegevens of onduidelijkheid daarin tot onderrapportage kunnen leiden. Reden om de curatoren om opheldering te vragen. In 74 gevallen is de curator schriftelijk benaderd met een beperkt aantal vragen die erop gericht waren alsnog van de curator te vernemen:

- in hoeverre naar diens mening mag worden aangenomen dat wel degelijk sprake was van wederrechtelijke benadelingshandelingen (‘formulier A’) dan wel
- in hoeverre sprake was van ‘misbruik van faillissement’ volgens het criterium van Oosthout (‘formulier B’).¹¹²

Diezelfde werkwijze is ook toegepast in 39 gevallen waarin de curator zelf al wederrechtelijk handelen aannam maar om andere redenen nadere informatie wenselijk was.

Van de verzonden formulieren zijn er 65 ingevuld terugontvangen (respons 57%), waarvan 40 over benadelingshandelingen. De brieven over misbruik zijn reeds aan de orde gekomen in § 4.4. De resultaten omtrent de wederrechtelijke benadelingshandelingen (‘A’) zijn samengevat in tabel 5.1.1:

¹¹² H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming*, Deventer: Kluwer 1998, p. 89

Tabel 5.1.1: uitkomst brievenonderzoek 'A'

geen indicaties voor fraude	6
onduidelijk of sprake was van wederrechtelijk handelen of benadeling	13
sprake van wederrechtelijke benadeling	21
totaal	40

In ruim de helft van de gevallen bleek dus inderdaad sprake van wederrechtelijke praktijken. Het in § 4.1 genoemde aantal van 212 mag, op basis van deze nadere analyse, dus redelijk conservatief worden genoemd en tot op zekere hoogte ook een onderschatting. Een *cross-check* tussen de genoemde 21 gevallen en de oorspronkelijke indeling in het databestand leert dat er zeven gevallen van wederrechtelijke benadeling aanvankelijk (en ten onrechte) als 'niets aan de hand' waren geëvalueerd.

5.2

VENNOOT

Een tweede methode die is gehanteerd om de uitkomst van het dossieronderzoek te toetsen, is een vergelijking van de uitkomsten met de data in het systeem Vennoot. Hiertoe is de dienst Justis verzocht om van alle dossiers na te gaan of de vennootschap, de bestuurder dan wel de aandeelhouders bekend waren bij de dienst. Reeds bij een eerste, vluchtige beoordeling van de lijst namen werd door de betrokken medewerker op basis van diens ervaring aangegeven dat sommige van de faillissementen die door de onderzoekers als 'dubieus' waren gekwalificeerd gezien de namen van de betrokkenen zeer waarschijnlijk wel mochten worden gepromoveerd naar de categorie 'frauduleus'. Ervaring blijkt een waardevolle eigenschap.

Voor een solide oordeel is echter een meer systematische analyse op zijn plaats. Om die reden hebben de onderzoekers een tweetal vragen voorgelegd aan de dienst Justis, waarop vervolgens de dossiers konden worden beoordeeld. De eerste vraag was of de dienst systematisch wilde nagaan:

- met *hoeveel* andere rechtspersonen de door ons aangedragen rechtspersonen is verbonden;
- *hoeveel* van deze rechtspersonen op hun beurt *failliet* zijn gegaan.

De gedachte achter deze vraag was dat een groot aantal relaties met andere failliete rechtspersonen een indicatie zou kunnen vormen voor structurele oorzaken achter die faillissementen – in casu fraude/opzet als oorzaak.

De tweede vraag was een meer direct verzoek of de dienst in die gevallen waarin zich de bovenstaande situatie voordeed een aantekening te maken indien zich 'bekende' (of: 'beruchte') BV's of personen deel uitmaakten van het netwerk (bijvoorbeeld de notitie: 'meneer X, bestuurder van de BV die eigenaar van de failliete BV is, is tevens bestuurder van nog 60 andere BV's').

Enige tijd na aanvang van de werkzaamheden bij de dienst bleek evenwel dat het totale aantal van 868 dossiers een tijdsinvestering zou vergen die niet in verhouding stond tot de beschikbare capaciteit bij de dienst. In overleg is vervolgens afgesproken dat de dienst in ieder geval de 74 faillissementen zou checken die volgens de onderzoekers 'dubieus' waren maar waar uit de dossiers onduidelijk was of de curator actie had ondernomen (en zo nee, waarom niet). De uitkomst van de inspanningen van de dienst zijn opgenomen in tabel 5.2.1. Omdat de dienst Justis inmiddels al wel een aantal andere cases had bekeken dan de genoemde 74, is het totale aantal bekeken zaken nog hoger, namelijk 108.

Tabel 5.2.1: uitkomst ‘second opinion’ Dienst Justis

	Aantal onderzocht door Vennoot	(Aanwijzingen voor) netwerk/ ‘bekenden’ van Vennoot	Meerdere BV’s	Niets opmerkelijks
Niet frauduleus	9	1	3	5
Dubieus volgens curator ¹¹³	14	1	3	10
Dubieus volgens onderzoekers	73	15	19	39
Evident frauduleus	12	4	3	5
Totaal	108			

Bij de classificatie ‘aanwijzingen voor netwerk/bekenden’ is een aantal criteria aangehouden. De belangrijkste hiervan was dat in sommige gevallen de medewerker van Vennoot zélf, zoals gevraagd, aangaf dat sprake was van een netwerk. Als ‘record’ vermeldt de medewerker “betrokken bij meer dan 146 rechtspersonen, waarvan 71 failliet”. In 14 andere ‘dubieuze’ faillissementen was sprake van 341 gerelateerde rechtspersonen, waarvan 181 failliet (gemiddeld 24,4 resp. 12,9). In 34 gevallen was de bestuurder of aandeelhouder dus betrokken bij meerdere BV’s, terwijl in 15 gevallen aanwijzingen zijn gevonden dat de betrokkene onderdeel uitmaakt van een netwerk of als ‘bekende’ van Vennoot te boek staat. Deze gegevens onderschrijven de uitkomsten van het bovengenoemde brievenonderzoek onder curatoren – in veel van de gevallen die ‘dubieus’ waren volgens de onderzoekers was inderdaad aanleiding om te denken dat er iets niet in de haak is.

Bij de faillissementen die blijkens het dossieronderzoek evident frauduleus waren, waren zeven bestuurders ook met meerdere BV’s verbonden, waarvan in vier gevallen met veel failliete rechtspersonen. Opvallend bij deze categorie is overigens dat van 5 van de 12 onderzochte faillissementen géén aanwijzingen zijn gevonden van betrokkenheid bij andere rechtspersonen. Het is goed denkbaar dat dit beginnende fraudeurs zijn. Het is echter ook denkbaar dat hier sprake is van katvangers, waarbij de feitelijk bestuurder zich verscholen houdt voor de buitenwereld. Alleen betrokkenheid bij andere (failliete) rechtspersonen is dus een onvoldoende indicator om alert te zijn op mogelijke kwade opzet. Er kunnen ook bestuurders met weinig andere relaties als fraudeurs optreden.

Ook op grond van de gegevens uit het systeem Vennoot mag worden geconcludeerd dat het aantal van 212 gevallen van fraude of onregelmatigheden met betrekking naar alle waarschijnlijkheid een onderschatting is. Bij cross-check van de 17 meest evidente fraudeurs met de oorspronkelijke classificatie in het databestand bleek dat er niet minder dan 11 als ‘niets aan de hand’ waren geclassificeerd.

5.3

ONDERSCHATTING

Op een aantal plaatsen is al aangegeven dat, bij de beantwoording van de vraag wat de precieze omvang is van de faillissementsfraude in Nederland, de nodige voorzichtigheid betracht dient te worden – deels omdat de kwaliteit van de dossiers in nogal wat gevallen een helder oordeel in de weg stond, deels omdat ook van de dossiers die op het oog keurig verzorgd waren heel goed denkbaar is dat deze niet alle informatie bevatten (bijvoorbeeld omdat de curator om

¹¹³ Deze categorie bevat zowel ‘onregelmatigheden met betrekking tot de boedel’ als ‘administratieve onregelmatigheden’.

strategische redenen eventuele vermoedens van fraude niet opneemt in het dossier). Uit zowel de brievenactie als de gegevens uit Vennoot kan worden opgemaakt dat de onderzoekers een aantal gevallen van wederrechtelijk handelen hebben ‘gemist’. Het aantal gevallen van fraude zou, na correctie, op ongeveer 230 komen te liggen. De uitkomst van het dossieronderzoek zou in dat geval dus een onderschatting van ongeveer 10% bevatten.

Dat bij de analyse in hoofdstuk 4 toch de ongecorrigeerde cijfers zijn aangehouden, heeft twee redenen. De eerste is dat uit de gegevens van Vennoot weliswaar blijkt dat in ten minste 11 gevallen bestuurders van vennootschappen uit de beoordeelde dossiers bekenden van de dienst Justis zijn, maar dat aan de dossiers zélf niet het oordeel ‘frauduleus’ kon worden ontleend. Deze dossiers alsnog als frauduleus classificeren zou een vorm van *guilt by suspicion* impliceren. De tweede reden is dat een correctie achteraf tot een nieuwe vertekening zou kunnen leiden, omdat de bulk van de dossiers nu eenmaal niet een tweede slag heeft gekregen. Idealiter zouden alle dossiers nog preciezer onderzocht moeten worden, maar dat is alleen al met het oog op het tijdsbeslag niet haalbaar.

De gevolgde werkwijze lijkt echter wel een extra waarborg voor de kwaliteit van het onderzoek en de houdbaarheid van de hoofdbevindingen uit het onderzoek: in ongeveer een kwart van de faillissementen is sprake van wederrechtelijk handelen dat onder de noemer faillissements-fraude valt, en de daaraan gepaard gaande schade is ten minste 220 miljoen Euro.

6 De positie van curatoren

Een centrale rol bij faillissementen is weggelegd voor de curator. Ook in het omgaan met faillissementsfraude of andere onregelmatigheden heeft de curator het voortouw. Ten eerste is hij degene die, zeker in eerste instantie, in staat is zich het beste een beeld te vormen van de gang van zaken rond het faillissement en daarmee ook van eventuele onregelmatigheden. Eventueel kan hij aanvullende informatie inwinnen of zelf nader onderzoek instellen. Ten tweede beschikt de curator over diverse middelen om te proberen de eventuele schade van onregelmatigheden te repareren: actio pauliana, bestuurdersaansprakelijkheid en het indienen van een vordering uit onrechtmatige daad (zie uitgebreider § 2.3.1).

In dit hoofdstuk komt aan de orde welke acties de curator in de praktijk onderneemt, en welke factoren van invloed zijn op de opstelling van de curator in geval van (een vermoeden van) faillissementsfraude. De bevindingen in dit hoofdstuk zijn ontleend aan de dossieranalyse en interviews met tien curatoren, maar ook aan de interviews met andere partijen.

6.1

FEITELIJKE ACTIES BIJ (VERMOEDEN) VAN FRAUDE OF ONREGELMATIGHEDEN MET BETREKKING TOT DE BOEDEL

In deze paragraaf komt aan de orde welke acties curatoren ondernemen in geval van fraude of onregelmatigheden met betrekking tot de boedel. In § 6.1.1 wordt aangegeven hoe vaak curatoren aangifte doen. In § 6.1.2 komen de civielrechtelijke middelen aan de orde, en in § 6.1.3 het gebruik van informatie. Paragraaf 6.2 schetst vervolgens de achtergronden die verklaren waarom curatoren al dan niet actie ondernemen.

6.1.1

AANGIFTE

Zoals uit het dossieronderzoek is gebleken, is in een kwart van de gevallen sprake van fraude of onregelmatigheden met betrekking tot de boedel. Zeker in geval van fraude zou men mogen hopen dat de curator daar aangifte van doet bij de politie. Dit blijkt echter lang niet altijd te gebeuren. In 29 van de 212 dossiers waarin sprake is van fraude of onttrekking aan de boedel bleek de curator aangifte in overweging te nemen: 22 gevallen waarbij de onderneming was opgezet of gebruikt voor benadeling neemt, en 7 gevallen waarin ‘slechts’ sprake was van onttrekking aan de boedel. Van de in totaal 29 gevallen waarin de curator aangifte heeft overwogen, heeft hij dit uiteindelijk ook meestal gedaan: 22 keer. Op een totaal van 212 dubieuze zaken is dit dus slechts 10%.¹¹⁴

¹¹⁴ In een aantal gevallen waarin uit de dossiers onvoldoende duidelijk was hoe de vork precies in de steel zat, is overigens navraag gedaan bij de betrokken curatoren (zie § 5.1). Daaruit kwamen 18 gevallen naar voren waarin sprake was van benadelingshandelingen. In 4 van de 18 gevallen heeft de curator aangifte gedaan en in één geval is de politie gevraagd ‘pressie’ uit te oefenen. In 11 van de 18 gevallen is in het geheel geen actie ondernomen.

Tabel 6.1.1: Aangiftebereidheid bij curatoren

	Totaal	aangifte overwogen	aangifte gedaan
Opgezet voor benadeling	16	5	3
Gebruikt voor benadeling	84	17	14
Onttrekking aan de boedel	112	7	5
	212	29	22

De aangiftebereidheid onder de curatoren is dus zonder meer laag.¹¹⁵ Dit geldt ook voor de geïnterviewde curatoren. In de interviews gaven de curatoren aan in het verleden wel aangifte te hebben gedaan, maar dat de ervaringen daarmee dermate slecht waren dat de lust hen is vergaan. Hierbij kwamen drie centrale overwegingen bij herhaling terug. Ten eerste was het gevoelen dat politie of justitie vrijwel nooit actie onderneemt. Deze inschatting, zo zal blijken in § 7.5, lijkt een juiste te zijn. Ten tweede hadden de curatoren veelal het idee dat de civielrechtelijke acties die zij zelf kunnen ondernemen toereikend zijn om frauderende bestuurders aan te pakken. Ten derde zijn sommige curatoren van mening dat civielrechtelijk aanpakken de betreffende persoon harder treft en daarom de voorkeur verdient. Op dit punt hebben curatoren dus een ruime mate van handelingsvrijheid: zij bepalen zélf welke traject ze verkiezen.¹¹⁶ Desalniettemin blijven er wel degelijk gevallen waarin curatoren vinden dat justitie iets zou moeten doen. Voor een deel omdat, in weerwil van hun hierboven aangehaalde collega's, sommige curatoren wél van mening zijn dat strafrechtelijke acties effectiever zijn omdat daar meer een preventieve werking van uitgaat. Daarnaast vinden alle geïnterviewde curatoren dat sommige fraudeurs hoe dan ook voor lange tijd achter de tralies zouden moeten verdwijnen. Dat dit niet gebeurt, is hen eigenlijk een doorn in het oog. Doordat ze al zo lang gewend zijn dat het niet gebeurt, vinden ze zich er echter nauwelijks nog over op.

Een vierde reden waarom curatoren zelden aangifte doen, is dat eventuele strafrechtelijke vervolging nauwelijks iets oplevert ten gunste van de boedel. Weliswaar kan de curator zich bij een eventuele strafzaak tegen de fraudeur voegen in het proces en schadevergoeding eisen, maar in de praktijk wordt zo zelden een fraudeur veroordeeld (zie § 7.6) dat deze mogelijke opbrengst toch vooral hypothetisch van aard – zeker waar bij veel fraudeurs het eventuele geld nauwelijks te achterhalen zal zijn. Sterker nog, het doen van aangifte zal eerder ten koste van de boedel gaan. In de interviews werd een paar maal geklaagd over de hoeveelheid tijd die men kwijt is met het invullen van formulieren of simpelweg wachten op het politiebureau. Deze tijd komt ten laste van de boedel, en staat dus op gespannen voet met de taakstelling van de curator.¹¹⁷

Een vijfde reden is dat curatoren in geval van aangifte soms ook zelf daarvan consequenties kunnen ondervinden. Indien een curator een aangifte doet die uiteindelijk niet tot een veroordeling leidt, is niet uitgesloten dat de persoon waartegen de aangifte gericht was terugslaat met

¹¹⁵ Vgl ook *Handelingen II* 2003/04, nr. 2151, p. 4548.

¹¹⁶ In dit geval kan overigens ook de opstelling van de rechter-commissaris van invloed zijn. In de interviews zijn signalen gehoord over curatoren die door de rechter-commissaris van een dergelijke actie zijn afgehouden, maar anderzijds ook van gevallen waarin de rechter-commissaris de curator juist gesommeerd heeft om tot actie over te gaan.

¹¹⁷ “Slechts zelden overweegt de curator aangifte bij de politie. Een curator moet veel werk verrichten om een aangifte goed te onderbouwen. Dat werk moet betaald worden uit de veelal geringe resterende baten van de failliete firma. Daardoor loopt een curator het risico dat zijn rekening onbetaald blijft. Bovendien veronderstellen veel curatoren dat het Openbaar Ministerie er toch geen werk van maakt.” *Justitiële verkenningen* (2000), jg. 26, nr. 2, bijlage 2, p. 92

een schadeclaim. Het is dus niet uitgesloten dat sommige curatoren geen aangifte doen uit vrees voor eventuele aansprakelijkheid. Bovendien is in een aantal interviews naar voren gekomen dat in sommige gevallen, en dan zeker ten overstaan van de werkelijk malafide failliet, angst voor intimidatie en geweld ook meespeelt in de overwegingen.¹¹⁸

Curator is altijd kop van Jut

In een artikel in het Reformatorisch Dagblad doen de curatoren Quist en Hamm verslag van bedreigingen tijdens faillissementen. Quist vertelt dat hij in een faillissement de bestuurder persoonlijk aansprakelijk had gesteld om een privé-faillissement te kunnen aanvragen. Op een dag bingen, bij thuiskomst van zijn werk, meerdere mensen om het huis, werd er op de ramen geklopt en werd hij later op het geheime nummer van zijn gezin gebeld met de mededeling: “nu bleven we nog rustig, de volgende keer gaan we verder. Niemand kan ons wat maken, want we laten geen sporen na en morgen zijn we het land uit.” Vervolgens heeft Quist zich in overleg met rechter-commissaris teruggetrokken uit het faillissement. De rechter-commissaris heeft daarna een curator uit een andere regio in dit faillissement benoemd.

Hamm vertelt vaker bedreigd te worden. Dit gebeurt vooral op het moment dat de volgorde waarin de schuldeisers betaald gaan worden, bekend wordt. Ondanks het feit dat dit in de wet geregeld is, krijgt kennelijk de curator de schuld van partijen die zich achtergesteld voelen. Hamm vindt dit alles nog wel begrijpelijk, omdat de curator de enige is die zichtbaar is in een faillissement, Het is dus niet gek dat frustraties op de curator worden afgereageerd. Wat Hamm wel dwars zit, is de passieve houding van justitie in gevallen waarin hij bedreigingen heeft gemeld bij de politie. Toen Hamm liet weten dat zijn secretaresse was meegedeeld dat er om vijf uur wat mensen het kantoor zouden komen verbouwen, zei de politie dat ze alleen de surveillancwagen konden vragen rond het betreffende tijdstip in de buurt te blijven. Nadat Hamm per brief aangekondigd kreeg dat zijn kantoor opgeblazen zou gaan worden, stuurde hij deze brief door naar het parket. Vijf maanden nadien had hij nog steeds geen ontvangstbevestiging gezien.

Bron: Reformatorisch Dagblad, 3/4/2004

6.1.2

CIVIELRECHTELIJKE MIDDELEN

Niet alleen doen curatoren zelden aangifte, ook de civielrechtelijke middelen (actio pauliana of bestuurdersaansprakelijkheid) worden niet uitbundig ingezet. In totaal is in 164 dossiers sprake van ‘onregelmatigheden met betrekking tot de boedel’ (in sommige gevallen meerdere vormen tegelijk). In 68 van die dossiers heeft de curator actio pauliana overwogen, in 64 gevallen bestuurdersaansprakelijkheid en in slechts een geval een vordering uit onrechtmatige daad. In 15 gevallen werden meerdere acties tegelijk overwogen, zodat in totaal in 117 gevallen een

¹¹⁸ Uit onderzoek van het Financieel Dagblad en NOVA blijkt dat jaarlijks naar schatting 130 advocaten zelf te maken hebben met fysiek geweld tegen hun persoon. Eén op de drie advocaten is wel eens verbaal of schriftelijk bedreigd. ‘Advocaten insolventierecht’ vormen één van de drie belangrijkste risicogroepen. V. van der Boon en J.F. van Wijnen, *Bedreigingen en fysiek geweld tegen advocaten*, FD/Nova: http://www.fd.nl/GetBlob.asp?DirectID=advocaten_enquete_Nova_dec2004.pdf & `MimeType=application/pdf` 2004. Overigens heeft het OM een afspraak met de inspectiediensten dat indien sprake is van intimidatie van advocaten dergelijke zaken bij voorrang in behandeling worden genomen door de politie en dat politiebescherming kan worden geregeld.

civiele actie in ogenschouw is genomen. Dat is ruim 70%. Uiteindelijk is echter slechts in 34 gevallen daadwerkelijk actie ondernomen. In slechts in één op de vijf gevallen leiden gesignaleerde onregelmatigheden met betrekking tot de boedel dus tot actie (soms is die actie overigens verrassend direct, zie kader Knoef BV).

Architectenbureau Knoef BV

Ondeskundig bestuur, twijfelachtige transacties en kasopnames leiden tot het faillissement van Architectenbureau Knoef BV. De curator komt erachter dat crediteur en aanvrager van het faillissement Kosterman een antieke schoorsteenmantel (handelswaarde € 40 000) heeft weggenomen uit een pand in Leiden waarvan de BV eigenaar is. De curator gaat over tot de meest directe vorm van Pauliana die denkbaar is: hij stapt in zijn auto, rijdt naar het huis van Kosterman en laadt persoonlijk de antieke schoorsteenmantel in zijn achterbak.

De belangrijkste reden om geen actie te ondernemen, is dat de bestuurder toch geen verhaal biedt. Voor 39 van de 83 curatoren die afzagen van actie was dit de belangrijkste reden. Daarnaast gebeurt het, blijktens de interviews (maar ook blijktens sommige dossiers), met enige regelmaat dat de bestuurder simpelweg met de noorderzon verdwenen is. Dit beeld wordt onderstreept door de antwoorden op de schriftelijke vragen die aan meer dan 100 curatoren zijn toegezonden. In de twaalf gevallen waarin sprake was van benadelingshandelingen maar de curator geen actie had ondernomen, werden als belangrijkste redenen genoemd: geen verhaal mogelijk (9), geen contact met bestuurder mogelijk (4), tijdsinvestering weegt niet op tegen te verwachten opbrengst (7).

Een andere reden is dat volgens de geïnterviewde curatoren soms sprake is van ‘verzachtende omstandigheden’. In een enkel geval bleek uit de dossiers dat de curator in zeker opzicht medelijden had met de failliet. In bepaalde gevallen tonen curatoren, waaronder sommige van de geïnterviewden, ook begrip voor de dynamiek van het faillissement als zodanig. Als het slecht gaat met een onderneming zullen de bestuurders alles in het werk stellen om het bedrijf te redden. Als dit lukt, is er vervolgens niets aan de hand. Als de onderneming echter toch failliet gaat, kan blijken dat sommige van deze reddingsacties paulianeuze handelingen betroffen. De meningen verschillen over de mate waarin de bestuurders zich bewust zijn van het feit dat ze paulianeuze handelingen plegen. In sommige gevallen zal dit volstrekt onbewust gebeuren, terwijl men er in andere gevallen vanuit mag gaan dat bestuurders precies weten wat zij doen en gewoon proberen of ze ermee weg komen. In het laatste geval zal de curator sneller geneigd zijn civielrechtelijke acties te ondernemen.

Uit het interview met een curator:

“Medelijden met de failliet komt wel voor, maar eigenlijk alleen bij natuurlijke personen. Zo heb ik eens het faillissement van een borlogemaker gehad, waarbij op de dag van het uitspreken van het faillissement de winkel al helemaal leeggehaald was. Die man bleek met terminale kanker in het ziekenhuis te liggen en nog maar enkele weken te leven te hebben. “Dan ga ik niet dreigen: waar zijn die spullen gebleven?” Ik heb ook een keer een faillissement gehad van een advocaat, waar wat kleine dingen niet helemaal goed gegaan waren, maar het naar mijn mening niet geheel terecht was dat de bank hem had laten zitten. Toen wilde ik niet eens een salarisbeschikking. Maar ik heb ook een keer een faillissement gehad van een gerechtsdeurwaarder die bleek voor vijf ton gefraudeerd te

hebben en had bovendien zijn vrouw met vier kinderen laten zitten. Die heb ik tot in Spanje achtervolgd”.

Ook is het mogelijk dat de curator geen actie onderneemt omdat de failliet al in de kijker is bij andere partijen, zoals FIOD/ECD of UWV.

Aannemingsbedrijf Grijs

Aannemingsbedrijf Grijs is opgezet als v.o.f. en in 1999 omgezet in een BV. In mei 2003 is de onderneming failliet gegaan met achterlating van € 775.000 schuld aan UWV en belastingdienst. De aandeelhouders van de holding zijn de feitelijke bestuurders van de onderneming. De curator treft geen administratie aan omdat deze reeds in beslag is genomen door de FIOD/ECD die een onderzoek heeft ingesteld. Ook het UWV doet onderzoek en vraagt uiteindelijk het faillissement aan. Volgens de curator is belasting- en premiefraude de oorzaak van het faillissement. De curator onderneemt geen actie tot het aansprakelijk stellen van de bestuurders omdat er al een strafzaak aanhangig is gemaakt door het UWV en omdat er toch geen verhaalsmogelijkheden zijn. De strafzaak heeft geleid tot een veroordeling van de bestuurders voor belasting- en premiefraude en voor het maken van valse facturen.

Een verklaring voor de passieve opstelling van curator die is genoemd in de interviews is dat sommige curatoren ook wel eens optreden als advocaat van (bestuurders van) ondernemingen. Eén van de geïnterviewde curatoren besteedt als advocaat van een ondernemer veel aandacht aan het ‘paulianaproof’ maken van bepaalde transacties die in het belang zijn van de onderneming. Het belang van doorstart is één van de overwegingen die een actieve opstelling van de curator in geval van dubieuze transacties in de weg zitten (zie § 4.4).

Uit het interview met een curator:

“Ik bevind mij ook wel eens aan de andere kant van de tafel, als advocaat van een failliete onderneming. Wanneer ik in die rol zit, doe ik zelf ook wel eens paulianenize dingen. Het gaat dan om handelingen die nodig zijn om de onderneming een doorstart te kunnen laten maken. Mijn ervaring is dat curatoren dat lang niet altijd terugdraaien. Als het gaat om iets dat voor een te lage prijs verkocht is, zoals een auto of een huis, dan zal de curator dat altijd ongedaan proberen te maken. Maar als het gaat om de verkoop van de onderneming als geheel, zal de curator dat vrijwel nooit terugdraaien. Mijn tip voor ondernemingen is om zo lang mogelijk te blijven bestaan nadat de betreffende handelingen zijn verricht, want als het gaat om het classificeren van handelingen als al dan niet paulianeus is het: hoe langer geleden, hoe beter.”

De actiebereidheid van curatoren bij administratieve ongerechtigheden is al even beperkt. In de 233 gevallen van ondeugdelijke administratie heeft de curator uiteindelijk 43 keer actie ondernomen: minder dan 20% van het totaal. Bij het te laat indienen van de jaarcijfers wordt slechts in 15% van de gevallen de bestuurder aansprakelijk gesteld. In meer dan de helft van de gevallen heeft de curator weliswaar overwogen iets te doen, maar uiteindelijk niets gedaan

wegens het ontbreken van verhaalsmogelijkheden of andere redenen. In een kwart van de gevallen neemt de curator niet eens in overweging dat hij de bestuurder aansprakelijk zou kunnen stellen.

6.1.3

INFORMATIE INWINNEN

Ieder faillissement, of nu sprake is van faillissementsfraude of niet, begint met het verzamelen van zo veel mogelijk informatie – ten eerste om inzicht te krijgen in de financiële toestand van de boedel, maar ook om zoveel mogelijk activa in de boedel te kunnen verzamelen. Daartoe zal de curator beginnen met het veilig stellen van de administratie. Vervolgens voert de curator gesprekken met personen die hij als sleutelfiguren binnen het bedrijf beschouwt. Curatoren staan doorgaans open voor een ieder die hen informatie wil verschaffen over de failliete onderneming of over de bestuurders van de onderneming. Zij realiseren zich hierbij wel dat de betrokkenen onzuivere motieven kunnen hebben voor of bij het verstrekken van informatie en dat deze informatie niet altijd betrouwbaar is. Veel curatoren raadplegen nog voor zij voor het eerst de failliete onderneming bezoeken het handelsregister van de KvK om alvast een beeld te krijgen van de aard en omvang van de onderneming. Hoewel dit niet is onderzocht in de dossiers mag worden aangenomen dat alle curatoren deze stappen in de informatieverwerking zullen zetten. Dergelijke informatie is immers een absolute voorwaarde voor het kunnen beredderen van de boedel. Uit een aantal dossiers en interviews komt echter naar voren dat niet alle curatoren even oordeelkundig met de informatie omgaan. Hoewel deels in de sfeer van het anekdotische, is sprake van curatoren die computers uit de boedel verkopen zonder de administratie veilig te stellen én van curatoren die onzorgvuldig omspringen met de informatie die ze wel hebben veiliggesteld (zie kader). Deze signalen komen zowel van accountants en vanuit de belastingdienst als van geïnterviewde curatoren zelf.

Uit het interview met een accountant:

“Curatoren gaan in mijn ogen niet altijd even zorgvuldig om met de administratie. Een vast voorbeeld daarvan voor ons is: het verkopen van computers. Vaak realiseren ze zich helemaal niet wat dat waard is. Het is wel logisch dat er dingen verkocht moeten worden, maar wij hebben dan de informatie niet die op die computers stond en de bestuurder kan zich daarop beroepen. Tervijl het heel eenvoudig is op te lossen, namelijk door het maken van een image. Vervolgens kan de computer dan verkocht worden.

Ook met de papieren bescheiden wordt niet altijd even zorgvuldig omgesprongen. Je zou verwachten dat curatoren inventariseren wat ze precies hebben aan mappen en waar dat bewaard wordt. Maar het wordt nu vaak in dozen geknikkerd en sommige dozen gaan mee en andere dozen niet en niemand weet waar wat is. Daarin voeden wij curatoren op. Er is een enorme discrepantie tussen de het besef van het belang van de administratie en de wijze waarop ze ermee omgaan.”

Indien de financiële administratie onvoldoende inzicht biedt of indien de curator vermoedt dat sprake zou kunnen zijn van faillissementsfraude, kan hij proberen aanvullende informatie te verkrijgen. Hiertoe heeft hij onder meer de volgende mogelijkheden: informatie inwinnen bij de accountant van de failliet, het inschakelen van de belastingdienst, het UWV, of een externe

accountant, én het programma Vennoot (zie § 2.3.1). Blijkens het dossieronderzoek maken curatoren betrekkelijk weinig gebruik van deze informatiebronnen.

Tabel 6.1.2: Gebruik informatiebronnen

	N	
Ja, bij accountant van de rechtspersoon	14	1,6%
Ja, bij belastingdienst	41	4,7%
Ja, bij UWV	9	1,0%
Ja, bij Vennoot	5	0,6%
Ja, anders	18	2,1%
Totaal	87	10%

Aan de andere kant: in veel gevallen zal nadere informatie niet nodig zijn. Van de 868 bekeken dossiers bleek in 494 gevallen niets aan de hand. Desondanks blijft overeind dat in drie kwart van de resterende 374 gevallen de curator geen nadere informatie heeft ingewonnen.

Accountant

Waarom zelden een beroep wordt gedaan op accountants kan worden verklaard op grond van de volgende punten. Ten eerste is er in sommige gevallen simpelweg geen boekhouding om te onderzoeken. Ten tweede kost het inschakelen van accountants geld, hetgeen ten koste gaat van de boedel. Het traceren en bevragen van de accountant van de failliet kost tijd bij de curator, het inschakelen van een ‘eigen’ accountant komt de boedel op een soms forse factuur te staan. In sommige gevallen is dit ook voor een rechter-commissaris aanleiding om afwijzend te reageren op een verzoek van de curator om een accountant in te mogen schakelen. In de perceptie van accountants beseffen curatoren onvoldoende dat het inschakelen van een accountant zichzelf tot op zekere hoogte terugverdient doordat zij efficiënter kunnen werken. Vanuit hun ervaring met financieel onderzoek weten accountants naar eigen zeggen beter waar ze moeten kijken, zien zij bepaalde dingen eerder dan een curator en kunnen zij de cijfers beter interpreteren. Bovendien, zo merkt één van de geïnterviewde accountants op: “het is ook in het belang van de curator dat het zorgvuldig gebeurt. Als de curator handelt op basis van een rapport dat niet deugt, kan hij een groot probleem krijgen.”

De geïnterviewde accountants geven aan dat sprake is van een verschil in cultuur tussen curator en accountants: “Er is een wereld van verschil tussen het recht dat normatief is en de economie die normvrij is. Een jurist mag van alles roepen, want uiteindelijk bepaalt de rechter wat waar is. Wij hebben niet zo’n rechter, dus wij moeten zelf rechter spelen en een afgewogen oordeel geven. Je zegt als accountant nooit dat iets goed of fout is, je spreekt alleen in eventuele consequenties. Dit leidt ertoe dat de curator vaak bang is voor een rapport met dertig voorbehouden waar hij niks mee kan. Maar als je de curator laat zien hoe wij werken en wat eruit komt, dan merkt hij dat het goed werkt.” De geïnterviewde accountants hadden overigens de indruk dat curatoren de laatste jaren vaker een beroep op hen doen.

‘Vennoot’

Het systeem Vennoot lijkt zich in een toenemende belangstelling te kunnen verheugen van de kant van curatoren. Volgens de Dienst Justis komen met enige regelmaat verzoeken van curatoren binnen, al is het niet zo dat de dienst wordt overspoeld. De geïnterviewde medewerker van de dienst geeft daarbij aan dat als curatoren eenmaal een verzoek ingediend hebben, ze meestal vaker gebruik gaan maken van het programma. Dit wijst op tevredenheid met het systeem. Dit spreekt ook uit de interviews met de curatoren. Van de twaalf geïnterviewde curatoren maken er vijf regelmatig gebruik van het programma Vennoot. Deze curatoren zijn zeer te spreken over het programma. Ze gebruiken het vaak om bepaalde

vermoedens te staven of om ontbrekende puzzelstukken te vinden. De andere vijf curatoren gebruiken het minder of niet. Een enkeling omdat hij niet goed op de hoogte was van de mogelijkheden van het programma en de manier waarop het gebruikt kan worden, sommigen omdat ze met de uitkomst niet veel kunnen (de een omdat hij vindt dat er te weinig informatie uitkomt en de ander omdat hij juist vindt dat te veel informatie uitkomt, waardoor hij door de bomen het bos niet meer ziet). De curatoren geven wel aan dat het soms lang duurt voordat er respons komt op een aanvraag. Dit komt doordat de medewerkers van de Dienst Justis prioriteiten moeten stellen: “Als wij bijvoorbeeld een verzoek van een opsporingsinstantie hebben die ergens moet invallen aan het eind van de week of als het verband houdt met maatschappelijke kwesties, zoals bijvoorbeeld terrorisme, dan gaat dat voor. Bovendien worden alle gegevens geactualiseerd voordat we de informatie verstrekken. Dat kost ook soms enige tijd.”

De medewerker van Justis heeft het idee dat sommige curatoren denken dat Vennoot een soort handelsregister is, zoals dat van de KvK, maar dat is niet het geval. Een belangrijk verschil is dat in het handelsregister alleen gezocht kan worden op naam van een BV en niet op persoonsnaam. Het handelsregister kan alleen op personen worden geraadpleegd bij een redelijk vermoeden van schuld en met machtiging van de Officier van Justitie. In Vennoot kan men wel op persoonsnaam zoeken. Omdat dit privacygevoelige gegevens betreft, is in de Wet documentatie Vennootschap nauwkeurig bepaald wie gebruikers van het programma kunnen zijn. De curator is een van deze gebruikers. Op grond van deze wet kunnen de medewerkers van Justis die met het programma werken ook pro-actief optreden. “Als wij iets zien waarmee iets moet gebeuren, kunnen wij instanties bij elkaar brengen. Om actief op te treden, moet wel sprake zijn van misbruik van rechtspersonen”, aldus de adviseur screening.

6.2

ACHTERGRONDEN BIJ DE BEREIDHEID TOT ACTIE

In § 6.1 is op een aantal punten al aangegeven welke factoren van invloed zijn op de keuze van de curator al dan niet tot actie over te gaan. In onderstaand paragraaf wordt een aantal van die factoren nog eens op een rij gezet.

6.2.1

BELANG VAN DE BOEDEL

De primaire verantwoordelijkheid van de curator is het beredderen van de boedel. Een goede curator zal de vraag of hij al dan niet in actie moet komen primair in dit licht bezien. Niet zelden zal deze afweging er toe leiden dat de curator *niet* optreedt tegen een fraudeur of, meer in het algemeen, een bestuurder die de boedel heeft geschaad door wederrechtelijke gedragingen. De belangrijkste reden om *geen aangifte* te doen is, in dit licht, dat een dergelijke actie de boedel niet ten goede komt. Zoals aangegeven zou aangifte wellicht in theorie kunnen leiden tot een terugvloeien van middelen naar de boedel, maar die theorie wordt zelden praktijk. Aangifte doen kost alleen maar tijd en dus geld, hetgeen ten koste gaat van de boedel. Als belangrijkste redenen om geen *civielrechtelijke* middelen in te zetten, is al gewezen op het feit dat ook deze vaak meer kosten dan opleveren. Vaak is er geen verhaal (dat zal zeker bij slimme fraudeurs het geval zijn), in andere gevallen wegen de eventuele kosten om delen van de boedel te achterhalen niet op tegen de eventuele (vaak onzekere) opbrengst. De uren van de curator

zélf komen ten laste van de boedel¹¹⁹, en ook ondersteuning door bijvoorbeeld een accountant zal niet *pro deo* zijn. Weliswaar kan de curator in sommige gevallen proberen een tegemoetkoming te krijgen vanuit de zogeheten garantstellingsregeling, maar in de praktijk blijkt dit een lastige opgave (zie kader).

In dit opzicht verdraagt de taakstelling van de curator zich dus slecht met een actieve rol in de opsporing of bestrijding van faillissementsfraude of andere schadetoebrengende handelingen.

Garantstellingsregeling

In veel faillissementen zal de boedel zo weinig activa bevatten dat er ook onvoldoende middelen zijn om het salaris van de curator te betalen. Dit kan het geval zijn bij een volledig lege boedel, maar ook in gevallen waarin de kosten van de werkzaamheden (bijvoorbeeld aanvullend onderzoek of actio pauliana) niet opwegen tegen de (verwachte) opbrengst. In dat geval kan een curator een beroep doen op een garantstelling bij hetzij justitie, hetzij de belastingdienst, hetzij het UWV (zie § 2.3.3). Gebrek aan middelen bleek in veel van de faillissementen die in het dossieronderzoek zijn bekeken inderdaad een probleem. In 318 van de onderzochte faillissementen waren de activa ontoereikend voor de vergoeding van de werkzaamheden van de curator (43% van de 741 dossiers die informatie bevatten over deze kwestie). Slechts in 29 gevallen (9%) heeft de curator een voorschot gevraagd in het kader van de Garantstellingsregeling bij het ministerie (24 keer)¹²⁰, de belastingdienst (8 keer) en/of UWV (3 keer).

Een belangrijke reden dat zo weinig gebruik wordt gemaakt van de regelingen is dat de regelingen, met name die van belastingdienst en UWV, onvoldoende bekend zijn bij de curatoren en rechter-commissarissen. Daarnaast klagen sommige curatoren, in soms stevige bevoordingen, dat de regelingen te ingewikkeld zijn én te vaak verzoeken worden afgewezen – reden om er in het vervolg maar van af te zien. Belangrijk kritiekpunt bij de curatoren is dat in feite het hele onderzoek al moet zijn uitgevoerd alvorens de curator voldoende zicht heeft op de vraag of er reële verhaalsmogelijkheden zijn. Is dat niet het geval, dan is het onderzoek al uitgevoerd (ten laste van de boedel), terwijl er uiteindelijk niet wordt betaald. Daarnaast merken de curatoren die gebruik gemaakt hebben van de Garantstellingsregeling op dat zij het geld uiteindelijk zelden nodig hadden, en dit naderhand vrijwel altijd terug konden betalen. Dit kan betekenen dat het toewijzen van de Garantstellingsregeling inderdaad alleen gebeurt wanneer er voldoende gronden zijn om iemand aan te spreken en deze persoon bovendien verhaal biedt. Maar in dat geval, aldus de geïnterviewde curator, is de regeling niet nodig.

Of deze bezwaren gegrond zijn valt te bezien. Dat verzoeken meestal worden afgewezen blijkt in ieder geval niet uit de cijfers van het ministerie zelf (zie tabel 6.2.1). Over de periode 1999-2004 is twee derde van de aanvragen gehonoreerd. Over 2005 is het percentage toekenningen nog beduidend hoger. Dit hangt waarschijnlijk samen met het gegeven dat de regeling per 1 januari 2005 is gewijzigd naar aanleiding van een uitgebreide evaluatie.¹²¹ De belastingdienst kon bij navraag helaas geen gegevens verstrekken over het aantal (gehonoreerde) aanvragen. Gezien het geringe aantal

¹¹⁹ In sommige interviews is overigens ook gewezen op het risico dat curatoren van redelijk solvabele boedels juist geneigd zouden kunnen zijn om een faillissement ten onrechte tot op de bodem uit te zoeken of, zoals één van de geïnterviewden aangaf, “de boedel leeg te procederen”.

¹²⁰ Een aantal van 24 aanvragen op een totaal van 868 (2,8%) is overigens aanmerkelijk hoger dan op grond van de gegevens van het Openbaar Ministerie mocht worden verwacht. Blijkens die gegevens is over de periode 1999-2004 gemiddeld slechts in 1,2% van de uitgesproken faillissementen een beroep op de garantstellingsregeling gedaan.

¹²¹ De vernieuwde regeling is momenteel onderwerp van een uitgebreide evaluatie-onderzoek door het Schoordijk-Instituut in opdracht van het WODC.

aanvragen heeft de dienst op dit punt geen uitgebreid rapportage-instrumentarium. In 2004 werden nieuwe garanties verleend ten bedrage van € 33.000. Over de verondersteld procedure merkt de geïnterviewde onderzoeksmedewerker van het ministerie van Justitie op dat curatoren volgens hem te makkelijk met de regeling omgaan. Hij vindt dat het gebruik van de regeling aan curatoren op het aanvraagformulier glashelder wordt uitgelegd.

De geïnterviewde onderzoeksmedewerker stelt verder dat de Garantstellingsregeling vaak een sluitstuk op de begroting is – en dan niet alleen van het faillissement, maar ook van de financiële huishouding van de curator zelf. Hij zegt zich soms te verbazen over het aantal uren dat wordt gedeclareerd in betrekkelijk eenvoudige faillissementen.

Het lijkt erop dat aan de verschillen van mening over de werking van deze regeling in de praktijk een verschillend idee over de doelstelling van de regeling ten grondslag ligt. In de ogen van het ministerie is het doel van de Garantstellingsregeling om de curator een voorschot te verschaffen wanneer hij wil procederen en daarvoor geen middelen in de boedel aantreft. Sommige curatoren daarentegen vinden dat het doorslaggevende criterium voor het toewijzen van de Garantstellingsregeling zou moeten zijn dat er voldoende gronden zijn om een procedure te beginnen. Zij vinden dat, wat betreft de vraag of er voldoende verhaal is, de overheid het risico zou moeten lopen omdat de Garantstellingsregeling ten doel zou moeten hebben mensen aan te pakken die anders aan een procedure ontkomen omdat er misschien geen verhaal is.

Tabel 6.2.1: Aantal aanvragen garantstellingsregeling (bron: Ministerie van Justitie)

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	eerste helft 2005
Aantal aanvragen	90	70	61	71	89	84	38
Gehonoreerd	70	52	40	37	57	55	35
	78%	74%	66%	52%	64%	65%	92%
Aantal uitgesproken faillissementen (Cbs)	3840	4498	5834	6771	8748	9349	
Percentage waarin een aanvraag is gedaan	2,3%	1,6%	1,0%	1,0%	1,0%	0,9%	

6.2.2

BELANG VAN DOORSTART

Niet alleen de hierboven geschetste kosten/baten-afweging is in het belang van de boedel, ook de vraag wat een eventuele actie zou kunnen betekenen voor een eventuele doorstart is een punt dat zwaar meeweegt in de overwegingen van de curator. Het is immers in het belang van de boedel om de onderneming zo goed mogelijk overeind te houden. Met het oog op doorstart zijn er meerdere redenen om af te zien van actie. Ten eerste is de kandidaat voor overname niet zelden de vorige bestuurder, die het bedrijf in afgeslankte vorm wil voortzetten. In dat geval is het uiteraard niet bevorderlijk voor een vlotte afwikkeling van de doorstart indien de curator een procedure start tegen de bestuurder van de failliet. Ook waar de overnemende partij anderszins banden onderhoudt met de failliet kan een procedure tot problemen leiden. Ten tweede is het voor overnemende partijen niet prettig indien boven het bedrijf een wolk van mogelijke reputatieschade hangt of zelfs een nasleep van allerlei juridisch getouwtrek dreigt. Ten derde is in § 6.1.2 aangegeven dat sommige paulianeuze handelingen door curatoren als noodzakelijk kwaad worden gezien juist om doorstart te faciliteren. In dergelijke

gevallen kan de curator geneigd zijn onregelmatigheden met de mantel der liefde te bedekken. Ten vierde kan ook het belang van anderen dan alleen de overnemende partij in het geding zijn, bijvoorbeeld van afnemers die bij doorstart alsnog diensten of producten geleverd krijgen waarvoor zij al een aanbetaling hebben gedaan (zie ook de beschrijving van vloerenhuis Valk in § 4.4).

6.2.3

TAAKOPVATTING

Ook meer in het algemeen kan de taakopvatting van de curator op gespannen voet staan met de actiebereidheid op het gebied van faillissementsfraude en misbruik. Zowel uit de interviews met de curatoren als uit de literatuur blijkt dat lang niet alle curatoren vinden dat het hun taak is aangifte te doen – zij zijn simpelweg géén verlengstuk van politie of justitie. Anderen (zowel curatoren als andere geïnterviewden) daarentegen achten het in zekere zin de ‘maatschappelijke plicht’ van curatoren om misstanden te melden – zelfs wanneer de kans op vervolging klein is.¹²²

De tegenstanders van een ‘meldingsplicht’ baseren hun opvatting op formele gronden (er is geen wettelijke taak, er wordt ook niets over gemeld in de gedragsregels), maar ook op hun slechte ervaringen met politie en justitie. Zoals is aangegeven in § 6.1.1 zeggen sommige van de geïnterviewde curatoren vele uren op de burelen van de politie te hebben doorgebracht om vervolgens te bemerken dat er uiteindelijk niets met hun aangifte gebeurde. Ook wordt het doen van aangifte geassocieerd met ellenlange administratieve procedures. Dergelijke ervaringen hebben, ook blijkens de interviews, een eroderend effect op het besef van maatschappelijke plichten van curatoren. Ervaringen met of de angst voor represailles dragen evenmin bij tot de animo om een maatschappelijke taak te vervullen.

Vertrouwen terugwinnen

Ook de drie geïnterviewde rechters-commissarissen begrijpen dat de aangiftete bereidheid onder curatoren zeer laag is omdat er zo weinig gebeurt met die aangiften, maar hun taxaties van de situatie lopen uiteen. Een van de geïnterviewden constateert wat dat betreft een verslechtering ten opzichte van het verleden. Hij is al eerder rechter-commissaris in faillissementen geweest, tussen 1990 en 1997, en vond dat het OM toen veel meer met faillissementsfraude deed. Een ander stelt daarentegen dat het in het verleden juist slecht gesteld was met de aanpak van faillissementsfraude door justitie maar dit de laatste tijd aan het verbeteren is.

Deze laatste rechter-commissaris heeft naar eigen zeggen in zijn regio het gebrek aan prioriteit van de opsporing en vervolging van fraude aan de orde gesteld. Via de president van de rechtbank is het OM ertoe bevogen meer capaciteit voor faillissementsfraudezaken vrij te maken. Nu is het in die regio zo geregeld dat de curator een eventuele aangifte bespreekt met de rechter-commissaris en dat, als die het een aangiftewaardige zaak vindt, de zaak door de politie wordt opgepakt. Curatoren kunnen het fraudemeldpunt nu rechtstreeks benaderen. Wel moet het vertrouwen van de curatoren eerst nog een beetje worden teruggevonden.

Ten slotte kan in dit kader nog genoemd worden dat curatoren een andere visie kunnen hebben op de strafbaarheid van bepaalde handelingen. In iets algemenere zin merkt Van den

¹²² W. Aerts, De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude, in: *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2005-1 p. 7-13.

Berg op dat het daderbeeld van justitie/opspoorders enerzijds en verdachten/advocaten anderzijds zich maar moeizaam met elkaar laten verenigen. De eersten beoordelen (vermeende) daders van organisatiecriminaliteit als criminelen, de laatsten als professionele zakenlieden die ‘soms een scheve schaats rijden’. Wij zien dat die onenigheid de onderlinge communicatie kan frustreren.”¹²³ In sommige gevallen is, volgens sommige curatoren, een zekere mate van paulianeus handelen zelfs ‘gelegitimeerd’ indien dit in het belang van de boedel is (met name om de onderneming overeind te houden of voor te bereiden op een doorstart).

6.2.4

KENNIS VAN ZAKEN

Naast de bovengenoemde rationele overwegingen (belang van boedel) of morele opinies (taakopvatting) geldt ook dat minder bewuste factoren een rol van betekenis kunnen spelen – in het bijzonder gebrek aan kennis. Het vak van curator vergt niet alleen bijzondere kennis van de juridische kant van de zaak, maar ook administratieve kennis van de bedrijfseconomische en boekhoudkundige aspecten van een faillissement. Met name op dit laatste punt schiet de kennis van curatoren nogal eens te kort.¹²⁴ In veel gevallen zien curatoren simpelweg niet dat wel eens sprake zou kunnen zijn van fraude. Dit is genoemd door zowel de geïnterviewde curatoren als anderen, maar blijkt ook uit een studie van Van de Haar en Hofman.¹²⁵ Deze onderzoekers baseren zich op literatuurstudie en interviews met meerdere deskundigen, maar tevens op een beschrijving van een casus waar zij als accountants bij de belastingdienst zelf bij betrokken waren en waarbij duidelijk was dat de betrokken curator onvoldoende kennis had om alle vormen van faillissementsfraude uit de beschreven casus te onderkennen. De feiten en omstandigheden in de casus kwamen pas aan het licht na diepgaande recherche in de administratie door de accountants van de belastingdienst zélf.

In meerdere interviews zijn twee verklaringen aangedragen voor dit gebrek aan deskundigheid. De eerste, meest voor de hand liggende verklaring is dat de opleiding van curatoren simpelweg tekort schiet. Weliswaar zijn met name de INSOLAD-curatoren goed opgeleid, maar de kennis van minder ervaren curatoren beperkt zich vaak tot die welke zij tijdens de baliestage hebben opgedaan. Een tweede verklaring is te vinden in het aanstellingsbeleid van de rechter-commissaris. In te veel gevallen, aldus sommige geïnterviewden, stelt de rechter-commissaris onervaren curatoren aan in faillissementen die beter door meer ervaren curatoren afgehandeld zouden kunnen worden. Bovendien zijn er te veel curatoren, waardoor deze te weinig faillissementen krijgen om gedegen expertise op te bouwen.

¹²³ E.A.I.M. van den Berg, *Organisatiecriminaliteit: Aard, achtergronden en aanpak*, Den Haag: WODC onderzoeksnotitie 2002/8, p. 4

¹²⁴ Ook op juridisch vlak is de kennis echter niet altijd voldoende. In verschillende interviews is aangegeven dat curatoren als civilisten meestal wel redelijk inzicht hebben in de civielrechtelijke kant van het faillissement, maar vaak onvoldoende kennis hebben van de strafrechtelijke ins en outs van faillissementsfraude (zie ook § 7.4).

¹²⁵ B.A. van de Haar en A.C.J.A. Hofman, *Het herkennen van faillissementsfraude: een zaak voor de curator?*, scriptie postdoctorale opleiding, Instituut voor Forensische Accountancy 2004.

7 De positie van andere partijen

Naast de curator spelen diverse andere partijen een rol bij de bestrijding van faillissementsfraude. In sommige gevallen, zoals bijvoorbeeld dat van de FIOD/ECD, ligt die rol voor de hand. In andere gevallen kan fraudebestrijding een uitloeijsel zijn van de gang van zaken rond faillissementen in het algemeen. Zo kan bijvoorbeeld de rechter-commissaris een sturende rol spelen in het opsporen van faillissementsfraude (§ 7.1). Belastingdienst en UWV kunnen zowel een preventieve rol spelen als een doorgeefluik zijn naar de opsporingsdiensten. De rol van belastingdienst en UWV komt ter sprake in § 7.2 en 7.3. In het strafrechtelijke traject spelen vooral FIOD/ECD als de politie en het OM een rol (§ 7.4 en 7.5). Ten slotte volgt in § 7.6 nog een beschrijving van de werkzaamheden van het bureau Bibob (Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur).

7.1

DE RECHTER-COMMISSARIS

De rechter-commissaris in faillissement kan op verschillende manieren een rol spelen bij de bestrijding van faillissementsfraude door de curator – door de selectie van een curator in een bepaald faillissement, door het uitoefenen van toezicht, en door aansturing van de curator.

Benoemingsbeleid

Het aanstellen van een curator en een rechter-commissaris is een taak van de rechtbank. In praktijk is het meestal een van de rechters-commissarissen die de faillissementszitting doet en die vervolgens, eventueel in overleg met de griffier en de andere rechters-commissarissen, bepaalt welke rechter-commissaris en welke curator in het faillissement aangesteld zullen worden. Wanneer een rechter tijdens de zitting al het vermoeden heeft dat sprake zou kunnen zijn van faillissementsfraude kan hij daar rekening mee houden bij de aanstelling van een curator. De drie geïnterviewde rechters-commissarissen zeggen dat ook te doen. Deze opstelling is echter niet zonder problemen.

De informatie die een rechter tijdens de faillissementszitting krijgt over de onderneming waarvan hij het faillissement uitspreekt, geeft niet altijd een duidelijk en adequaat beeld van de aard en omvang van het faillissement. Dus kan het gebeuren dat faillissementen groter of kleiner blijken te zijn dan ze tijdens de zitting leken. In het tv-programma 'Liever Failliet' werden eigen aangiftes getoond van bestuurders die beweerden geen idee te hebben van de omvang van hun onderneming. Ze wisten niet hoeveel omzet de onderneming jaarlijks draaide en evenmin hoeveel personeelsleden ze in dienst hadden.¹²⁶ Het zal een rechter in zo'n situatie duidelijk zijn dat er een gereede kans is dat in deze gevallen sprake is van faillissementsfraude. Al is daarmee niet vastgesteld in welke vorm en in welke mate faillissementsfraude zich in deze gevallen voordoet, de rechter kan hiermee wel rekening houden bij het aanstellen van een curator.

Een van de geïnterviewde rechters-commissarissen merkt op dat dit ertoe kan leiden dat het dezelfde curatoren zijn die altijd fraudezaken doen. Voor het ontstaan van ervaring en

¹²⁶ Een uitzending van het programma Zembla, 12 februari 2004.

deskundigheid op het terrein van de bestrijding van faillissementsfraude kan het echter een voordeel zijn. Daartegenover staat dat uit eerder onderzoek is gebleken dat bij veel rechters-commissarissen een eerlijke verdeling van de faillissementen over de beschikbare curatoren voorop staat in hun benoemingsbeleid.¹²⁷ Vanuit het oogpunt van deze eerlijke verdeling kan het dan gebeuren dat een rechter-commissaris een andere dan de voor het betreffende faillissement meest geschikte curator aanstelt. Beide overwegingen in het aanstellingsbeleid zijn ook in de interviews met de curatoren ter sprake gekomen.

Ervaring in de shredder

Een van de geïnterviewde curatoren zegt over het aanstellingsbeleid: ‘Het risico bestaat dat een niet ervaren curator wel eens zaken krijgt waar hij niet aan toe is, omdat rechters vasthouden aan de eerlijke verdeling van faillissementen onder curatoren. De onervarene zegt dan: ‘hier is niets aan de hand, het gaat allemaal goed’. Die mist dan het onderscheidingsvermogen van de ervaren curator (uitgaande van een serieus handelende curator met een onderzoekende geest). Dit is een potentieel probleem waar rechters onvoldoende gevoelig voor zijn. Die stellen jongere curatoren aan omdat die goedkoper zijn en ervaren curatoren krijgen te weinig faillissementen. Dit aanstellingsbeleid is niet in volle wijsheid bedacht. Ik doe nu al twintig jaar faillissementen, ik heb in die tijd zes rechters-commissarissen meegemaakt en die moet ik het allemaal leren, terwijl zij toezicht moeten houden. Als ik het ego van een rechter kwets, word ik niet meer aangesteld en dan wordt twintig jaar ervaring in de shredder gegooid.’

De selectie van de curator kan ook (op strategische wijze) worden beïnvloed door advocaten. In hoofdstuk 6 is naar voren gekomen dat curatoren een faillissement op zeer verschillende wijzen kunnen aanpakken. Het kan dus zijn dat de benoeming van een bepaalde curator meteen een stempel drukt op het faillissement. Dit blijkt ook onder advocaten een bekend feit te zijn. Een van de geïnterviewde rechters-commissarissen krijgt bij het uitspreken van een faillissement vaak een suggestie voor een bepaalde curator van de advocaat van de faillierende ondernemer. “Dit doen wij dan per definitie niet”, aldus de rechter-commissaris. Het is echter denkbaar dat het voordragen van een bepaalde curator niet alleen een poging kan zijn om een bepaalde curator in een faillissement benoemd te krijgen, maar wellicht ook een methode kan zijn om juist een ongewenste curator uit te schakelen. Een andere methode om curatoren uit te schakelen is door één van de geïnterviewde curatoren uiteengezet. Deze curator krijgt nogal eens verzoeken om bijstand van ondernemers die op het punt staan failliet te gaan met als verborgen agenda dat, als hij daarop ingaat, hij in ieder geval geen curator meer kan worden.

Toezicht (en aansturing)

Tijdens een faillissement houdt de rechter-commissaris toezicht op de verrichtingen van de curator. Wanneer de rechter-commissaris op de grond van de periodieke verslagen van de curator meent dat sprake is van faillissementsfraude en hij ziet dat de curator er niets mee doet, dan kan hij de curator daarop wijzen. Hierbij doen zich twee beperkingen voor. Ten eerste is de rechter-commissaris voor zijn inzicht in een faillissement in hoge mate afhankelijk van de inhoud van de verslagen van de curator. Als de curator bepaalde aspecten van een faillissement niet in het verslag vermeldt, kan de rechter-commissaris er ook niet op reageren. Ten tweede ontbreekt op sommige rechtbanken de tijd om de verslagen van curatoren grondig door te

¹²⁷ A.M. Beukelman, ‘Wederzijdse verwachtingen van curator en rechter-commissaris in faillissement’, *Recht der Werkelijkheid*, 2001-1 p. 65-76.

nemen, laat staan dat er tijd is om curatoren aan te spreken op hun handelen.¹²⁸ De werkdruk is vooral gestegen na door een stijging van het aantal zaken in het kader van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen.¹²⁹

Hoewel de rechter-commissaris volgens de Faillissementswet niet als taak heeft de curator te instrueren, kan een rechter-commissaris zijn positie als toezichhouder gebruiken om de curator opdracht tot bepaalde handelingen te geven. De curator is voor toekomstige aanstellingen in faillissementen afhankelijk van de rechter-commissaris, en dit zou een reden kunnen zijn om adviezen van de rechter-commissaris op te volgen, ook als de curator er eigenlijk zelf niet achter staat.¹³⁰ De drie geïnterviewde rechters-commissarissen geven aan dat zij curatoren in voorkomende gevallen wel aanraden om aangifte te doen, maar zeggen de beslissing daarover aan de curator zelf over te laten.

Alle drie de geïnterviewde rechters-commissarissen vinden het van belang dat curatoren zoveel mogelijk aangifte doen van faillissementsfraude, maar dit is geen algemeen gedeeld uitgangspunt. Aerts laat zien dat meningen op dit punt uiteenlopen. Sommigen achten het helemaal niet wenselijk dat curatoren aangifte doen als de kans op een uiteindelijke veroordeling gering is, anderen daarentegen verwachten van curatoren dat zij altijd aangifte doen, ook als de kans op vervolging niet groot is.¹³¹ De landelijke richtlijnen die zijn opgesteld door de Werkgroep rechters-commissarissen in faillissementen (Recofa) in overleg met de Nederlandse Vereniging van Banken en de Nederlandse Orde van Advocaten, bevatten dan ook geen instructies ten aanzien van het al dan niet doen van aangifte.

Deskundigheid

Niet iedere rechter-commissaris beschikt over de middelen en de steun van de president van de rechtbank om slagvaardig te kunnen optreden. De rechter-commissaris moet over voldoende kennis en inzicht beschikken om zelf tot actie te kunnen overgaan. Dit is niet altijd het geval. Kortmann stelt zelfs dat het een algemeen bekend feit is, dat rechters-commissarissen hun taak niet naar behoren kunnen vervullen.¹³² In de literatuur wordt hiervoor als belangrijkste oorzaak de bestaande roulatietermijnen van rechters-commissarissen in faillissementen aangegeven.¹³³ Op de meeste rechtbanken is het gebruikelijk dat een rechter-commissaris in faillissementen na een termijn van twee à drie jaar een andere functie gaat vervullen en een ander zijn plaats inneemt. Dit betekent dat tegen de tijd dat een rechter-commissaris enigszins ingevoerd raakt, hij alweer moet vertrekken. Hierdoor houden rechters-commissarissen altijd een achterstand in

¹²⁸ De Rechtbank Amsterdam heeft op 19 juni 2003 een brief gestuurd aan alle curatoren en bewindvoerders waarin gemeld wordt dat door structurele onderbezetting van de afdeling, eerst de meest urgente kwesties behandeld zullen worden en dat dit betekent dat brieven en verzoeken van curatoren en bewindvoerders niet binnen een aanvaardbare termijn behandeld kunnen worden. De inhoud van deze brief is te vinden in: S.C.J.J. Kortmann (2003), *Bad bankruptcy governance*, in: *Tijdschrift voor Insolventierecht*, p. 265-268. In een tv-uitzending van Twee Vandaag op 26 januari 2004 gaf rechter-commissaris Dethmer van de Rechtbank Roermond te kennen dat het voor hem door tijdgebrek onmogelijk is om de eindverslagen en de declaraties van curatoren naar behoren te controleren.

¹²⁹ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 300 hoofdstuk VI, nr. 2, p. 50 Voor een recente journalistieke schets van de toegenomen werkdruk van rechters in het algemeen vgl. G. Leistra, *De rek is uit de rechter*, in: *Elsevier* 5 november 2005, p. 24-27

¹³⁰ Zie hierover: W. Aerts, 'De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude', in: *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2005-1 p. 7-13 en A.M. Beukelman, 'Wederzijdse verwachtingen van curator en rechter-commissaris in faillissement', in: *Recht der Werkelijkheid*, 2001-1 p. 65-76

¹³¹ W. Aerts, *De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude* 2005-1, p. 7-13

¹³² S.C.J.J. Kortmann, 'Bad bankruptcy governance', in: *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2003 p. 265-268

¹³³ Zie onder andere: S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees en N.E.D. Faber, 'Contiùiteit van ondernemingen in moeilijkheden', in: *Tijdschrift voor privaatrecht*, 1998, p. 1253-1331 en R.D. Vriesendorp, 'De rechter-commissaris bij insolventies: onpartijdige rechter of betrokken commissaris?', in: *Justitiële verkenningen* (2000), jg. 26, nr. 2, p. 55-64

kennis en inzicht op de andere bij een faillissement betrokken partijen. De hierboven aangehaalde rechter-commissaris was in eerste instantie verbaasd dat hij bij de start van zijn functie niet werd ingewerkt. Later begreep hij naar eigen zeggen dat het niet doenlijk is een nieuwe rechter-commissaris in te werken. De kennis die men verwerft van de dossiers die in de kast hangen en van de curatoren in het arrondissement is niet of nauwelijks over te dragen. Een van de geïnterviewde curatoren vindt dat rechters-commissarissen duidelijk laten merken dat ze 'op doortocht' zijn. Ze hebben volgens hem weinig kennis van zaken of voelen zich daar vaak ook niet door gehinderd. Met betrekking tot bestrijding van faillissementsfraude zijn de meeste rechters-commissarissen volgens deze curator welwillend, maar als puntje bij paaltje komt toch terughoudend.

Invloed

Curatoren schatten de invloed van rechters-commissarissen op faillissementen niet groot in. In de ervaring van curatoren volgt de rechter-commissaris bij gebrek aan tijd en inzicht meestal de curator. Het is wellicht prettig voor curatoren dat zij in grote delen van Nederland redelijk ongestoord hun werk kunnen doen, maar daar zitten ook nadelen aan. Ten eerste is er geen goede controle op de taakuitoefening van curatoren zelf, wat nadelig is voor hen als beroepsgroep. Ten tweede blijven curatoren verstoken van middelen die hen tot steun kunnen zijn in een faillissement en in het bijzonder in geval van faillissementsfraude. Om een procedure te kunnen beginnen tegen een bestuurder heeft de curator toestemming nodig van de rechter-commissaris. Deze zou dus bij voorkeur inzicht moeten hebben in bestuurdersaansprakelijkheid in het algemeen en in de betekenis ervan in het concrete geval. De geïnterviewde curatoren maken het zelden tot nooit mee dat een rechter-commissaris geen toestemming wil geven om te procederen. Hierbij moet aangetekend dat genoemde curatoren tot het top van het curatorenbestand mogen worden gerekend. Het zou kunnen zijn dat bij minder ervaren curatoren de rechter-commissaris vaker aan de rem trekt.

Niettemin blijkt uit de interviews met curatoren dat er ook op dit punt grote verschillen zijn tussen rechters-commissarissen. Sommige rechters-commissarissen zouden geneigd zijn vooral de bestuurders te beschermen en de curator te wantrouwen wanneer deze een aansprakelijkheidsprocedure wil beginnen. Eén van de geïnterviewde curatoren vertelt dat de rechter-commissaris in zijn arrondissement een keer heeft geweigerd hem toestemming te geven om een procedure tegen een bestuurder te beginnen, omdat hij bang was dat de betreffende bestuurder daarmee te hard aangepakt zou worden. Deze curator heeft tegen die beslissing van de rechter-commissaris beroep ingesteld bij de rechtbank en dat vervolgens gewonnen. Andere rechters-commissarissen hebben juist een negatieve houding ten opzichte van bestuurders en staan eerder positief tegenover een procedure. Sommige rechters-commissarissen sporen curatoren zelfs aan om te procederen tegen de bestuurder. Er is, kortom, niet één lijn te ontwaren in het beleid van rechters-commissarissen. Overigens bestaan er fundamentele verschillen van mening over de kwestie in hoeverre en op welke punten de rechter-commissaris zich actief met een faillissement zou moeten opstellen.¹³⁴

¹³⁴ Zie voor de verschillende rollen van de rechter-commissaris: R.D. Vriesendorp (2000), De rechter-commissaris bij insolventies: onpartijdige rechter of betrokken commissaris?, in: *Justitiële verkenningen* (2000), jg. 26, nr. 2, p. 55-64.

De R-C als spelmaker?

Het is in de ogen van curatoren riskant als een rechter-commissaris op de stoel van de curator gaat zitten. Eén van de geïnterviewde curatoren maakt melding van twee gevallen waarin een rechter-commissaris de curator ertoe overhaalde, tegen diens zin, te gaan procederen. Beide keren heeft hij die procedures verloren. Deze curator vindt dat de rechter-commissaris in zo'n geval zijn boekje te buiten gaat. "Dan heb je niet door dat de curator het spel maakt en je als rechter-commissaris alleen toezicht houdt. Bovendien kan de curator aansprakelijk gesteld worden en de rechter-commissaris niet."

De algemene indruk die uit de interviews opwelt (uitzonderingen zoals hierboven beschreven daargelaten) is dat, wanneer het om *civiele procedures* gaat, een rechter-commissaris veelal terughoudender zal zijn dan de curator. Dit terwijl rechters-commissarissen zich wat betreft het *strafrechtelijke traject* (doen van aangifte) juist voortvarender opstellen dan curatoren. Reden hiervoor is dat aangifte doen van faillissementsfraude minder tijd en dus minder geld kost dan een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure. De tijd die aan een aangifte moet worden besteed, drukt niet zo zwaar op de boedel als een procedure. Wanneer een curator wil gaan procederen, moet de rechter-commissaris rekening houden met de mogelijkheid dat de curator hier zelf wel bij gebaat is maar de boedel, en dus de schuldeisers, er juist op toelegt.

De signaalfunctie van aansprakelijkheidsprocedures

Eén van de geïnterviewde rechters-commissarissen zegt hierover: "Het komt heel incidenteel voor dat een curator een procedure wil beginnen en dat ik dat niet wil. Dat is eigenlijk altijd als een curator wil gaan procederen tegen een derde. Als het gaat om het aanpakken van de failliete bestuurder zelf, dan is het eerder andersom. Curatoren komen dan vaak met argumenten als het ontbreken van verbaalsmogelijkheden. Maar soms zeg ik dan: "ga toch maar procederen, al is het voor de kat zijn vool", gewoon omdat ik vind dat er een signaal afgegeven moet worden. Ik heb een keer echt tegen een curator gezegd dat hij maar moest gaan procederen vanwege de maatschappelijke functie die dat zou hebben. Als wij sommige mensen niet aanpakken, gaat de maatschappij zich afvragen waarom niet en dan gaan mensen denken dat wij bestuurders die frauderen maar gewoon hun gang laten gaan."

De geïnterviewde rechters-commissarissen betrekken over het algemeen dezelfde elementen in hun afweging als de curatoren. Voor het toezicht op de curator tijdens een faillissement in het algemeen en voor de aanpak van faillissementsfraude in het bijzonder lijkt een rechter-commissaris die over voldoende ervaring en inzicht beschikt onontbeerlijk. Immers, wanneer de rechter-commissaris de curator de verkeerde kant op stuurt, zal dit niet alleen de curator hinderen in de uitvoering van zijn taak, maar ook de bestrijding van faillissementsfraude in de weg staan.

7.2

BELASTINGDIENST

Eén van de zwaarst gedupeerden in geval van faillissement is veelal de belastingdienst. De belastingschade als gevolg van opzettelijke fraude of gebruik van faillissement is gemiddeld ruim € 170.000 per frauduleus faillissement. Geëxtrapoleerd naar alle gevallen van faillissementsfraude bedraagt de totale schade over 2004 zo'n 60 miljoen Euro. Ook in de gevallen van paulianeus handelen wordt de fiscus meer dan gemiddeld benadeeld (zie tabel 4.1.2).

Voor het onderzoek zijn bij de Belastingdienst interviews gehouden met twee coördinatoren invordering en een accountant. De belastingdienst kan op een aantal manieren een bijdrage leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude – door snelle invordering of door een actief beleid rond bestuurdersaansprakelijkheid. Daarnaast kan de belastingdienst het werk van de curator faciliteren door goede samenwerking (bijvoorbeeld door informatie-uitwisseling).

Invordering

Het eerste en meest opvallende beeld dat van de Belastingdienst uit de interviews oprijst, is dat van een grote diversiteit tussen de verschillende kantoren. In iedere regio kan het kantoor van de Belastingdienst zelf in grote lijnen het beleid bepalen en daarmee ook de prioriteit die aan faillissementen in het algemeen en faillissementsfraude in het bijzonder wordt gegeven. De geïnterviewde accountant werkt op een kantoor waar weinig capaciteit voor faillissementen is ingezet. De geïnterviewde coördinatoren invordering kunnen aanmerkelijk meer tijd aan faillissementen besteden. In het district van één van de geïnterviewde coördinatoren is een zeer uitgewerkt systeem om potentiële wanbetalers in de gaten te houden, op basis van bijvoorbeeld het eerdere betalingsgedrag of het gegeven dat sommige branche een minder goede reputatie hebben. Dit systeem zou preventief kunnen werken. Een knelpunt is echter dat in sommige districten faillissementsfraude geen prioriteit heeft en, mede daardoor, ook niet overal de capaciteit en deskundigheid aanwezig is. Overigens blijkt uit de cijfers van het dossieronderzoek niet dat er significante verschillen zijn in de schulden aan de fiscus per arrondissement.

Uit de interviews met curatoren komt een tamelijk divers beeld naar voren. Het indienen van de vordering van de Belastingdienst in een faillissement gebeurt in de ene regio snel en accuraat, terwijl het in de andere regio lang duurt voordat de Belastingdienst met een juiste vordering komt. Ook binnen één regio zijn echter verschillen merkbaar. Een van de geïnterviewde curatoren meldt dat hij eerder in ieder faillissement met iemand anders te maken kreeg, maar nu in ieder faillissement dezelfde persoon bij de Belastingdienst treft en dat die zowel het vaststellen als het incasseren van de aanslag regelt. Dat werkt volgens deze curator goed.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Verschillen zoals hierboven beschreven doen zich ook voor als het gaat om bestuurdersaansprakelijkheid. De hierboven aangehaalde curator ondervindt ook met betrekking tot bestuurdersaansprakelijkheid weinig medewerking van de Belastingdienst, terwijl enkele andere curatoren juist aangeven dat zij in gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid goed kunnen samenwerken met de Belastingdienst. Wel merken zij hierbij op dat dit goed gaat op grond van persoonlijke relaties die ze bij de Belastingdienst hebben. Als de persoon waarmee de curator samenwerkt op een gegeven moment de Belastingdienst verlaat of een andere functie krijgt, stopt de samenwerking tot er weer een andere persoon bij de Belastingdienst is gevonden om die samenwerking mee voort te zetten.

De Belastingdienst zelf begint niet vaak een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure in een faillissement. Uit de interviews blijkt dat in een faillissement meestal de curator de eventuele

bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure begint. Als de Belastingdienst al wel voorbereidingen heeft getroffen voor een procedure maar de curator besluit een procedure te starten, zal de belastingdienst haar procedure staken. De reden hiervoor is dat de curator zal optreden ten behoeve van alle schuldeisers, en dus ook namens de fiscus. Daarnaast is het financieel belang van de belastingdienst als afzonderlijke crediteur natuurlijk kleiner dan het belang van alle crediteuren samen (ongeveer 20%). In de praktijk blijken curator en fiscus elkaar ook zelden voor de voeten te lopen, hoewel het in sommige gevallen denkbaar is dat de belastingdienst zou kunnen proberen de andere crediteuren voor te zijn (zodat de opbrengst van eventuele aansprakelijkheid niet gedeeld hoeft te worden met de andere crediteuren).¹³⁵ In principe zijn beide partijen echter het meest gebaat bij goede samenwerking.

Informatie-uitwisseling

Met betrekking tot de informatie-uitwisseling tussen de curator en de Belastingdienst zijn de ervaringen van de geïnterviewde curatoren zeer wisselend. Er zijn curatoren die nauwelijks of geen informatie van de Belastingdienst krijgen en er zijn er die de Belastingdienst als een belangrijke bron van informatie zien. Een van de geïnterviewde curatoren merkt op dat de Belastingdienst behulpzaam kan zijn in gevallen van fiscale fraude waarvan de opbrengst op een buitenlandse rekening staat. Banken in bijvoorbeeld Zwitserland willen nog wel eens informatie geven aan de Belastingdienst, omdat het land niet het imago wil hebben dat het kan worden gebruikt voor witwaspraktijken of geld dat langs een criminele weg is verkregen. Deze informatie wordt aan curatoren niet gegeven, maar wel aan de Belastingdienst. Uit § 6.1.3 blijkt overigens dat curatoren betrekkelijk zelden aanvullende informatie opvragen.

In de literatuur wordt gesignaleerd dat de Belastingdienst vaak té terughoudend is in het verstrekken van informatie aan curatoren.¹³⁶ Aerts geeft aan dat wanneer een failliet heeft gefraudeerd het bijna altijd zo zal zijn dat daar derde partijen bij betrokken zijn. Het verstrekken van informatie over de failliet zelf levert in dergelijke gevallen geen probleem op. Problematisch is volgens Aerts het verstrekken van informatie over die derde partijen. In de ervaring van Aerts als curator komt het vaak voor dat belastingambtenaren niet op de hoogte zijn van de ruimte die zij hebben om informatie te geven aan curatoren. De Belastingdienst heeft weliswaar een geheimhoudingsplicht, maar deze geldt niet wanneer informatieverstrekking noodzakelijk is voor bijvoorbeeld het invorderen van belasting, hetgeen in vrijwel ieder faillissement het geval is. Ook wanneer een vermoeden bestaat van strafbare feiten, heeft de Belastingdienst meer ruimte om informatie te geven. Daarnaast wijst Aerts erop dat op grond van de Leidraad Invordering¹³⁷ informatie alleen desgevraagd aan de curator wordt verstrekt. Wanneer sprake is van faillissementsfraude, zou het volgens Aerts voor de hand liggen dat de Belastingdienst de curator ook ongevraagd informeert. Dit laatste punt komt terug in de interviews met curatoren: ook curatoren die voor het overige tevreden zijn over de samenwerking met de Belastingdienst vragen zich af waarom de Belastingdienst niet ongevraagd met informatie komt.

¹³⁵ Zie voor samenloop WBA en WBF: G.S.E. Dorlo, 'WBA en WBF: aspecten van samenloop', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2000-3, p. 86-95

¹³⁶ W. Aerts, De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude, in: *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2005-3, p. 7-13., B.A. van de Haar en A.C.J.A. Hofman, Het onderkennen van faillissementsfraude: een zaak voor de curator? (afstudeerscriptie Instituut voor Forensische Accountancy (IFA)) 2004.

¹³⁷ Leidraad Invordering 1990, resolutie van 25 juni 1990, nr. AFZ 90/1990, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 23 december 2004, nr. CPP 2004/2905M, *Stcr.* 251.

Mogelijke blokkade

Een curator die regelmatig een doorstart probeert te maken vindt het lastig dat hij met de Belastingdienst niet kan praten over de voorbereiding daarvan. Hij zegt: "als je dat zou doen, zou de Belastingdienst namelijk onmiddellijk bodembeslag leggen. En dan kun je wel ophouden met je poging om het bedrijf te laten doorstarten. Er zou eigenlijk een vertrouwenspersoon bij de fiscus moeten zijn waar je mee kunt praten, zonder dat je bang hoeft te zijn voor bodembeslag. Maar omdat je niet kunt praten, doe je maar en zie je wel wat er van komt." Deze curator zou met de Belastingdienst vooraf willen afstemmen welke constructies gebruikt zouden kunnen worden om (de indruk van) faillissementsfraude te voorkomen. De curator zou aan de fiscus willen voorleggen hoe hij bepaalde problemen denkt te gaan oplossen (met welke constructies) om dan van de fiscus te horen te krijgen of ze dat 'pikken' of niet. Nu weet hij vaak niet hoe een bepaalde constructie beoordeeld gaat worden en dat werkt eigenlijk niet handig.

Versterkte samenwerking

Eén idee om de samenwerking tussen belastingdienst en curator te versterken, is wellicht een idee van de geïnterviewde accountant bij de Belastingdienst. Deze is er voorstander van om in ieder faillissement een zogenaamde 'quick-scan' uit te voeren. Dit houdt in dat kort na het uitspreken van een faillissement een accountant van de Belastingdienst de curator zou kunnen opzoeken om snel een beeld van de administratie te krijgen van de gefailleerde. Volgens de accountant zou dat niet veel tijd kosten: een half uur volstaat voor een eerste verkenning, aldus de geïnterviewde. Verder heeft een dergelijke 'quick-scan' als voordeel dat het geen kosten voor de boedel met zich brengt en toch informatie kan opleveren die een curator niet zo snel zelf zou kunnen vinden in de administratie.

7.3**UWV**

Evenals de Belastingdienst is ook het UWV in vrijwel ieder faillissement schuldeiser. Blijkens het dossieronderzoek bedroeg de gemiddelde premieschuld van de frauduleuze faillissementen ruim € 100.000 per fraudegeval. Geëxtrapolerd naar het totale bestand van alle faillissementen in 2004 zou de te verwachten premieschade als gevolg van faillissementsfraude ongeveer 38 miljoen euro bedragen (dit is dan zónder de faillissementen waarin activa zijn onttrokken aan de boedel, maar waarin geen sprake is van opzet of gebruik van faillissement). Dit cijfer is helaas niet te checken op basis van gegevens van het UWV zelf. Aan UWV is gevraagd of over de afgelopen jaren informatie beschikbaar was over de (vermoede) omvang van faillissementsfraude, in hoeveel gevallen de opsporingsdienst UWV in dergelijke fraudezaken actie heeft ondernomen (beslag gelegd, aangifte gedaan etcetera), en wat de uitkomst van die actie was. Helaas bleek uit het registratiesysteem van UWV echter niet zichtbaar te maken in hoeveel gevallen faillissementsfraude is onderzocht en aangetoond. Het UWV-systeem geeft alleen de kerncijfers met betrekking tot sociale-zekerheidsfraude. Faillissementsfraude is een "bijproduct" dat feitelijk alleen zichtbaar wordt in een aantal ingeleverde processen-verbaal premiefraude bij de diverse arrondissementen waarin ook faillissementsfraude is onderzocht. Daarnaast werd het faillissementsproces niet geautomatiseerd ondersteund, zodat het

uitzoeken van de informatie volledig handwerk zou worden. Om reden van beperkte personeelsbezetting waren de gevraagde gegevens derhalve niet te achterhalen.

Het UWV heeft in een faillissement verschillende rollen. Volgens de loongarantieregeling neemt het UWV gedurende enige tijd de loonverplichtingen ten opzichte van de werknemers van de failliete onderneming over. Dit betekent dat eventueel achterstallig loon door het UWV wordt uitbetaald. Daarnaast kan het UWV zelfstandig een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure beginnen. Het UWV heeft een eigen opsporingsdienst die onder meer fraude kan constateren.

In het kader van dit onderzoek zijn interviews gehouden met een opsporingsfunctionaris en een manager opsporing bij UWV. De dienst 'Fraude, Preventie en Opsporing' (FPO) van UWV is belast met het opsporen van uitkeringsfraude (werknemers) en premiefraude (werkgevers). De dienst heeft ongeveer 240 rechercheurs in dienst, waarvan ongeveer 120 rechercheurs voor premiefraude. Premiefraudezaken worden in principe allemaal opgepakt, strafrechtelijke onderzoeken regelmatig in combinatie met rechercheurs van de FIOD/ECD (omdat in 99% van de gevallen ook belastingfraude valt te verwachten). Prioritering heeft plaats tijdens het zogenaamde selectieoverleg. Deelnemers aan dit overleg zijn FPO en Looninspectie. Hier worden alle premiefraudezaken aangemeld en op vastgestelde criteria objectief beoordeeld en geprioriteerd. Criteria zijn onder meer: duur van de fraude, het verwachte nadeel, de vraag of er externe diensten bij betrokken zijn en de 'listigheid' van de fraude, een en ander gebaseerd op de richtlijnen Socialezekerheidsfraude van het College van Procureurs-Generaal.

*Faillissements*fraude is in het algemeen niet de taak van het UWV, blijkt uit de interviews. "Voor het UWV is faillissementsfraude 'bijvangst'. Er moet iets bijzonders aan de hand zijn om fraude in een faillissement te onderzoeken, bijvoorbeeld een 'carousel' van faillissementen. Zo'n constructie kan het UWV veel geld kosten en dan is het belangrijk om dat te stoppen."

Wanneer UWV premiefraude constateert met een schade boven € 12.000 wordt proces-verbaal opgemaakt. In 2004 betrof het 101 PV's op het gebied van premiefraude. Zaken die onder het genoemde bedrag liggen worden bestuursrechtelijk afgedaan middels boetes. Strafrechtelijke zaken, ook faillissementsfraudes, worden regelmatig in teams afgehandeld: UWV, Belastingdienst en eventueel FIOD/ECD.¹³⁸ Interessant is dat bij elk faillissement een eindcontrole moet plaatsvinden door belasting- én looninspecteurs. Bij die eindcontrole wordt ook gebruik gemaakt van een checklist 'mogelijke strafbare feiten'. Een looninspecteur zou daarbij fraudezaken boven water moeten krijgen en die vervolgens via een fraudemeldingsformulier moeten melden aan de opsporingsdienst. Opvallend is echter dat sommige looninspecteurs volgens de geïnterviewde manager opsporing aanmerkelijk meer fraudes eruit halen dan anderen.

De samenwerking UWV/Belastingdienst is niet optimaal, althans niet volgens de geïnterviewde accountant bij de Belastingdienst: "Met het UWV werken we wel samen, maar op het moment dat er een faillissement is, scheiden onze wegen. De een zegt 'wij gaan wat regelen' met betrekking tot een doorstart vóór faillissement, terwijl de ander juist het tegenovergestelde aan het doen is. UWV wil wel, maar ze kunnen niet. Het UWV is net de Rabobank, allemaal kleine kantoorjes met ergens ver weg boven de juridische afdeling. De mensen zijn onvoldoende

¹³⁸ Per 1 januari 2006 zal deze vorm van samenwerking overigens verdwijnen. Dan gaat de vaststelling en inning van de sociale premies naar de Belastingdienst. UWV gaat zich vanaf dat moment concentreren op uitkeringsfraude. De samenwerking met de Belastingdienst zal dan voornamelijk bestaan uit informatie-uitwisseling. UWV en Belastingdienst werken dan hoofdzakelijk nog administratief samen en slechts beperkt in een strafrechtelijk traject.

opgeleid om dit soort zaken aan te pakken, dan ben je afhankelijk van wie je treft.” Ook andere geïnterviewden wijzen op de regionale versplintering van UWV als één van de oorzaken van de moeilijke bereikbaarheid en het gebrek aan kennis.

In preventieve zin heeft UWV enkele mogelijkheden om fraude aan te pakken. De looninspecteurs zouden een belangrijke preventieve rol kunnen spelen bij het opsporen van fraude. Regulier boekenonderzoek zou fraudes in een veel eerder stadium aan het licht kunnen brengen. Uit het interview met de manager opsporing komt naar voren dat momenteel slechts gemiddeld een keer in de vijf jaar controle wordt uitgevoerd op de loonadministratie. Wel kan gestuurd worden in de controledichtheid, bijvoorbeeld per risicogroep (branches – in het bijzonder met hoge verloning -, starters). Ook bij incasso is het mogelijk om de potentiële wanbetalers dichterbij de huid te zitten. Soms duurt het een aantal maanden voordat werkgevers met een betalingsachterstand worden gemaand, maar bij de ‘zeurgevallen’ kan die termijn korter worden gesteld.

Uit de interviews met diverse curatoren en andere betrokkenen komt een wisselend beeld naar voren. Wat betreft de loongarantieregeling zijn de ervaringen van met name de geïnterviewde curatoren overwegend positief, al vinden zij soms dat het wat lang duurt voordat de lonen worden uitbetaald. Ook kan het lang duren voordat UWV heeft uitgerekend wat de hoogte van de vordering in het faillissement moet zijn. Maar wat betreft de communicatie met UWV uiten meerdere geïnterviewden hun grieven. UWV komt uit de interviews naar voren als een min of meer ‘onzichtbare’ instantie.

Een ‘onzichtbare’ instantie

“Het UWV is een onzichtbare bureaucratische kolos, waar je niet weet bij wie je moet zijn. Bijvoorbeeld als je vrijwaring van ketenaansprakelijkheid nodig hebt (zoals je dat dan met de fiscus allang hebt afgesproken). Bij het UWV zegt men ‘ik ga dit overleggen en u hoort nog van mij’ en dat gebeurt niet. Dan moet ik dezelfde vrouw te pakken zien te krijgen en dan ligt het bij een ander op het bureau, maar die is er niet, etcetera. Uiteindelijk is het mosterd na de maaltijd.”

“Het heeft geen zin om contact op te nemen met het UWV. Ik heb daar nog nooit een vast contact of aanspreekpunt kunnen vinden. Ze zijn toch één van de grootste crediteuren. Het is heel lastig, vooral bij het aanbieden van een akkoord. Het UWV gaat stevast dwars liggen, doordat ze niet of te laat reageren.”

Ook begint UWV zelden zelf een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure, volgens de manager opsporing omdat de curator daar bestuurders kan aanspreken in het kader van de faillissementswet.

In het kader van faillissementsfraude heeft slechts één van de geïnterviewde curatoren wel eens contact met het UWV. Deze curator meldt dat hij soms informatie van het UWV kan gebruiken met betrekking tot bestuurdersaansprakelijkheid. Op het moment dat de opsporingsfunctionaris van UWV in een faillissement fraude onderkent, ligt de administratie meestal bij de curator. Dan neemt de opsporingsfunctionaris contact met de curator op om de administratie te kunnen onderzoeken. In zijn ervaring ging dit tot nu toe om kleinere zaken. De geïnterviewde manager opsporing meldt dat bij faillissementen waar premiefraude wordt geconstateerd waar mogelijk ook curatoren worden betrokken. Hij zegt: “een goed meewerkende curator is goud waard, maar helaas zijn niet alle curatoren even coöperatief”.

7.4

FIOD/ECD EN POLITIE

De taak van de FIOD/ECD in het kader van faillissementsfraude is tweeledig. Eerst bepaalt de officier van Justitie of een zaak vervolgd zal worden. Dit geschiedt aan de hand van een aantal criteria (zie § 2.4.2). Indien inderdaad tot vervolging wordt overgegaan, verrichten rechercheurs van de FIOD/ECD onderzoek onder leiding van een Officier van Justitie. Wat precies van de aangifte wordt onderzocht en wat niet is een beslissing van het functioneel parket, de landelijke organisatorische eenheid van het Openbaar Ministerie die de opsporingsactiviteiten van, in dit geval, FIOD/ECD aanstuurt.

In hoofdstuk 6 is al aan de orde gekomen dat curatoren vinden dat de FIOD/ECD zich in het onderzoek soms beperkt op een manier die de curator zelf niet begrijpt. De respondenten van de FIOD/ECD menen dat dit onbegrip van curatoren voortkomt uit onvoldoende kennis van het strafrecht (zie kadertekst). De bewijslast die curatoren hebben in civiele procedures is veel minder zwaar dan die in strafrechtelijke procedures. Vandaar dat de FIOD/ECD zich soms moet beperken tot de ‘makkelijke’ onderdelen van een aangifte. “Bovendien”, zo merkt één van de geïnterviewde rechercheurs op, “je hoeft echt geen veertig onttrekkingen te hebben om iemand veroordeeld te krijgen.” Daarnaast vindt de rechercheur dat curatoren niet altijd gebruik maken van de mogelijkheden die zij zelf hebben op dit gebied.

Broddelwerk?

“Het komt regelmatig voor dat curatoren aangifte willen doen van een civiele zaak”, merkt één van de geïnterviewden op. “Ook komt het voor dat curatoren aangifte willen doen zonder daar duidelijke aanwijzingen van strafbare zaken in aan te geven. De aangifte van een curator moet wel goed onderbouwd zijn. Als curatoren naar mijn mening ‘broddelwerk’ leveren, zal ik ze erop aanspreken en aangeven dat de FIOD/ECD daar niets mee kan.”

Daartegenover staat de ervaring van één van de geïnterviewde curatoren: “Als de FIOD/ECD een zaak overneemt, dan willen ze het werk nog eens over doen en uiteindelijk herken je niets meer van je eigen aangifte. Ik had hier op kantoor een Raio, die was 4 jaar Officier van Justitie geweest.¹³⁹ Die weet heel goed hoe een aangifte eruit moet zien. Zij ging voor mij een mooie aangifte maken. Ze heeft 40 mensen gehoord en 1000 uur werk in die aangifte gestoken. Er stonden 11 delictsomschrijvingen in de aangifte en ik verwijs naar alles wat nodig is. Ik zou er als rechter zo op kunnen veroordelen. Dan komt de ECD, die pakken het makkelijkste delict, daarvan gaan ze het onderzoek nog eens dunnetjes over doen en dan komt de aangifte terug met één delict en die moet ik dan ondertekenen. Ja, geen wonder dat er nooit iemand veroordeeld wordt.”

Aan de andere kant heeft één van de geïnterviewden wel begrip voor de lage bereidheid van curatoren om aangifte te doen laag. Zij erkent dat dit ten dele komt doordat curatoren nooit meer iets horen over hun aangifte en er in veel gevallen niets gebeurt na een aangifte. Volgens de geïnterviewde is het een bekend fenomeen, dat volgens haar te wijten valt aan onderbezetting (reeds in 1997 klaagde de ECD over onderbezetting¹⁴⁰). Wel is zij van mening

¹³⁹ Van de zijde van het OM wordt hierbij opgemerkt dat dit onmogelijk juist kan zijn. Wel brengen raio's tijdens hun opleiding ook een periode op het parket door, bijvoorbeeld als plaatsvervangend officier.

¹⁴⁰ *Justitiële verkenningen* (2000), jg. 26, nr. 2, p. 92

dat op dit punt een en ander is verbeterd: “Eerder was het zo dat curatoren aangifte deden en nooit meer iets hoorden. Soms bleef een aangifte zelfs jaren op de plank liggen. Vervolgens hebben we een tijd lang alle onderzoeken opgepakt, maar daarmee schep je valse verwachtingen, want het blijft zo dat niet alles vervolgd kan worden. Nu geven we de garantie dat we heel snel de curatoren informeren of een zaak wordt geaccepteerd of niet.” Ook meldt zij de curator meteen of ze denkt dat de betreffende aangifte een kans heeft om onderzocht te worden.

Afhandeling

De afhandeling van een aangifte geschiedt volgens een plan dat is opgesteld door het functioneel parket. De geïnterviewde rechercheur vindt dat aanpak van zaken zoals dat nu gaat op zich goed werkt, behalve als zich een zaak voordoet waarbij haast geboden is. Hij geeft hiervan het volgende voorbeeld: “Een curator had een klokkenluider op grond van wiens verhaal goederen in beslag genomen konden worden, maar het moest wel nú. Op dat moment had het IFT geen capaciteit en ik wel, dus ik neem hem. Na drie dagen was de zaak door het tripartiete overleg, maar toen kreeg ik pas na 10 dagen een Officier van Justitie en die zegt vervolgens “schrijf maar een aanvangsproces-verbaal en over 14 dagen heb ik tijd”. Het heeft van 21 maart tot half mei geduurd, voordat ik beslag kon leggen. En dan alleen nog maar omdat de rechter-commissaris amok maakte dat het allemaal te lang ging duren. Uiteindelijk kon de klokkenluider anoniem blijven en heb ik nog wel beslag kunnen leggen, maar dit had ook fout kunnen gaan. Dat is de stroperigheid van het functioneel parket. Het FP is goed ingericht op standaardsituaties, maar er moet niet iets onverwachts gebeuren.”

Samenwerking

Rechercheurs van de FIOD/ECD werken soms samen met rechercheurs van andere opsporingsdiensten, zoals IFT, BRT, SIOD, maar dit is niet gebruikelijk. Van samenwerking met curatoren is geen sprake. De geïnterviewde accountmanager legt uit dat dit ook niet mogelijk is vanwege de geheimhoudingsplicht van de FIOD/ECD. “Ik zeg altijd tegen curatoren dat ik alleen maar kom ‘halen’.” Als het onderzoek afgerond is, krijgt de curator dat te horen. Dan kan deze, als hij zich gesteld heeft als benadeelde partij, zich melden bij het OM en krijgt hij een afschrift van de resultaten van het onderzoek. Overigens vindt de geïnterviewde rechercheur dat de FIOD/ECD wel wat soepeler zou kunnen omgaan met de geheimhoudingsplicht en zou “kunnen overleggen, in de trant van: ik heb dit geconstateerd, wat heb jij geconstateerd? Daar kun je goede afspraken over maken met curatoren, daar ben ik van overtuigd.”

Een andere reden waarom samenwerking tussen FIOD/ECD en curatoren niet mogelijk is, is het feit dat een gefailleerde ten opzichte van de curator andere rechten en plichten heeft dan een verdachte in een strafproces. Een failliete bestuurder heeft een informatieplicht aan de curator, terwijl hij diezelfde gegevens in een strafproces (op grond van art. 29 Sv.) juist niet hoeft te verstrekken, omdat immers niemand hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Op het moment van het interview zit hij met een zaak waarin dit probleem speelt. De gefailleerde heeft aan de curator informatie gegeven die de FIOD/ECD goed zou kunnen gebruiken, maar de advocaat van de verdachte heeft geëist dat deze informatie niet ter beschikking gesteld zal worden aan de rechercheurs. De geïnterviewde rechercheur vindt dat eigenlijk art. 29 Sv. vóór zou moeten gaan als de failliet verdachte is in een strafzaak. Dan hoeft de gefailleerde de betreffende informatie dus ook niet aan de curator te verstrekken.¹⁴¹

¹⁴¹ Van de zijde van het OM wordt aangetekend dat informatie, aan de curator gedaan, in het strafproces niet kan worden gebruikt.

Aantal zaken

In het kader van het onderzoek is bij FIOD/ECD navraag gedaan naar het aantal aangiften bij FIOD/ECD, door wie aangifte is gedaan (belastinginspecteur, curator, UWV, overig), in hoeveel gevallen dit heeft geleid tot onderzoek door FIOD/ECD, en hoeveel zaken worden doorgeleid naar het OM. Helaas waren de gegevens hierover op het moment van rapportage nog niet beschikbaar. Weliswaar had FIOD/ECD de verschillende 'proces'-gegevens geïnventariseerd in het kader van een lopend project criminaliteitsbeeldanalyse faillissementsfraude (CBA), maar de gegevens dienden nog te worden geanalyseerd. De gegevens zijn afkomstig van FIOD/ECD zelf, en daarnaast van de IFT's, alle regiokorpsen en het Openbaar Ministerie. De analyse behelst onder meer dat de gegevens uit de genoemde bronnen naast diverse andere bronbestanden worden gelegd (waaronder alle faillissementen 2002-2004 uit het Handelsregister).

Doel van de CBA is het vergroten van de kennis over de aard (verschijningsvormen) van faillissementsfraude en de wijze waarop de bestrijding daarvan tot op heden verloopt.

Het onderzoek spitst zich toe op beantwoording van de vraag:

Wat is de aard en omvang van de activiteiten van personen en groeperingen die betrokken zijn bij vermoede of geconstateerde fraude in faillissementen, welke samenhang is daarin te ontdekken en wat betekent dit voor (de achtereenvolgende stadia van aangifte, opsporing en vervolging in) het opsporingsproces?

Deze onderzoeksvraag valt uiteen in de volgende deelvragen:

1. Wat is de aard en de omvang van aangemelde, opgespoorde en/of vervolgte (vormen van) faillissementsfraude?
2. Welke (groepen van) natuurlijke en rechtspersonen zijn bij die (vormen van) faillissementsfraude betrokken?
3. Welke samenhang bestaat er tussen (rechts)personen, handelswijze en aard en omvang van (vormen van) faillissementsfraude?
4. Wat is de betekenis van de onderzochte (vormen van) faillissementsfraude voor de wijze waarop aanmelding, opsporing en/of vervolging daarvan heeft plaatsgevonden?

De bevindingen van deze analyse worden tussentijds gerapporteerd in het najaar van 2005. De definitieve rapportage volgt in het voorjaar van 2006

Politie

Naast de FIOD/ECD heeft ook de politie een rol in de opsporing van (faillissements)fraude.

Globaal gesproken is de taakverdeling tussen politie en FIOD/ECD als volgt:

- zware bedrieglijke bankbreuk is een zaak voor de FIOD/ECD
- eenvoudige bankbreuk is een zaak voor de politie
- de interregionale fraudeteams van de politie doen eveneens de middelzware en zware faillissementszaken

Over de manier waarop fraudezaken door de politie worden opgepikt is géén van de geïnterviewden enthousiast. Meerdere curatoren merken op dat de politie onwillig is aangifte op te nemen en dat het, als ze het al doen, zeer moeilijk is aan een agent uit te leggen wat nu precies het strafbare feit is. Daarnaast moeten curatoren soms uren wachten op het politiebureau. De geïnterviewde accountants gaan wel eens mee naar het politiebureau wanneer een cliënt aangifte wil doen van fraude. Zij merken op dat de politie hun cliënten vaak probeert te ontmoedigen. Wanneer een werkgever aangifte wil doen van fraude door een werknemer, komt het voor dat politieagenten suggereren dat de betreffende persoon misschien al genoeg gestraft is door het feit dat hij zijn baan kwijt is en dat de werkgever wellicht het doen van aangifte nog maar eens goed moet overdenken. En dan gaat het hier om een soort fraude die door de politie waarschijnlijk beter te begrijpen is dan faillissementsfraude.

De geïnterviewde medewerker van het fraudemeldpunt faillissementsfraude merkt op dat faillissementsfraude bij de politie weinig prioriteit krijgt: “Inbraken en drugs zijn altijd belangrijker. Fraude is niet interessant, fraude is niet romantisch. De politie ligt liever met een verrekijker in het veld dan in de boeken te moeten kijken.” Dit gebrek aan animo manifesteert zich overigens vooral in relatie tot curatoren. Curatoren bevinden zich immers niet in een positie dat zij dwang kunnen uitoefenen op de bereidheid van de politie om aangiftes op te nemen en de voortvarendheid waarmee de politie met deze aangiftes omgaat kunnen beïnvloeden. Dit geïnterviewde medewerkers van het OM daarentegen bevinden zich wel in de positie dat ze de politie tot daden kunnen aansporen. De geïnterviewde Officier geeft aan dat zij bepaalt welke zaken de politie draait, “want die kiest daar vaak niet zelf voor”. De geïnterviewde fraudedeskundige, ten slotte, ergert zich aan het feit dat rechercheurs tijdens cursussen die over faillissementsfraude gaan vaak nauwelijks opletten. Hij heeft de indruk dat het niet belangrijk genoeg gevonden wordt.

7.5

OPENBAAR MINISTERIE

Het Openbaar Ministerie is op verschillende manieren betrokken bij de bestrijding van faillissementsfraude – zowel vanuit de parketten als vanuit speciale fraudemeldpunten.

Parket

De parketten kunnen sturing geven bij het doen van aangifte. Het OM beoordeelt in het overleg de aangiften die zijn binnengekomen. Als een aangifte tot een onderzoek leidt, wordt dit onderzoek uitgevoerd door een team rechercheurs (FIOD/ECD of de fraudeteams van de politie) onder leiding van een Officier van Justitie. Het functioneel parket, de landelijke organisatie van het OM, bepaalt welke officier de zaak draait. Wanneer het onderzoek is afgerond, is het de Officier van Justitie die de verdachte al dan niet vervolgt in een rechtszaak.

Het aantal zaken van faillissementsfraude dat uiteindelijk leidt tot een strafrechtelijke veroordeling is beperkt. Strafrechtelijke vervolging vindt plaats op grond van artikel 342 of 343 van het wetboek van strafrecht (resp. grove onvoorzichtigheid en opzet). Hoewel over de periode 1992-2004 jaarlijks naar schatting van het Cbs meer dan 200 gevallen van strafbare benadeling zijn te constateren (zie tabel 4.1.3a), is het aantal zaken dat wordt ingeschreven bij het parket zo'n 35 per jaar (zie tabel 7.5.1). Ruim een derde daarvan wordt geseponeerd, zo'n 60% leidt tot een dagvaarding – gemiddeld 22 zaken per jaar. In 18 van die gevallen leidt dit ook tot een schuldigverklaring. Uitgaande van de gegevens van het Cbs, wordt dus slechts in één op de tien gevallen van strafbare benadeling de dader veroordeeld. Aangezien het aantal gevallen door het Cbs waarschijnlijk een sterke onderschatting is van het werkelijke aantal

zaken van faillissementsfraude, is de pakkans én de kans op veroordeling nog aanmerkelijk kleiner. Blijkens onderzoek zijn curatoren van mening dat het OM te weinig daadkrachtig optreedt.¹⁴²

Tabel 7.5.1: Vervolg van faillissementsfraude

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Zaken met Sr 342 - Sr 343 ingeschreven bij de parketten	40	60	41	42	31	30	29	27	31	23
<i>afkomstig van FIOD/ECD</i>	27	35	18	22	13	16	18	12	21	18
<i>afkomstig van reguliere politie</i>	7	20	21	19	7	9	11	5	4	4
<i>afkomstig van bovenregionale politie (IFT/LRT)</i>	1	-	-	-	11	5	-	9	4	1
<i>afkomstig van bedrijfsverenigingen</i>	4	3	1	-	-	-	-	-	2	-
<i>afkomstig van overige instanties</i>	1	2	1	1	-	-	-	1	-	-
Zaken met Sr 342 - Sr 343 afgedaan door het OM	37	45	53	43	36	31	43	30	29	35
<i>dagvaarding voor Sr 342 - Sr 343</i>	17	24	27	28	23	21	19	23	19	19
<i>dagvaarding voor ander feit</i>	-	-	1	2	-	1	-	1	-	1
<i>transactie</i>	5	1	-	2	1	-	1	1	-	3
<i>sepot</i>	14	17	24	9	11	8	23	5	10	11
<i>voeging</i>	1	3	-	2	1	1	-	-	-	1
<i>overdracht buitenland</i>	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-
Zaken met Sr 342 - Sr 343 afgedaan door de rechter (1e aanleg)	21	18	30	27	26	14	21	20	11	22
<i>schuldverklaring</i>	19	12	25	21	21	11	19	20	10	22
<i>vrijspraak</i>	-	3	5	4	5	3	1	-	-	-
<i>overige uitspraken</i>	2	3	-	2	-	-	1	-	1	-

Bron: OMDATA/WODC

De belangrijkste verklaring voor het lage aantal vervolgingen is het beperkte aantal aangiften. Dit thema is al meerdere keren aan de orde geweest. Daarnaast wordt door één geïnterviewde opgemerkt dat curatoren vaak te lang wachten met het doen van aangifte. Omgekeerd klagen curatoren over het OM (zie kader). Bovendien moet faillissementsfraude bij de politie concurreren met andere onderwerpen zoals burenruzies en geweldsmisdrijven. Desondanks mag op grond van § 6.1 worden aangenomen dat per jaar toch ongeveer 80 curatoren aangifte doen. De helft hiervan wordt dus niet ingeschreven bij het parket. Daar komt nog bij dat ook anderen dan de curator aangifte gedaan kunnen hebben (dit is niet uit de database van het WODC af te leiden). Het percentage aangiften door curatoren dat daadwerkelijk tot strafrechtelijke vervolging leidt, is dus waarschijnlijk nog lager.

¹⁴² R.J. Blom, Faillissement: oorzaak en gevolg, Amsterdam: Graydon 2004, p. 127-129

Een negatieve ervaring van een curator

“Ik heb verschillende keren aangifte gedaan van verdwenen auto’s en van het niet afgeven van de administratie. Dat verzandde iedere keer op hopeloze wijze in het stellen van steeds moeilijker vragen, waarop het antwoord niet begrepen werd. De druppel was echter een frauduleus faillissement van een onderneming met 20 werknemers. De werknemers konden de directeur niet vinden, de man was spoorloos. Hij bleek gesignaleerd bij Interpol, maar dat wist ik toen nog niet. De zaak stonk behoorlijk, maar er zat geen actief in de boedel.

Na een paar maanden bleek dat er 10 zaken tegen de bestuurder liepen. De directeur bleek een grote drugscrimineel te zijn, die was opgepakt in Noorwegen en daar ontsnapt was uit de gevangenis. In het faillissement dat ik van die man had, had hij geleaste vorkheftrucks naar Tunesië vervoerd en daar verkocht.

Ik had contact met een stroman van de failliet en die vertrouwde mij. Toen heb ik een briefje naar de Officier gestuurd en gezegd dat ik bereid was met die stroman aan te pappen en daarvan mededeling te doen. Bovendien zou zijn telefoon afgetapt kunnen worden, want ik was ervan overtuigd dat er nog contact moest zijn met de bestuurder. Ik bood mij dus eigenlijk aan als lokaas. De reactie was: wij achten het niet opportuun om hier aandacht aan te besteden. Toen had ik gehad. Ik doe het nu op mijn manier: civielrechtelijk, faillissementsrechtelijk.”

Een tweede verklaring voor het lage aantal vervolgingen is, volgens meerdere geïnterviewden, gelegen in de beperkte capaciteit bij het OM. Faillissementsfraude moet ook hier concurreren met andere vormen van criminaliteit (en andere vormen van fraude), en het gebrek aan capaciteit dwingt de Officier keuzes te maken. Het contact tussen Officier en opsporingsdienst is, mede vanwege tijdgebrek, beperkt. Een geïnterviewde rechercheur zegt over de rol van de Officier van Justitie tijdens het onderzoek: “Als wij hem niet nodig hebben, komt hij niet. Besprekingen worden gehouden op ons initiatief. De Officier van Justitie heeft veel te veel zaken, sommigen hebben wel 100-120 zaken. Je moet hem ook altijd opnieuw de hele zaak uitleggen.” Dit wordt overigens niet herkend door de geïnterviewde Officier van Justitie, al kan zij zich voorstellen dat dit elders, op andere parketten, wel de situatie zou kunnen zijn.

Een positieve ervaring van een curator

“Ik had een faillissement van een partycentrum waar de eigenaar voor 8 ton aan inventaris had weggehaald. Het leek mij duidelijk dat er spullen verdwenen waren: er was namelijk niets meer. Ik had alleen geen idee waar de inventaris zich zou kunnen bevinden. Toen kwam er een anonieme getuige, een werknemster van het partycentrum, die er niet tegen kon dat haar voormalige baas in de kroeg zat op te scheppen hoe hij de curator en de rechtbank om de tuin geleid had.

Vervolgens deed zich echter het volgende probleem voor. De curator mag alleen beslag leggen als hij een beschrijving heeft van de inventaris, en die had ik niet. Daar heb ik toen het volgende op gevonden. Ik heb een verhoor gevraagd bij de Officier om te zien of het verhaal van die getuige geloofwaardig was. Op grond van dat verhaal heb ik een bevel tot huiszoeking gekregen. Daar ben ik een lijst gaan maken en ik heb iemand van de bank meegenomen om te checken wat er van het partycentrum was. Wat hielp, was dat onder

veel meubels een sticker van het partycentrum zat. Toen had ik een lijst, en kon ik wel beslag leggen. Zodoende is nagenoeg de hele inventaris teruggehaald in de boedel. Voor zoiets moet je dus wel iemand hebben die kan meedenken. Ik stond als curator civielrechtelijk met de rug tegen de muur. Maar voor veel Officieren kost dat te veel tijd, al is er in den lande een aantal die het heel graag zouden willen.”

Een derde knelpunt is gebrek aan expertise. Wellicht dat de instelling van het functioneel parket op dit punt verbetering brengt. Daarnaast wordt geëxperimenteerd met een aantal fraudemeldpunten.

Fraudemeldpunt Noord-Oost Nederland

Het fraudemeldpunt Noord-Oost Nederland is gestart in april 2004. De achtergrond voor het opzetten van een faillissementsfraude project was dat de aandacht voor faillissementsfraude was weggehaakt. Curatoren hadden weinig positieve ervaringen met de politie en moesten worden teruggevonden.

De werkwijze van het FMP is eenvoudig. Iedere uitspraak van een faillissement van de rechtbank Zwolle wordt via de e-mail naar het FMP gestuurd. Daarnaast wordt het meldpunt op de hoogte gesteld van fraudezaken door politieregio's, middels het zogeheten Fraude Registratie en Informatie Systeem (FRIS). Het FMP bekijkt vervolgens die bedrijven. Is de directeur een bekende, hebben er vreemdsoortige transacties plaatsgevonden vlak voor het faillissement? Als het FMP denkt dat er faillissementsfraude gepleegd zou kunnen zijn, nemen medewerkers contact op met de curator, waarna een gesprek volgt (ten burele van de curator). Als de curator en FMP het erover eens zijn dat er iets niet in de haak is, gaat de zaak naar het BRT of BRNON. Als er fiscale aspecten aan de zaak zitten, wordt de zaak overgedragen aan de FIOD/ECD of de SIOD. In die gevallen waarin duidelijk sprake is van vermoedelijke faillissementsfraude wordt de curator aangeraden om, na overleg met de rechter-commissaris, aangifte te doen. Als er geen aanwijzingen voor fraude zijn wordt de curator daar schriftelijk van op de hoogte gesteld.

Het FMP heeft inmiddels zoveel zaken gegenereerd dat het boven de capaciteit uitkomt. De FIOD/ECD neemt dankbaar zaken aan. Ook kunnen in faillissementen fraude, witwassen van geld, en drugsgeld allemaal worden aangepakt. Normaal werd dat gemist, want als de curator geen geld in de boedel heeft, kan deze verder weinig doen en komt er geen onderzoek van de grond.

Het FMP is een pilotproject. Het wordt in het najaar geëvalueerd. In een tussentijdse evaluatie wordt gemeld dat het project weliswaar enorm veel capaciteit kost, maar ook veel oplevert. Het versterkt het contact met de curator en genereert onderzoek. In ruim één jaar tijd zijn 600 faillissementen beoordeeld, in 55 gevallen heeft een gesprek met de curator plaatsgevonden (ter vergelijking, in het dossieronderzoek was 6% van de faillissementen gebruikt voor benadeling). In vrijwel alle gesprekken bleek dat binnen de faillissementen wel sporen van fraude waren te ontdekken. Bijna de helft van die faillissementen is overgedragen aan de opsporingsinstanties (25 zaken). Daarnaast zijn ook 10 kleinere zaken opgepakt. De verzamelde informatie vergroot het inzicht in het fenomeen faillissementsfraude.

7.6

BIBOB

Bureau BIBOB bestaat nu 5 jaar en is sinds 2 jaar operationeel. De voorafgaande drie jaar zijn besteed aan de implementatie. De doelstelling van bureau BIBOB is het voorkomen dat organisaties met een crimineel oogmerk opdrachten kunnen verkrijgen van de overheid, waarmee de overheid in feite criminaliteit zou faciliteren. Een maatschappelijk nevendoeel is het schoonvegen van branches of werkterreinen die als fraudegevoelig worden gezien (zoals: de bouw, de ICT, milieusubsidies, de horeca, de seksindustrie, coffeeshops, smartshops en transportvergunningen). Bureau BIBOB heeft hierin twee taken:

1. advies uitbrengen
2. begeleiding van bestuurlijke organen bij het implementeren van de wet BIBOB

Opdrachtgevers van bureau BIBOB zijn gemeentes en aanbestedende diensten van de overheid. Bureau BIBOB is ondergebracht bij de Dienst Justis. Deze Dienst Justis is een zogenaamde baten-lasten dienst. Dit betekent dat ook bureau BIBOB zichzelf financieel moet bedruipen. Een BIBOB-advies kost echter € 15.000¹⁴³, terwijl het bureau er €500 voor mag vragen. Daarom wordt bureau BIBOB bijgefinancierd door het ministerie van Justitie.

In 2004 heeft het Bureau 52 verzoeken om advies in behandeling genomen.¹⁴⁴ De geïnterviewde onderzoekers van bureau BIBOB vermelden dat zij zichzelf voor 2005 een target van 100 zaken hebben gesteld. Dat is de maximale capaciteit en dat gaat waarschijnlijk wel worden gehaald. Een probleem daarbij zou kunnen zijn dat het bureau zelf geen controle heeft op de input van zaken. Dit betekent dat het de ene periode zeer druk en op andere momenten juist rustig is. De onderzoekers hebben wel het idee dat opdrachtgevers bureau BIBOB steeds beter beginnen te vinden, er zit een stijgende lijn in het aantal aanvragen.

De centrale vraag die gesteld is ten aanzien van het bureau is of het een geschikt instrument is om faillissementsfraude te voorkomen. De onderzoekers van het bureau zelf denken dat zij daartoe maar beperkt de mogelijkheid hebben. Ten eerste werkt het bureau niet pro-actief, maar alleen op aanvraag van een opdrachtgever. Wanneer bureau BIBOB in het kader van een advies voor een opdrachtgever onderzoek verricht, kan alleen faillissementsfraude worden voorkomen als de bestuurder van de te beoordelen onderneming eerder al eens in de fout is gegaan: het bureau kan niet voorspellen of iemand van zins is om faillissementsfraude te plegen in de toekomst, maar alleen zien of dit in het verleden misschien is gebeurd. Bovendien is dat als zodanig nog geen harde indicatie voor een eventueel negatief advies. Op het moment dat het interview plaatsvond was het Bureau bezig met een advies betreffende een autosloperij, waarvan de eigenaar ook andere ondernemingen heeft gehad die failliet zijn gegaan. Dit wordt vermeld in het advies, maar in de ogen van de onderzoekers is dit vrij 'zachte' informatie. Het wordt pas 'harde' informatie als er een veroordeling uit is voortgevloeid. De onderzoekers geven aan dat zij in adviezen een aantal faillissementsfraudes aangehaald hebben, maar slechts één keer faillissementsfraude hebben gebruikt als grond voor een negatief advies.¹⁴⁵

¹⁴³ Volgens het jaarverslag van de dienst Justis besteedt het Bureau BIBOB gemiddeld 117 uur per advies. Dit komt met name doordat het Bureau vooral aanvragen voor de meer gecompliceerde onderzoeken ontvangt. Dienst Justis, *BIBOB Jaarverslag 2004 en laatste zeven maanden van het jaar 2003*, Bijlage bij *Kamerstukken II*, 2004/05, 29800 VI, nr. 160, p. 3

¹⁴⁴ Dienst Justis, *BIBOB Jaarverslag 2004 en laatste zeven maanden van het jaar 2003*, p. 4

¹⁴⁵ In totaal heeft het Bureau in de periode najaar 2003-eind 2004 18 keer een advies met het predikaat 'ernstig gevaar' uitgebracht (op een totaal van 43 adviezen). Dienst Justis, *BIBOB Jaarverslag 2004 en laatste zeven maanden van het jaar 2003*, p. 4

De kracht van bureau BIBOB is volgens de geïnterviewde onderzoekers van het bureau het koppelen van bestanden. Zij zijn van mening dat het jarenlang veel te makkelijk is geweest om de overheid te bedriegen, juist doordat deze koppeling ontbrak. Het omgaan met privacygevoelige gegevens brengt wel met zich mee dat de medewerkers van bureau BIBOB voorzichtig moeten zijn met de informatie die ze hebben. Wanneer een van hen contact opneemt met bijvoorbeeld een curator om enkele vragen te stellen over een faillissement dat onderdeel uitmaakt van een onderzoek voor een advies, moeten deze vragen zeer behoedzaam worden geformuleerd, omdat anders misschien in de vraagstelling al informatie besloten ligt die bureau BIBOB niet mag verstrekken. Volgens de geïnterviewden blijven er daardoor zaken soms liggen die anders misschien aangepakt zouden kunnen worden.

De geïnterviewde onderzoekers merken op dat criminelen steeds slimmer worden. Ze zijn nu, volgens de onderzoekers, vaak nog 'vrij dom' bezig. De onderzoekers denken echter dat dit zal veranderen als de fraudeurs vaker worden gepakt. Op dit moment zien zij dat buitenlandse bedrijfsvormen in opkomst zijn. Bovendien signaleren zij een verschuiving naar branches die niet tot het terrein van BIBOB behoren.

Een formele evaluatie van de wet Bibob is voorzien voor 1 juni 2006.

8 Samenvatting en conclusies

Dit hoofdstuk bevat een samenvatting van de resultaten van het onderzoek en een systematische beantwoording van de vragen die aan het onderzoek ten grondslag lagen. De opzet van het hoofdstuk is als volgt. In § 8.1 wordt kort de context van de problematiek geschetst, waarna in § 8.2 de onderzoeksvragen in herinnering worden geroepen en wordt ingegaan op de beperkingen die het onderzochte materiaal met zich brengt.

Vervolgens komen de drie hoofdvragen van het onderzoek aan de orde: aard en omvang van wederrechtelijk handelen (§ 8.3), de wijze waarop betrokken functionarissen en instanties trachten misbruik en fraude te voorkomen en te bestrijden (§ 8.4) en tenslotte (§ 8.5) de knelpunten in die praktijk en de punten waarop volgens betrokkenen verbeteringen zouden kunnen worden gerealiseerd.

8.1

FAILLISEMENTEN EN FRAUDE: PROBLEEMVELD EN CONTEXT

De procedure die in het recht met de term ‘faillissement’ wordt aangeduid, bevindt zich in een spanningsveld tussen twee onderling tegenstrijdige vereisten die beide nauw verbonden zijn met het functioneren van markten. Het functioneren van markten vereist namelijk enerzijds dat deelnemers staan voor de verplichtingen die zij aangaan (‘vertrouwen’) en dat, in geval een wederpartij daarin toch mocht worden teleurgesteld, het recht er dan voor zorgt dat die verplichtingen kunnen worden afgedwongen. Anderzijds genereert een markt nu eenmaal winnaars en verliezers, en het mag niet zo zijn dat verliezers levenslang worden ‘opgehangen’ aan hun mislukte onderneming (‘doorgaan en vergeten’). Het faillissement is een procedure die beoogt te voorzien in een afwikkeling van financiële teleurstellingen zodanig dat de last van de oninbare vorderingen evenwichtig worden verdeeld en dat het de failliet mogelijk wordt gemaakt opnieuw economische activiteiten te ontplooiën.

Het bestaan van procedures in het geschetste spanningsveld creëert echter ook een ‘speelveld’ voor strategisch gedrag. Wie het spel beheerst, of wie erin slaagt ‘vals te spelen’, kan de verdeling van de risico’s in meerdere of mindere mate naar zijn hand zetten. In de zwaarste varianten daarvan wordt een BV al bij voorbaat opgezet met het oogmerk haar na korte tijd failliet te laten gaan, als een middel om inkomsten te genereren zonder de bijbehorende kosten daadwerkelijk te hoeven dragen. Ook vinden in het zicht van of tijdens het faillissement soms handelingen plaats waarbij een deel van de crediteuren wordt achtergesteld bij de overige schuldeisers. Te denken valt aan het bij voorrang doen van onverplichte betalingen aan relaties of simpelweg verduistering van activa uit de failliete boedel.

8.2

ONDERZOEKSVRAGEN EN METHODE

In het onderzoek stonden drie hoofdvragen centraal:

- (1) Wat is de aard en omvang van misbruik en fraude in Nederlandse faillissementen van rechtspersonen (te weten: BV’s, NV’s, stichtingen en buitenlandse rechtspersonen)?

- (2) Wat doen de betrokken functionarissen en instanties om dat misbruik en die fraude tegen te gaan, en welk gebruik maken ze daarbij van de bestaande mogelijkheden?
- (3) In hoeverre zijn die bestaande mogelijkheden toereikend, en op welke punten zijn verbeteringen mogelijk?

Om deze vragen te kunnen beantwoorden is gebruik gemaakt van verschillende methoden. Een inhoudsanalyse van 868 rechtbankdossiers bij negen rechtbanken, verspreid over het land, heeft informatie opgeleverd over de aard van deze zaken en over datgene wat de curator ten aanzien van mogelijk onrechtmatig gedrag heeft genoteerd. Aan de hand van bestaande registraties en statistieken zijn gegevens bijeengebracht over faillissementen en de strafrechtelijke handhaving van faillissementsfraude in het algemeen. Ten slotte zijn halfopen interviews gehouden met diverse betrokkenen, waaronder curatoren, rechters-commissarissen, FIOD/ECD, belastingdienst en UWV.

Beperkingen

Bij het in dit onderzoek gebruikte materiaal en de interpretatie daarvan moeten twee kanttekeningen worden gemaakt. Ten eerste brengt niet alleen de aard van het onderwerp (onrechtmatig gedrag als misbruik of fraude) maar ook de positie van betrokkenen zoals curatoren beperkingen mee ten aanzien van het materiaal waarop het onderzoek is gebaseerd. Curatoren kunnen redenen hebben hun vermoeden van wederrechtelijk gedrag niet aan het papier van het rechtbankdossier toe te vertrouwen, bijvoorbeeld omdat zulks, via de gedeeltelijke openbaarheid van dat dossier, ten koste zou kunnen gaan van hun inspanningen activa voor de boedel terug te winnen of omdat dat zou kunnen leiden tot schadevergoedings- of andere civiele acties van de failliet. Zonder nadere aanvulling zou men derhalve mogen verwachten dat de resultaten van dossieronderzoek leiden tot *onderreportage* van wederrechtelijk handelen. Daarom is getracht de bevindingen uit het dossieronderzoek op meerdere manieren aan te vullen, onder meer door in 114 zaken achteraf de curator vragen over de zaak voor te leggen en door gebruik te maken van informatie in het systeem Vennoot van de dienst Justis van het ministerie van Justitie. In een aantal gevallen zijn de aantallen die uit het onderzoek naar voren komen als ondergrens te beschouwen, bij sommige aspecten is op grond van aanvullende informatie een bandbreedte aangegeven van de omvang van de problematiek.

Ten tweede gaat het bij de interpretatie van het materiaal (de inhoud van dossiers) niet alleen om de aard van gedragingen zelf maar ook om de juridische kwalificatie van die gedragingen. Slechts zelden wordt een fraudeur strafrechtelijk als zodanig aangemerkt. De kwalificatie op basis van de dossiers is dan ook een *oordeel* door de onderzoekers. In sommige gevallen is dit oordeel gebaseerd op de kwalificatie die de curator zelf aan het gedrag verbindt (maar ook de curator kan het mis hebben), in andere gevallen is het een combinatie van feiten en omstandigheden die een kwalificatie als 'fraude' of 'misbruik' aannemelijk maakt. Dat gebeurde steeds aan de hand van uitgewerkte criteria en kan dus worden verantwoord, maar het is belangrijk hier te signaleren dat het steeds om een waarschijnlijkheidsoordeel gaat.

8.3

AARD EN OMVANG VAN DE PROBLEMATIEK

In het onderzoek is een basisindeling gehanteerd in drie typen wederrechtelijk gedrag: ‘faillissementsfraude’, ‘misbruik van faillissement’ en ‘onbehoorlijk bestuur’. Bij ‘faillissementsfraude’ is vóór of tijdens het faillissement sprake van opzettelijke en wederrechtelijke gedragingen waardoor de faillissementsschuldeisers van de rechtspersoon opzettelijk of culpoos worden benadeeld. Daarbinnen zijn twee varianten te onderscheiden. De meest vergaande variant is die waarin het faillissement (en soms daaraan voorafgaand de hele opzet van de rechtspersoon) het *oogmerk* had crediteuren te benadelen. Daarnaast kunnen personen die namens de rechtspersoon handelen, activa uit de boedel onttreuen of betalingen doen uit al dan niet gefingeerde verbintenissen die ten koste gaan van de legitieme aanspraken van anderen.

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

Van ‘onbehoorlijk bestuur’, ten slotte, is sprake indien bestuurders nalatig zijn geweest in het voeren van de administratie van de onderneming, in het deponeren van de jaarrekening of anderszins zodanig hebben gehandeld dat daarmee de belangen van de crediteuren kunnen zijn geschaad. In zoverre deze tekortkomingen verwijtbaar zijn, wordt gesproken van *onbehoorlijk* bestuur en zijn civielrechtelijke acties denkbaar. Indien de tekortkomingen louter te wijten zijn aan slordigheid, spreekt men in de regel van *ondeskundig* bestuur.

Van de steekproef van 868 onderzochte, in de periode van januari tot en met augustus 2004 *beëindigde* faillissementen heeft de overgrote meerderheid (95 %) betrekking op BV's. Daarnaast werden 6 NV's, 22 stichtingen en 14 buitenlandse rechtspersonen aangetroffen. De verdeling van de steekproef over sectoren van economische bedrijvigheid komt goed overeen met het landelijk beeld zoals dat jaarlijks wordt onderzocht door het Centraal Bureau voor de Statistiek, zij het dat faillissementen in de industriële sector licht zijn ondervertegenwoordigd. In meer dan de helft van de zaken zijn het de bestuurders van de onderneming zelf die het faillissement hebben aangevraagd. In 374 van de onderzochte zaken (43 %) zijn aanwijzingen aangetroffen voor een van de genoemde vormen van wederrechtelijk handelen.

Faillissementsfraude

In de 868 onderzochte faillissementen zijn in 212 dossiers, dus in bijna een kwart van de zaken, aanwijzingen aangetroffen voor enige vorm van *faillissementsfraude*. In 164 zaken (19 %) ging het daarbij om het wederrechtelijk onttrekken van activa aan de boedel. In 100 zaken (12 %) is de rechtspersoon kennelijk gebruikt of, in 16 gevallen, zelfs opgezet met het oogmerk de crediteuren te benadelen. In 52 faillissementen (6 %) was van beide sprake, dus zowel van het onttrekken van activa als van het gebruik voor benadeling van crediteuren.

De fraude kan, zij het niet noodzakelijkerwijs, mede-oorzaak zijn van het faillissement. In 69 zaken (8%) zijn daarvoor aanwijzingen aangetroffen. In 29 zaken ging het daarbij (mede) om dubieuze transacties tussen de (gefaillieerde) BV en een bestuurder of een ‘verwante’ BV. In de frauduleuze handelingen zijn patronen te herkennen die deels in eerdere (onderzoeks-)publicaties zijn beschreven. Zo worden BV's met hoge schulden soms kort voor het faillissement opgekocht, kennelijk om de bestuurder/aandeelhouder tegen betaling ‘van een

probleem te verlossen', of komt zij in handen van een andere BV die vervolgens haar naam zodanig wijzigt dat deze misleidend veel lijkt op die van de bijna failliete BV. Een aantal BV's is kennelijk vooral opgezet om de belastingdienst en UWV met de schulden te laten zitten; deze zijn te herkennen aan de relatief grote omvang van deze schulden in verhouding tot die aan andere crediteuren.

Welke vormen van fraude relatief vaak voorkomen of 'in de mode' zijn, valt niet te zeggen. Uit de dossiers bleek dat faillissementsfraude een rijk arsenaal aan technieken kent. Het aantal gevallen per vorm is statistisch onvoldoende om een harde uitspraak te doen.

Misbruik van faillissement

Van 'misbruik van faillissement' valt nauwelijks melding te maken. Dit is voor een groot deel het gevolg van het voor 'misbruik' gehanteerde criterium dat de financiële positie van de BV ook afwikkeling op een andere manier dan via faillissement zou hebben toegelaten. Zowel de inhoud van de dossiers als de antwoorden die in het aanvullende onderzoek van curatoren op dit punt zijn verkregen, wijzen erop dat curatoren, voor zover zij zich erover uitlaten, in bijna alle gevallen het faillissement de enig mogelijke uitweg achtten. Ook uit de interviews blijkt dat curatoren een zogenaamd 'technisch faillissement' over het algemeen een legitiem middel vinden in het kader van een bedrijfseconomisch noodzakelijke reorganisatie. Maar ook afgezien van dit criterium geldt dat de lasten van duurovereenkomsten maar in een beperkt aantal gevallen reden zijn voor het aanvragen van het faillissement: 48 zaken (5,5 %), waarbij voor het merendeel (33 gevallen) overschot aan personeel mede reden was voor het aanvragen. In vrijwel alle gevallen waren er echter tegelijkertijd zulke hoge schulden dat 'misbruik' in de zin van het zich via faillissement onttrekken aan duurverplichtingen niet aan de orde was.

In ruim een kwart van de gevallen heeft de curator contact gehad met gegadigden voor overname van (een deel van) de boedel. Slechts zelden heeft verkoop '*going concern*' plaats. In 104 gevallen (12 %) is sprake van een 'doorstart', een gehele of gedeeltelijke voortzetting van de bedrijfsactiviteiten in het kader van een andere rechtspersoon. Slechts in 23 gevallen bestonden al vóór het faillissement plannen voor die 'doorstart'.

De gevonden aantallen liggen een stuk lager dan die welke in het midden van de jaren negentig werden gevonden. Toen hadden vier van de tien failliete bedrijven met meer dan vijf werknemers plannen voor een 'doorstart', over de recente onderzoeksperiode slechts één op de vier. Ten dele zou het verschil kunnen worden verklaard uit de gewijzigde economische situatie, waardoor de druk tot het 'lozen' van personeel in het begin van de jaren negentig groter was dan in de periode van 1999 tot 2003 (waarin de meeste hier onderzochte faillissementen zijn uitgesproken).

Onbehoorlijk bestuur

Ten aanzien van het derde type, 'onbehoorlijk bestuur', zijn vooral twee criteria gehanteerd: de kwaliteit van de door de curator aangetroffen administratie van de rechtspersoon en de vraag of de rechtspersoon, indien daartoe verplicht, zijn jaarrekening tijdig had gedeponereerd. In 222 gevallen (27 % van de BV's en NV's) was sprake van tekortkomingen in de administratie, in 75 gevallen ontbrak de administratie geheel. Een ontoereikende administratie kan een gevolg zijn van de bijzondere situatie waarin een onderneming in de laatste fase voor faillissement verkeert of van de slordigheid of incompetentie van bestuurders - en onder bepaalde voorwaarden dan tot civiel- of strafrechtelijke sancties leiden - maar kan ook samenhangen met frauduleuze handelingen. In hoeverre sprake is van *ondeskundig* bestuur dan wel *onbehoorlijk* bestuur is moeilijk met zekerheid te stellen. In ieder geval gingen in 59 gevallen (27%) de administratieve tekortkomingen samen met aanwijzingen voor frauduleus handelen.

Uit 127 dossiers was op te maken dat de jaarrekening niet tijdig was gedeponereerd, dat wil zeggen bij één op de vijf daartoe verplichte bedrijven. Helaas viel in veel dossiers in het geheel niet op te maken of de jaarrekening wel of niet aanwezig was. Van de dossiers waarin wel iets over deze kwestie te vinden was, is het percentage nalatige ondernemingen bijna 40%. In 108 gevallen ging dit samen met de andere administratieve tekortkomingen.

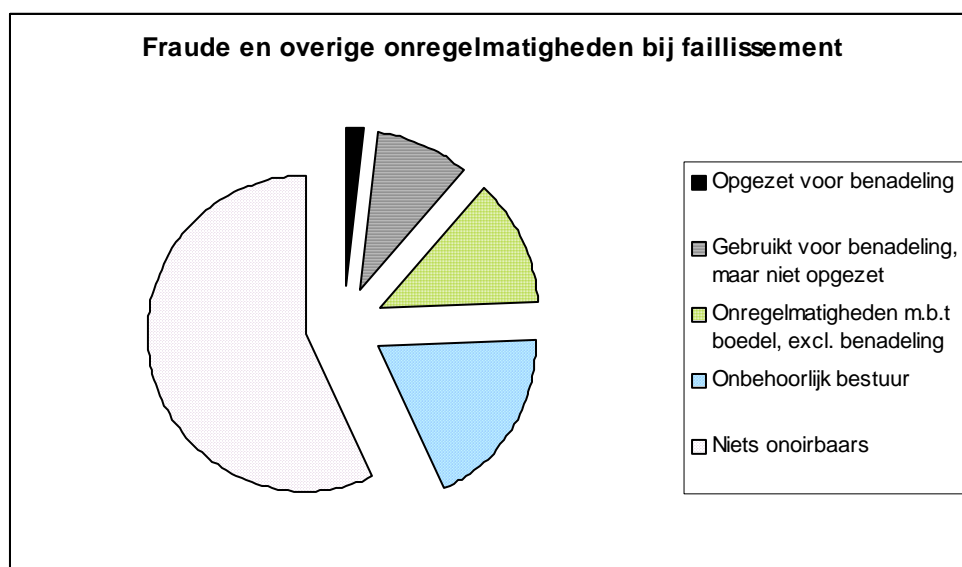
Samenvatting

Samengevat blijkt in 43% van de faillissementen sprake van handelen dat als wederrechtelijk kan worden gekwalificeerd. Bijna een kwart valt in de categorie *faillissementsfraude* zoals die is gedefinieerd in § 1.3. Daarnaast resteren nog 162 gevallen waarin sprake is van ondeugdelijk bestuur maar waarin faillissementsfraude niet is aangetoond.

Als vanuit het dossieronderzoek wordt geëxtrapoleerd naar het aantal faillissementen in heel Nederland, dan kan het aantal frauduleuze faillissementen op grond van het dossieronderzoek worden geschat op 760. In zo'n 360 gevallen is sprake van faillissementen waarin sprake is van opzet of gebruik van de vennootschap voor benadeling.¹⁴⁶

Tabel 8.1.1 : Totaaloverzicht frauduleuze faillissementen

	Dossieronderzoek		Geëxtrapoleerd
Opgezet voor benadeling	16	1,8%	58
Gebruikt voor benadeling, maar niet opgezet	84	9,7%	302
Onregelmatigheden m.b.t boedel, excl. benadeling	112	12,9%	403
Onbehoorlijk bestuur	162	18,7%	583
Niets onoirbaars	494	56,9%	1779
Totaal	868	100,0%	3125



¹⁴⁶ Het Cbs komt voor 2004 op niet meer dan 294 gevallen van strafbare benadeling (waarbij dan ook nog vennootschappen onder firma zijn opgenomen). Dat aantal is aanmerkelijk lager dan op grond van het dossieronderzoek. Dit kan worden verklaard doordat het Cbs een tamelijk strikt criterium hanteert om een faillissement als strafbaar te kwalificeren – namelijk dat de curator actie heeft ondernomen. Blijkens het dossieronderzoek laten curatoren echter in veel gevallen na om actie te ondernemen.

Schadebedrag als gevolg van faillissementsfraude

Het gemiddelde bedrag dat bij de onderzochte faillissementen aan onbetaalde vorderingen achterblijft, is ruim een half miljoen euro. Bij de faillissementen die zijn opgezet of gebruikt voor benadeling, is dat iets hoger (€ 600.000). Vooral de vorderingen van belasting en UWV zijn in de frauduleuze gevallen aanzienlijk hoger dan gemiddeld. Geëxtrapoleerd naar het totale aantal faillissementen in 2004 valt de jaarlijkse omvang van de onbetaald gebleven vorderingen in frauduleuze faillissementen te schatten op 220 miljoen euro (oftewel ongeveer 0,5‰ van het BBP). Dit is echter alleen de schade die kan worden toegeschreven aan de 360 gevallen waarin de onderneming is opgezet of gebruikt voor benadeling. Van de 400 gevallen van paulianus handelen kan wel worden bepaald hoe hoog de achtergebleven schuld is, maar niet in hoeverre deze op het conto van wederrechtelijk handelen moet worden geschreven. In veel gevallen zullen de onregelmatigheden pas in het zicht van een anderszins veroorzaakt faillissement zijn gestart. Aangezien de schade als gevolg van paulianus handelen niet is meegenomen, mag het genoemde bedrag van 220 miljoen euro als schatting van de schade van wederrechtelijk handelen als een lage ondergrens worden beschouwd.

Aantal betrokken werknemers

Niet in alle dossiers was informatie over het aantal personeelsleden van de gefailleerde rechtspersoon te vinden. Van de faillissementen waarin wél informatie was te vinden, had 59% werknemers in dienst. Voor bedrijven die waren opgezet of gebruikt voor benadeling was dit percentage iets lager (56%). Het gemiddeld aantal werknemers in die bedrijven was bijna 12. Het aantal werknemers dat betrokken was bij faillissementen die zijn opgezet of gebruikt voor benadeling was bijna 660. Geëxtrapoleerd naar het totale aantal van 360 faillissementen waarin sprake is van opzet, zou dit neerkomen op bijna 2.400 werknemers. Daarnaast zijn er nog ruim 3.000 werknemers die werkzaam waren in een bedrijf waar sprake was van onregelmatigheden met betrekking tot de boedel.

Indien de problematiek wordt beperkt tot de gevallen waarin BV's zijn opgezet of gebruikt voor benadeling, dan raken bij de faillissementen van die BV's jaarlijks bijna tweeëneuhalf duizend werknemers hun baan kwijt.

Trend?

Of anno 2004 sprake was van een stijgende tendens in het aantal frauduleuze faillissementen is op grond van de CBS-gegevens lastig vast te stellen. Het percentage van de faillissementen van vennootschappen waarin volgens het CBS sprake is van strafbare benadeling, is in 2004 8,8. Dit percentage ligt hoger dan in 2002, maar lager dan in 1998 en 2000. Van een duidelijke trend lijkt dus geen sprake te zijn.

Risicogroepen

Bij de analyse van de dossiers is gekeken naar een aantal indicatoren die zouden kunnen samenhangen met de aanwezigheid van fraude. Is, met andere woorden, op basis van de dossiergegevens iets te zeggen over het profiel van de gemiddelde faillissementsfraudeur? Deze analyse heeft wel verbanden blootgelegd, maar de meeste daarvan zijn niet significant te noemen. Wat betreft bedrijfsgrootte en bedrijfstak valt alleen op te merken dat in de bouwnijverheid een bovengemiddeld aantal zaken van faillissementsfraude lijkt voor te komen. Ook buitenlandse rechtspersonen en stichtingen lijken iets vaker dan gemiddeld betrokken bij frauduleuze faillissementen. Het aantal waarnemingen is echter te beperkt om hier harde conclusies aan te verbinden. Aanvullend onderzoek lijkt hier op zijn plaats.

Vennootschappen waarin een deel van het oprichtingskapitaal anders dan via contanten worden ingebracht, lijken niet vaker dan gemiddeld een dekmantel voor frauduleuze

activiteiten. Bedrijven die een voortzetting zijn van een andere onderneming onder dezelfde bestuurder lijken wel vaker dan gemiddeld geassocieerd met faillissementsfraude – al is het aantal dossiers waarop dit vermoeden is gebaseerd zeer beperkt. Betrokkenheid bij eerdere faillissementen, ten slotte, lijkt een voor de hand liggende factor (zeker bij de beroepsfraudeurs). Inderdaad is het percentage malafide bestuurders dat eerder bij een faillissement betrokken is geweest hoger dan gemiddeld, maar ook dit gegeven mag niet significant heten. Het lijkt, mede op grond van de interviews, echter duidelijk dat voor wie het risico wil nemen, het niet al te lastig is profijt te trekken uit faillissementen van rechtspersonen. Men kent zichzelf een (te) hoge *management fee* toe, sluit contracten met een andere BV waarin men ook zeggenschap heeft die resulteren in een overheveling van activa, of men verplaatst de activiteiten en inkomsten naar een andere BV en laat deze met de belasting- en premieschulden failliet gaan. Het aantal personen dat op deze wijze opereert lijkt echter tamelijk beperkt.

8.4

OPSTELLING BETROKKEN FUNCTIONARISSEN EN INSTANTIES

Wat doen de betrokken functionarissen en instanties om misbruik en fraude te voorkómen of te bestrijden? In hoeverre maken zij daarbij gebruik van de bestaande mogelijkheden tot het inwinnen van informatie, van het inschakelen van en samenwerken met andere functionarissen of instanties, en van de wettelijke sanctiemogelijkheden?

In hoofdzaak kunnen drie stadia worden onderscheiden waarin verschillende actoren een rol spelen. Allereerst kunnen crediteuren – en met name institutionele crediteuren zoals banken, financieringsmaatschappijen, UWV en belastingdienst – attent zijn op de solvabiliteit van ondernemingen en proberen tijdig te onderkennen wanneer deze achteruitgaat. Op deze wijze is wellicht het faillissement niet direct te voorkomen, maar wel kan ten minste de omvang van de schade worden beperkt. Als het faillissement eenmaal een feit is dan kunnen, ten tweede, de curator en de toeziend rechter-commissaris ervoor zorgen dat de activa niet aan de boedel worden onttrokken of, als dat wel gebeurt, gebruik maken van de hun ter beschikking staande middelen. Ten slotte kan worden overgegaan tot opsporing, vervolging en bestraffing van faillissementsfraude, waarin diverse instanties een rol spelen.

Vóór faillissement

Ten aanzien van de fase voorafgaand aan een eventueel faillissement kan in het kader van dit onderzoek alleen iets worden gezegd over de belastingdienst en UWV. UWV beschikt over een opsporingsdienst die onder meer premiefraude dient op te sporen. Bestuurders van rechtspersonen zijn, op straffe van bestuurdersaansprakelijkheid, verplicht tijdig te melden wanneer zij menen niet meer aan hun premieafdrachten te kunnen voldoen. Als de belastingdienst een voldoende omvangrijke betalingsachterstand constateert, kan zij beslag leggen.

De bedragen liggen op ongeveer € 100.000 premieschuld en € 170.000 belastingschuld per frauduleus faillissement. Men zou mogen vermoeden dat door een scherp toezicht op het betalingsgedrag de schade beperkt zou kunnen worden. Op basis van de interviews kan worden gesteld dat niet alle mogelijkheden worden gebruikt om, bijvoorbeeld door snelle inning van premies en belastingen, de schade van een faillissement te beperken. Er zijn echter ook positieve voorbeelden van een scherp toezicht. In de belastingregio Rotterdam bijvoorbeeld is een systematiek ontwikkeld om (groepen) 'klanten' van de belastingdienst in te delen naar risicoprofiel, en een daarop geënte incassostrategie te bepalen. Het is opvallend dat de schadebedragen bij frauduleuze faillissementen voor banken significant lager zijn dan voor de genoemde instanties, terwijl dit voor de niet-frauduleuze faillissementen niet het geval is.

In faillissement

De curator kan over de failliet of over gelieerde rechtspersonen informatie inwinnen bij de Kamer van Koophandel of bij het systeem Vennoot dat door het ministerie van Justitie wordt beheerd en wel als het 'geboorteregister' van BV's wordt aangeduid. Curatoren blijken van deze informatiebron betrekkelijk weinig gebruik te maken. Sommigen weten niet eens dat zij als curator informatie uit Vennoot kunnen krijgen. Het inwinnen van informatie bij UWV of de belastingdienst lijkt evenmin vaak voor te komen, terwijl die informatie in feite 'gratis' is. In gevallen waarin het wel tot uitwisseling van informatie komt, lijkt de samenwerking met de belastingdienst redelijk – hoewel dit waarschijnlijk verschilt per regio. De samenwerking met UWV is, blijkens de interviews, geen onverdeelde genoeg. Als belangrijke reden hiervoor wordt genoemd de interne organisatie van UWV.

De curator in faillissement beschikt voorts over verschillende civielrechtelijke middelen om diverse vormen van onttrekking van activa aan de boedel te voorkomen of ongedaan te maken. Waakzaamheid en snel optreden kunnen daarbij de boedel ten goede komen. In sommige gevallen treedt de curator hier zeer kordaat op (in één geval ging de curator persoonlijk achter een antieke schoorsteen aan die door een bestuurder was verpatst en wist die dankzij dit snelle optreden terug te winnen voor de boedel). In andere gevallen lijkt de curator minder scherp. Hiervoor is een aantal mogelijke oorzaken aan te voeren. Zo staat de curator met lege handen als het onmogelijk blijkt in contact te komen met bestuurders van BV's of als deze geen enkele verhaalsmogelijkheid bieden. In theorie kan de strafrechtelijke weg (aangifte doen) voor de curator mogelijkheden bieden verdwenen activa te (doen) achterhalen die hij met andere middelen niet zou kunnen opsporen of terugwinnen, maar deze mogelijkheid wordt in de praktijk nauwelijks haalbaar geacht.

Van de 164 zaken waarin het rechtbankdossier aanwijzingen bevat dat activa aan de boedel zijn onttrokken, heeft de curator in 117 gevallen (71 %) een civielrechtelijke actie overwogen. In 68 gevallen (41 %) actio Pauliana, in 64 gevallen (39 %) bestuurdersaansprakelijkheid, en in 15 gevallen daarvan beide. Uiteindelijk heeft de curator echter in slechts 20% van de gevallen van onttrekkingen aan de boedel ook daadwerkelijk een actie ingesteld. Belangrijkste reden om geen actie te ondernemen is dat verhaal op de bestuurder niet mogelijk blijkt te zijn, omdat deze met de noorderzon is vertrokken of bij gebrek aan financiële middelen. Verder kan het achterwege laten van een actie samenhangen met het oordeel van de curator dat handelen dat technisch 'paulianeus' is, in het kader van pogingen de onderneming nog te redden begrijpelijk is en om die reden verontschuldigd kan worden. Interessant is dat sommige curatoren als bedrijfsadviseurs soms 'aan de andere kant' staan en toegeven dat zij dan zelf wel eens iets doen dat technisch 'paulianeus handelen' oplevert. Opvallend is dat een curator betrekkelijk veel vrijheid heeft om zelf te beslissen of hij paulianeus handelen aan de kaak wil stellen.

Slechts in 29 van de 212 zaken (14 %) waarin aanwijzingen voor fraude zijn aangetroffen, blijkt uit het dossier dat de curator heeft overwogen aangifte te doen. In 22 gevallen (10 %) heeft hij daadwerkelijk aangifte gedaan. Zoals hierna nog uitgebreider aan de orde komt, blijken curatoren er weinig vertrouwen in te hebben dat politie en justitie iets met hun aangifte doen. Dat weegt des te zwaarder omdat curatoren vinden dat het doen van aangifte soms veel tijd vergt en dat de aangifte niet altijd wordt ontvangen op een manier die hen stimuleert dat nog eens te doen.

De afweging of de curator tijd wil investeren (hetgeen op kosten gaat van de boedel) tegen de kans dat het iets voor de boedel oplevert, valt vaak uit ten nadele van het inzetten van de eventuele rechtsmiddelen. Ministerie, belastingdienst en UWV bieden ter compensatie van

deze onevenwichtigheid garantstellingsregelingen aan. Van deze regelingen wordt door curatoren slechts in beperkte mate gebruik gemaakt. In de steekproef van rechtbankdossiers bleek in 29 van de 868 gevallen (3%) uit het dossier dat de curator een aanvraag daartoe had gedaan. Als reden hiervoor wordt in de interviews genoemd dat de regeling te complex is, de gevraagde garantstelling te vaak wordt afgewezen en alleen iets oplevert in gevallen waarin uiteindelijk tóch al voldoende middelen in de boedel voorhanden bleken.

De rechters-commissarissen (RC's) zijn belast met toezicht op het optreden van curatoren. Voor sommige acties, zoals het starten van een procedure, hebben curatoren toestemming nodig van de R-C. Uit de interviews komt naar voren dat zij die toestemming doorgaans krijgen, maar dat R-C's vanuit hun toezichttaak wat terughoudender zijn ten aanzien van civiele procedures. Aan de andere kant dringen zij er juist bij curatoren op aan (vaker) aangifte te doen.

UWV heeft de mogelijkheid zelf een procedure wegens bestuurdersaansprakelijkheid te beginnen. Met het oog op de mogelijkheden die de curator op dit punt ter beschikking staan, maakt UWV daar weinig gebruik van. De curator wordt zowel door UWV als belastingdienst gezien als degene die hierin het best initiator kan zijn. De belastingdienst kan bij betalingsachterstand beslag leggen.

Opsporing en vervolging

Curatoren zijn, om de hierboven al uiteengezette redenen, terughoudend in het doen van aangifte, hoewel de R-C's hen trachten ertoe aan te zetten dat vaker te doen. De belangrijkste reden om in geval van faillissementsfraude geen aangifte te doen, is de taakopvatting van de curator: in principe zal hij alleen in actie komen als de boedel daarbij gebaat is, of er in ieder geval niet door geschaad wordt. Daarnaast zijn veel curatoren van mening dat zij 'niet het verlengstuk zijn' van politie of justitie. De discussie in de literatuur of curatoren al dan niet verplicht zouden moeten worden aangifte te doen, kent voor- en tegenstanders van een dergelijke verplichting.

Ondanks de bedenkingen wordt jaarlijks naar schatting 80 keer aangifte gedaan door een curator. Daarnaast kunnen ook andere partijen aangifte doen.¹⁴⁷ Jaarlijks worden op basis van een proces-verbaal ongeveer 35 zaken ingeschreven bij de parketten. Ongeveer twintig keer per jaar leidt dit tot een dagvaarding, waarvan het merendeel tot een strafrechtelijke veroordeling leidt. Gemiddeld dertien zaken worden geseponeerd. Het aantal gevallen van faillissementsfraude dat uiteindelijk resulteert in een strafrechtelijke veroordeling is dus bijzonder klein. Uitgaande van 760 gevallen van evidente fraude of van onregelmatigheden met betrekking tot de boedel belandt minder dan 5% van die gevallen in het strafrechtelijke traject, en wordt slechts 2½ procent van de fraudeurs uiteindelijk veroordeeld.

Hindernissen tussen de constatering van faillissementsfraude en de uiteindelijke veroordeling zijn met name de lage aangiftebereidheid, gebrek aan interesse en deskundigheid bij de politie, en gebrek aan capaciteit bij FIOD/ECD en OM.

8.5

KNELPUNTEN

In het voorgaande is een aantal knelpunten in het systeem van de bestrijding van faillissementsfraude gesignaleerd. Hieronder worden deze samengevat.

¹⁴⁷ UWV komt vanuit haar taak in het opsporen van premiefraude regelmatig tot het doen van aangifte. In 2004 deed zij dat in 101 gevallen. In hoeveel dit ook faillissementsfraude betrof is, onduidelijk.

De curator is voor vergoeding van zijn werkzaamheden aangewezen op middelen uit de boedel

Een centraal kenmerk van de positie van curatoren is dat zij voor de vergoeding die zij voor hun werkzaamheden ontvangen in beginsel op de boedel zijn aangewezen. Dat maakt de curator van in beginsel neutrale instantie tot medebelanghebbende in de opbrengst die zijn handelen voor de boedel heeft. Omgekeerd kan het voor de curator, als activa vrijwel geheel ontbreken en de kans dat hij zijn werkzaamheden vergoed krijgt navenant gering is, weinig aantrekkelijk zijn allerlei acties te ondernemen waarvan de opbrengst onzeker is. Dit heeft dus een dempend effect op de animo bij curatoren om eventueel op te treden in geval van faillissementsfraude. In sommige gevallen kan het zelfs, puur vanuit hun taak gedacht, in het belang van de boedel zijn om een malafide bestuurder een doorstart te laten maken omdat dit voor sommige crediteuren meer oplevert dan een faillissement.

Tekorten in het gebruik van informatiebronnen

Dat curatoren maar in beperkte mate gebruik maken van informatiebronnen, lijkt ten dele samen te hangen met onbekendheid met de mogelijkheden, en ten dele met de tijd en kosten die voor hen met het raadplegen van die bronnen gemoeid zijn. Niet alle curatoren blijken te weten dat zij rechtstreeks gebruik kunnen maken van het systeem Vennot. Daar staat tegenover dat de capaciteit van de dienst Justis, die Vennot beheert, grenzen stelt aan de mogelijkheden een beroep op haar te doen. Curatoren die wel een beroep doen op Vennot ervaren dit in de vorm van een in hun ervaring vrij lange levertijd van informatie.

Ook lijken curatoren onvoldoende te beseffen dat het inschakelen van bijvoorbeeld een accountant door efficiency en ervaring aan die kant de boedel, ondanks de kosten die aan het inschakelen van een accountant gepaard gaan, wel eens ten goede zou kunnen komen.

Soms beperkte deskundigheid

Curatoren hebben soms een ruime ervaring, maar het gaat deels ook om advocaten die slechts sporadisch een faillissement 'erbij doen'. Door de werkwijze bij de selectie van curatoren kan het gebeuren dat een betrekkelijk onervaren curator toch aan een ingewikkeld faillissement wordt gekoppeld. De scholing van curatoren tussen het initiële niveau na de baliestage en het hoge niveau van de Insolad-curatoren laat volgens sommige geïnterviewden te wensen over.

Geïnterviewden in het strafrechtelijke circuit signaleren dat curatoren onvoldoende kennis hebben van de strafrechtelijke kant van faillissementen, waardoor zij te lang blijven hangen in een civiele aanpak. Accountants signaleren dat curatoren soms niet verantwoord omspringen met de administratie van een failliete onderneming of delen van de boedel verkopen op een wijze die niet de optimale waarde weet te realiseren.

Wat betreft de andere partijen signaleren curatoren dat de functie van rechter-commissaris in faillissementszaken een 'doorgangsfunctie' is. Dit wordt in zoverre als een nadeel ervaren dat de moeizaam opgebouwde kennis en ervaring van de rechter-commissaris na betrekkelijk korte tijd verloren gaat. De rechter-commissaris is daardoor vaak niet krachtig genoeg als tegenspeler van de curator. De deskundigheid van politie is volgens de curatoren beneden het vereiste niveau.

Moeizame samenwerking

De ervaringen van curatoren met samenwerking met de belastingdienst zijn wisselend: deze samenwerking lijkt per regio nogal te verschillen. De kwaliteit van de samenwerking is volgens sommige curatoren vooral afhankelijk van het persoonlijk contact met een bepaalde functionaris. Lastig voor de samenwerking tussen curator en belastingdienst is in de perceptie

van de curator dat hij geen vooroverleg kan plegen over een ‘doorstart’ omdat hij dan het risico loopt dat beslag door de belastingdienst zijn pogingen zal frustreren.

De ervaring met samenwerking met UWV is overwegend negatief: vooral de communicatie is in de perceptie van curatoren slecht geregeld; zij missen een vast aanspreekpunt.

De samenwerking met de politie is matig. Met andere opsporingsdiensten (met name FIOD/ECD) lijkt de samenwerking in sommige gevallen iets beter, maar deze leidt in andere gevallen toch tot klachten. Eén van de klachten is dat de curator te weinig terughooft wat er met het faillissement gebeurt. De samenwerking tussen FIOD/ECD, politie en OM is geen onderwerp van gesprek geweest. Eén van knelpunten in de samenwerking is het al genoemde gebrek van deskundigheid op elkaars werkerreinen én de beperkte tijd.

Civielrechtelijke en strafrechtelijke kolommen staan naast elkaar

Meer in het algemeen leidt het naast elkaar bestaan van een civielrechtelijk en een strafrechtelijk stelsel van taken, bevoegdheden en sanctiemogelijkheden tot specifieke problemen van taakafbakening en samenwerking. Zo is omstreden in welke mate curatoren, die door de wet primair met de opdracht zijn belast de private belangen van de faillissements-schuldeisers te behartigen, daarnaast publieke verantwoordelijkheden hebben (zoals het initiëren van of bijdragen aan de opsporing en vervolging van fraudeurs). Die vraag is des te prangender als deze publieke verantwoordelijkheid handelen vereist dat ten nadele gaat of zou kunnen gaan van de boedel dan wel dat de curator moet vrezen voor aansprakelijkheid. De wet biedt hierin geen duidelijk richtsnoer en uitspraken van de hoogste rechter terzake blijken door verschillende betrokkenen verschillend te worden uitgelegd.

8.6

BRUIKBAARHEID VAN DE INDICATOREN

In het onderzoek is geprobeerd van een aantal denkbare indicatoren voor fraude vast te stellen in hoeverre deze samenhangen met het uiteindelijk optreden van faillissementsfraude. Dergelijke indicatoren zouden van nut kunnen zijn bij het in de gaten houden van vennootschappen die in een bepaalde risicogroep vallen.

Uit de analyse blijkt dat de indicatoren slechts in beperkte mate samenhang vertonen met de aanwezigheid van faillissementsfraude. Een belangrijke samenhang is wel gesignaleerd tussen de administratieve onregelmatigheden en fraude dan wel onregelmatigheden met betrekking tot de boedel. Dit is echter geen inzicht dat in preventieve zin kan worden gebruikt. De gevonden informatie over buitenlandse vennootschappen, over voortzetting en doorstart, en over de wijziging van statuten, staat weliswaar in relatie tot faillissementsfraude, maar de gegevens zijn statistisch onvoldoende robuust om hier harde conclusies aan te verbinden.

Als sprake is van een faillissement, is het toch de curator die het best kan inschatten of sprake is van opzet/gebruik van de vennootschap voor benadeling dan wel paulianeus handelen. De beste garantie voor een goede doorgroning van fraude is te vinden in een gedegen opleiding en ruime ervaring van de curator.

8.7

AANBEVELINGEN

In de gesprekken met de diverse betrokkenen zijn niet alleen knelpunten aan de orde gekomen maar zijn door de respondenten ook suggesties voor verbetering gedaan. Hieronder worden enkele van deze suggesties kort weergegeven. Daarbij houden wij de ook hierboven gehanteerde driedeling in stadia aan.

Vóór faillissement

Preventieve werking zou uit kunnen gaan van het hanteren van scherpere richtlijnen bij de belastinginning: hoe dubieuzer een branche, vennootschap of natuurlijk persoon is, des te strikter zou de incasso moeten zijn. Dat zou vereisen dat bijgehouden wordt hoe het betalingsgedrag van ondernemingen is en dat en daarop wordt bijgestuurd. Ook zou op basis van een aantal indicatoren gekeken kunnen worden welke typen bedrijven bijzondere aandacht verdienen, bijvoorbeeld bepaalde risicobranches of bedrijven waarin een statutenwijziging is doorgevoerd. Uit het onderzoek zijn echter weinig van dergelijke indicatoren naar voren gekomen.

Het regulier boekenonderzoek van UWV heeft nu gemiddeld eens per vijf jaar plaats. Denkbaar is dat de frequentie voor bepaalde risicogroepen verhoogd zou worden.

Eén van de geïnterviewden meent, naar aanleiding van de faillissementszaken rond een horecamaganaat, dat de verpachter er mede-aansprakelijk voor zou moeten worden gemaakt dat de pachter premies afdraagt: “Dit is vergelijkbaar met ZZP-ers die in opdracht werken. De opdrachtgever is daarbij verantwoordelijk voor de afdracht van de belastingverplichting. Als de ZZP-er niet betaalt, moet de opdrachtgever betalen”, aldus degene die dit idee opwierp. Vergelijkbaar is het voorstel de ‘moeder’-BV mede aansprakelijk te maken voor de ‘dochter’ zodat geschuif tussen allerlei BV’s, het inhuren tegen een te laag tarief of dienstverlening tegen een te hoog tarief niet interessant is. Dit is nu al mogelijk via de zogeheten ‘403-verklaring’ (art. 2:403 BW). Deze verklaring is een voorwaarde voor het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening, waarmee de moedermaatschappij zich aansprakelijk stelt voor de schulden van de dochtermaatschappijen. Het is echter te allen tijde mogelijk deze 403-verklaring in te trekken, en de rechter heeft bepaald dat het intrekken van een verklaring in het zicht van een faillissement niet onrechtmatig is.¹⁴⁸

Tijdens faillissement

Een aantal suggesties heeft betrekking op versterking van de **deskundigheid** van betrokkenen. Een aangrijpingspunt kan zijn het *toewijzingsbeleid* van rechtbanken: ingewikkelde of fraudezaken zouden bij voorkeur toegewezen moeten worden aan ervaren of Insolad-curatoren. Om die schifting te kunnen maken, zou in op het eerste gezicht dubieuze gevallen of in alle faillissementen eerst een check via ‘Vennoot’ of via een instelling als de FUNON (FraudeUnit Noord Oost Nederland, zie § 7.5) moeten plaatshebben.

Een andere suggestie is de *scholing* van curatoren te verbeteren (die dan qua niveau tussen de inleidende kennis tijdens de advocatenstage en het hoge opleidingsniveau voor Insolad-curatoren zou moeten uitkomen), ook op het terrein van strafrechtelijke traject (“curatoren weten niet waarvan ze aangifte kunnen doen, en als ze dat al weten, weten ze niet waar ze dat moeten doen”). Ook rechter-commissarissen zouden baat kunnen hebben bij extra scholing of bij een regeling die het aantrekkelijker maakt die functie gedurende langere tijd uit te oefenen.

Over het gebruik van *informatiemogelijkheden*, bijvoorbeeld van ‘Vennoot’, zou meer voorlichting kunnen worden gegeven. Een andere suggestie is vaker een accountant in te schakelen (wellicht op *no cure no pay* basis). Het zou daarbij kunnen helpen als er een raamovereenkomst zou zijn van Insolad met accountantsbureaus, zodat accountants minder overhead hebben.

Meer deskundigheid zou wenselijk zijn bij de politie en dat betekent waarschijnlijk ook dat daar meer specialisatie nodig is. Tenslotte wordt voorgesteld bij elke regio van de belastingdienst één of meer fraudedeskundigen aan te stellen.

¹⁴⁸ Rechtbank ’s-Gravenhage, 14 mei 2003, JOR 2003, 215 (Info Opleiders BV)

Op enkele punten zou de positie van de curator kunnen worden versterkt. Zo wordt voorgesteld de curator meer bevoegdheden te geven, bijvoorbeeld tot het instellen van boekenonderzoek bij aanpalende BV's, tot het doen van huiszoeking of tot het zoeken in gesloten bronnen – een en ander uiteraard na overleg met rechter-commissaris.

Andere suggesties hebben betrekking op het versterken van de **samenwerking** tussen betrokkenen. Er zou bijvoorbeeld één landelijk of regionaal informatiepunt/servicedesk moeten zijn. “Er bestaat in de wereld van opsporing, rechtshandhaving, terrorismebestrijding en toezicht (maar ook in het handelsverkeer) een sterke behoefte aan een laagdrempelige, snelle manier om inlichtingen in te winnen over buitenlandse rechtspersonen en hun bestuurders. De mogelijkheden daartoe zijn op het ogenblik zeer gebrekkig en dat is, gelet op de sterk toegenomen internationalisering, niet verantwoord.”¹⁴⁹

Van belang is dat organisaties als belastingdienst en UWV vaste aanspreekpunten hebben voor curatoren. Regionaal overleg tussen curatoren onderling en tussen (ervaren) curatoren, belastingdienst/UWV en politie kan bijdragen tot de samenwerking.

Strafrechtelijke traject

De curator zou kunnen worden verplicht tot het doen van aangifte in dubieuze faillissementen, naar analogie van de verplichtingen die de Wet Melding Ongebruikelijke Transacties oplegt aan bijvoorbeeld notarissen en accountants. Een taakomschrijving ter zake zou kunnen worden opgenomen in de Fw. Hun eventuele aansprakelijkheid mag daarvoor geen belemmering zijn: “daar zijn ze voor verzekerd”, aldus één van de geïnterviewden die dit idee suggereerde.

Een andere mogelijkheid zou zijn de publieke taak van de curator ook institutioneel te verankeren. De curator zou een soort publieke functionaris moeten worden met ook een (deels) publiekrechtelijke taak en financiële middelen van de overheid.

Voor het vervolgingsbeleid zouden helderder richtlijnen kunnen worden opgesteld, in samenwerking tussen OM en FIOD/ECD, waarbij keuzes om vooral grote zaken aan te pakken, of juist vele kleintjes, kunnen worden verantwoord. Momenteel wordt wel gewerkt met ‘targeting’, het aangrijpen van belangwekkende of in het oog springende zaken, maar de keuze voor deze doelwitten zou helderder gecommuniceerd moeten worden.

Als de curator aangifte doet, dient de politie dat serieus op te pakken. Dan is wél vereist dat curatoren ook sneller aangifte doen (anders zijn de bewijzen verdwenen). Het OM zou moeten terugkoppelen indien de aangifte niet wordt doorgezet (en waarom).

Voor het strafrechtelijk aanpakken van faillissementsfraudeurs zouden meer menskracht en middelen moeten worden gemobiliseerd. Gegeven de conservatieve schatting van 220 miljoen als waarschijnlijke schade van faillissementsfraude en de maatschappelijke schade (verlies werkgelegenheid, verstoring markten) is het aannemelijk dat de eventuele investeringen in extra menskracht en middelen zichzelf terugverdienen.

Eén van de sleutelwoorden in meerdere interviews is de term ‘pakkans’: fraudeurs zouden een hoger risico moeten lopen te worden vervolgd en gestraft. Bovendien zouden zij de financiële gevolgen sterker moeten voelen. Nu volgen er, als er geen verhaalsmogelijkheden blijken te zijn, nauwelijks sancties, tenzij evident is dat er strafrechtelijk sanctioneerbare wederrechtelijke gedragingen hebben plaatsgevonden, zoals valsheid in geschrifte. Uitbreiding van het aantal

¹⁴⁹ Brief Minister van Justitie ‘Plan van aanpak bestrijding faillissementsfraude’ (13 september 2004), p. 9

vervolgingen zou ook de curator meer pressiemogelijkheden bieden. Dan zou wel eens kunnen blijken dat zij ineens toch verhaal bieden (buitenlandse bankrekeningen).

Een andere suggestie is het instellen van bestuursverboden én het creëren van een ‘zwarte lijst’. Het Europees Hof heeft uitgemaakt dat fraudebestrijding een rechtvaardigingsgrond kan zijn voor regels die de vrijheid van vestiging beperken, mits dat volgens een repressieve (case by case) benadering gebeurt. Een repressieve benadering is ook uit het oogpunt van administratieve lasten aantrekkelijker aangezien de last alleen daar terecht komt waar die kan worden gerechtvaardigd vanwege een vermoeden van misbruik. Aangezien voor buitenlandse rechtspersonen alleen ruimte is voor een repressieve benadering, ligt het voor de hand – mede uit oogpunt van administratieve lasten en concurrentieaspecten - nader te bezien of deze lijn kan worden doorgetrokken voor Nederlandse rechtspersonen. In de nota *Snel en secuur toetsen* wordt erop gewezen dat de Europese Commissie heeft aangekondigd zich vanaf 2006 toe te leggen op de harmonisatie van het bestuursverbod.¹⁵⁰ Wat betreft de eventuele invoering van een bestuursverbod in Nederland heeft de werkgroep Invoering bestuursverbod, ingesteld in het kader van het programma Preventie georganiseerde criminaliteit (ministerie van Justitie), een aantal voorstellen gedaan. Momenteel wordt op het ministerie van Justitie bezien op welke manier het bestuursverbod het best kan worden vormgegeven.

¹⁵⁰ Europese Commissie, COM(2004) 611 final.

9 Bijlagen

9.1

LITERATUUR

Aerts 2005

M.Aerts, 'De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude', *Tijdschrift voor Insolventie* 2005-1.

Van Apeldoorn 2001

J.C. van Apeldoorn (red.), *Onzekere zekerheid*, Insolad Jaarboek 2001. Deventer: Kluwer

Bazuin 1988

J.E.I. Bazuin, *Richtlijnen voor curatoren in faillissement: een analyse en vergelijking van de richtlijnen in 15 arrondissementen*, Utrecht: Wetenschapswinkel UU 1988.

Beltzer & Knegt 2000

R.M.Beltzer, R. Knegt, 'Faillissementen en het afvloeien van personeel; over misbruik van het faillissementsrecht', *Justitiële Verkenningen* (26) 2000-2, p. 44-54.

Beltzer 2003

R.M. Beltzer 'De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement' in: L.G. Verburg, W.A. Zondag (red), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisaties*, Deventer: Kluwer 2003.

Berends 2001

A.J. Berends, Maatregelen tegen misbruik van insolventieprocedures, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2001/1 p. 12, p. 7-1

Van den Berg 2002

E.A.I.M. van den Berg, *Organisatiecriminaliteit: Aard, achtergronden en aanpak*, Den Haag: WODC onderzoeksnotitie 2002/8.

Berghuis & Paulides 1982

A.C. Berghuis, G. Paulides, *Faillissementen bij besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid: een studie naar misbruik van rechtspersonen*, Den Haag: Min. v. Justitie/WODC, 1982 (eerste interimrapport).

Berghuis & Paulides 1983

A.C. Berghuis, G. Paulides, *Misbruik van BV's: een empirisch onderzoek*, Den Haag: WODC, 1983.

Beukelman 2001

A.M. Beukelman, 'Wederzijdse verwachtingen van curator en rechter-commissaris in faillissement', *Recht der Werkelijkheid*, 2001-1 p.65-76.

Blom 2004

R.J. Blom, *Faillissement: oorzaak en gevolg*, Amsterdam: Graydon 2004.

Van der Boon & Van Wijnen (2004)

V. van der Boon, J.F. van Wijnen, *Bedreigingen en fysiek geweld tegen advocaten*, FD/Nova:
http://www.fd.nl/GetBlob.asp?DirectID=advocaten_enquete_Nova_dec2004.pdf &
MimeType=application/pdf 2004.

CBS 2002

CBS, *Faillissementen: oorzaken en schulden in 2002*, Voorburg/Heerlen: Centraal Bureau voor de Statistiek 2004.

Cozijn 1989

C. Cozijn, Twee jaar bestuurdersaansprakelijkheid volgens de WBA en de WBF verslag van een verkennend onderzoek, Gouda: Gouda Quint BV 1989.

Cozijn 1991

C. Cozijn, Aansprakelijkheid op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement, Gouda: Gouda Quint BV 1991.

Dorlo 2000

G.S.E. Dorlo, 'WBA en WBF: aspecten van samenloop', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2000-3, p. 86-95.

Dorresteyn & Van het Kaar 2003

A.F.M. Dorresteyn & R.H. van het Kaar, *De juridische organisatie van de onderneming*, Deventer: Kluwer/FED 2003.

Van de Haar & Hofman 2004

B.A. van de Haar en A.C.J.A. Hofman, *Het herkennen van faillissementsfraude: een zaak voor de curator?*, scriptie postdoctorale opleiding, Instituut voor Forensische Accountancy 2004.

Hilverda 1992

C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude: een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Hilverda 2001

C.M. Hilverda, et al., *Faillissementsfraude in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2001.

Hilverda 2004

C.M. Hilverda 'Curator, fiscus en Justitie: samen sterk', Radboud Universiteit Nijmegen, Reader *Forum Faillissementsfraude* (Voortgezette Stagiaire Opleiding - Permanente Opleiding (VSO-PO), 2004

Huizink 2002a

J.B.Huizink, *Insolventie*, Deventer: Kluwer 2002.

Huizink 2002b

J.B. Huizink, Commentaar bij art. 2:138 BW, *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2002-2003.

Huls 2000

N. Huls, 'Naar een economische faillissementsfilosofie; niet terug- maar vooruit kijken', *Justitiële verkenningen* 2000/02, p. 20-30.

Joosen 1998

E.P.M. Joosen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement*, Tilburg: KUB 1998.

Van het Kaar & Knegt 1996

R.H. van het Kaar, R. Knegt, 'Doorstart na faillissement: de positie van werknemers', *Nederlands Juristenblad* 1996, p. 1622-1627.

Van het Kaar 1996

R.H. van het Kaar, 'Faillissementsaanvraag als misbruik van bevoegdheid', *ArbeidsRecht* 1996, p. 9 e.v.

Van het Kaar 2004

R.H. van het Kaar, 'Insolventie en arbeid', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2004, nr. 5, p. 216-223.

Klarenbeek 1995

A. Klarenbeek, *De aanwezigheid van buitenlandse rechtspersonen in Nederland: een onderzoek* Amsterdam: Vrije Universiteit, Faculteit der Rechtsgeleerdheid (scriptie) 1995.

Knegt 1996

R. Knegt, *Faillissementen en selectief ontslag: een onderzoek naar 'oneigenlijk gebruik' van de Faillissementswet*, Amsterdam: HSI, 1996.

Kortmann 1996

S.C.J.J. Kortmann, e.a. (red.), *De curator: een octopus*, Deventer: Kluwer 1996.

Kortmann 2003

S.C.J.J. Kortmann, 'Bad bankruptcy governance', *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2003 p.265-268.

Kortmann, Van Hees & Faber 1998

SC.J.J. Kortmann, J.J. van Hees en N.E.D. Faber, 'Contiuiteit van ondernemingen in moeilijkheden', *Tijdschrift voor privaatrecht* 1998, p.1253-1331.

Lennarts & De Valk 2004

M.L. Lennarts en S.N. de Valk, 'Aansprakelijkheid van bestuurders jegens werknemers wegens misbruik van faillissement HR. 28 mei 2004, JOL 2004, 281' *ArA* 2004-2 p. 108-123.

Luttmer-Kat 2000

A.M.Luttmer-Kat, (red), *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, Deventer: Kluwer 2000.

Oosthout 1998

H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming niks of phoenix*, Deventer: Kluwer 1998.

Rekenkamer 2004

Rekenkamer, *Fraudebestrijding: stand van zaken 2004*, Kamerstukken II 2004/05, 29 810, nrs. 1–2.

Schaink & Smolders 2004

P.R.W. Schaink, H. Smolders, 'Faillissementstrends (3)', *Arbeidsrecht*, 2005-01

M.G.H. Scharenborg, 'Het bankroet van de faillissementsfraudebestrijding? Een pleit voor het oprichten van een LOFF?' *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2004/6.

Scharenborg 2004

M.H.G. Scharenborg, 'Het bankroet van de faillissementsfraudebestrijding? Een pleit voor het oprichten van het LOFF', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2004-61.

Van Schilfgaarde 1996

P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer, 1996.

Van Schilfgaarde 2003

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2003.

Slegers 2001

C.W.M. Slegers, 'De Garantstellingsregeling curatoren geëvalueerd' *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2001/3.

Smidt-Adank & Welmerink 2001

M.E. Smidt-Adank, E.Ch. Welmerink (red.), *De curator: (on)zeker?* Deventer: Kluwer, 2001.

Van Traa 1996

Commissie van Traa, *Inzake opsporing*, Den Haag: Sdu, 1996.

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1998.

Verstijlen 2004

F.M.J. Verstijlen, 'Van misbruik van faillissementsrecht en hoe dit niet te bestrijden', *Nederlands Juristen Blad* 2004-18 p. 944-945.

Vriesendorp 1997

R.D. Vriesendorp, (red.), *Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer, 1997.

Vriesendorp 1999

R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen, C.W.M. Slegers, *De Garantstellingsregeling curatoren rapport van de evaluatie van de werking van de Garantstellingsregeling curatoren in de praktijk*, Tilburg: Schoordijk Instituut 1999

Vriesendorp 2000

R.D. Vriesendorp, 'De rechter-commissaris bij insolventies: onpartijdige rechter of betrokken commissaris?', in: *Justitiële verkenningen* (26) 2000-2, p.55-64.

Vriesendorp 2002

R.D.Vriesendorp, 'Redesign van de Garantstellingsregeling curatoren; vermaken volstaat', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2002-3.

Wezeman 1998

J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Deventer: Kluwer, 1998.

Wezeman & Van Houtum 2003

J.B. Wezeman., M.H.A. van Houtum, *Rapport inzake pseudo-buitenlandse vennootschappen*, Den Haag: WODC 2003

9.2

AANDACHTSPUNTENLIJST DOSSIERONDERZOEK

Onderstaande lijst heeft dienst gedaan als checklist bij het dossieronderzoek. De lijst is primair een hulpmiddel; bij veel vragen zijn de genoemde categorieën dan ook niet uitputtend bedoeld maar vooral gebaseerd op datgene wat men in de praktijk veel zal aantreffen. Waar relevant is daarnaast – soms uitgebreid – aantekening gemaakt van bijzondere omstandigheden.

- (1) Volgnummer:
- (2) Onderzoeker: JK IZ PvW RK JP
- (3) Arrondissement: Almelo Assen Maastricht
 Amsterdam Den Bosch Rotterdam
 Arnhem Groningen Zwolle
- (4) Dossiernummer: Naam curator:
- (5) Rechtsvorm van de onderneming: besloten vennootschap (bv)
 naamloze vennootschap (nv)
 stichting
 buitenlandse rechtspersoon, nl.:
- (7) Voorafgaande surseance van betaling? ja
 nee
- (8) Datum uitspraak faillissement:
- (9) Datum beëindiging faillissement:
- (10) Faillissement beëindigd door : opheffing akkoord
 uitdeling vernietiging
 Eventuele opmerkingen:

Uittreksel handelsregister

- (11) Nummer KvK: uittreksel niet in dossier
 Vestigingsplaats van de KvK: aanwezig
- (12) Naam van de onderneming/rechtspersoon:
- (13) Plaats van vestiging (stat.):(formele vestiging)
- (14) Zaakadres: (feitelijke vestiging)
- (15) Datum (acte van) oprichting als rechtspersoon:
- (16) Datum vestiging van onderneming:
 (indien eerder dan datum bij vraag 15)
- (16a) Datum eerste inschrijving in handelsregister:
- (16b) Datum acte laatste statutenwijziging:
 Evt. toelichting:

- (17) Doelen van de onderneming (max. 2 aankruisen):
 landbouw, visserij, delfstoffen industrie
 transport, opslag, communicatie bouwnijverheid
 banken en verzekeringen, zakelijke dienstverlening
 installatiebedrijven computeronderneming
 handel en reparatie overige dienstverlening
 horeca niet in te delen, namelijk:
- (17a) Aantal werknemers ten tijde van faillissement: (excl. bestuurders)
 Evt. bijzonderheden:
- (18) Personalia oprichters:
- (19) Aandeelhouders en hun belang in het geplaatste kapitaal (t.t.v. faillissement)
- (20) Bestuurders t.t.v. faillissement, met functie:
- (21a) Aandeelhouders ten tijde van de oprichting (indien afwijkend van (19), met functie:)
 (21b) Bestuurders ten tijde van de oprichting, met functie: (indien afwijkend van (20))
- (21c) Is er sprake van personen die niet formeel maar wel feitelijk bestuurder waren(v.v.)?
- (21d) Is er een bepaalde relatie tussen aandeelhouders, formele en eventuele feitelijk bestuurders?
- (22) Indien het een rechtspersoon betreft waarvan de aandelen geheel of grotendeels in handen zijn van een andere (bijv. een `holding'-) rechtspersoon, noteer dan tevens de huidige aandeelhouders en bestuursleden van deze laatste rechtspersoon:
- (23) Bestuurders van de holding, met functie.
- (23a) Is er een bepaalde relatie tussen aandeelhouders, formele en eventuele feitelijk bestuurders van de holding?
- (24) Is bij oprichting het kapitaal anders dan in contanten ingebracht?
 nee
 ja, gehele onderneming
 ja, voor een totaal bedrag van € in de vorm van:
 bedrijfsmiddelen
 octrooien, licenties, vergunningen e.d.
 goodwill
 anders, nl.:
- (24a) Zo ja, is daaromtrent een accountantsverklaring aanwezig? nee ja
- (24b) Zo ja, zijn de aandelen volgestort? nee ja
- (24c) Is er volgens de curator sprake geweest van overwaarding van de ingebrachte activa? nee, niet genoemd
 ja
 Eventuele opmerkingen:
- (25) Is de onderneming een voortzetting (geheel of gedeeltelijk) van activiteiten van een andere onderneming? (meerdere antwoorden mogelijk!)
 nee (blijkt niet uit het dossier)
 ja, voortzetting van activiteiten
 ja, zelfde bestuurders (formeel/feitelijk)
 ja, bestuurders zijn voormalige werknemers
 ja, anders \van die andere ond.
- Indien ja, toelichting:
 Is die andere onderneming (inmiddels) failliet? ja nee
- (26) Is er een bijzondere relatie tussen bestuurders van de onderneming en één of meer van de (belangrijkste) klanten/opdrachtgevers van de onderneming? Zo ja, licht toe.
 nee ja, nl.:

Het faillissement, activiteiten curator

- (28) Aanvragers van het faillissement:
- bestuurder(s) v/d onderneming UWV OM
- personeel v/d onderneming bank, financieringsmaatschappij
- fiscus overige crediteuren
- (28a) Alléén indien op aanvraag van de (bestuurders van de) rechtspersoon zelf:
- Heeft een credietverstrekker nee
- (bijv. een bank) een rol ja, adviseerde tot aanvraag
- gespeeld bij de aanvraag? ja, anders, nl.:
- Is de beslissing tot de aanvraag genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders? nee ja, (toelichting):
- (29) Welke oorzaak geeft de curator aan als oorzaak van het faillissement?
- geen
- te weinig financiën/ondercapitalisatie
- ondeskundigheid bestuur
- economische oorzaken
- te lage tarieven gehanteerd
- (dubieuze) transacties tussen bv en bestuurders
- (dubieuze) transacties tussen deze en verwante bv
- andere vormen van misbruik of fraude, nl.:
- anders, nl.:
- Toelichting:
- (30) Kan de curator beschikken over een toereikende administratie van de onderneming? ja
- nee, de administratie is niet compleet
- nee, de administratie bevat onjuiste gegevens
- nee, de administratie ontbreekt
- (30b) Indien nee, wat heeft de curator in verband daarmee overwogen te doen? bestuurders aansprakelijk stellen
- aangifte doen
- informatie opvragen bij belastingdienst
- anders, nl.:
- niets
- Heeft hij dat ook gedaan? ja
- nee, want
- (31) Zijn de jaarrekeningen tijdig gedeponneerd? nee
- wordt in dossier niets over vermeld
- Evt. toelichting: ja
- (31a) Indien nee, wat heeft de curator in verband hiermee overwogen te doen? bestuurders aansprakelijk stellen
- anders, nl.:
- niets
- Heeft hij dat ook gedaan? ja
- nee, want:
- (31b) Blijkt uit het dossier dat de (formeel of feitelijk) bestuurders eerder bij een faillissement of schuldsanering betrokken zijn geweest? nee
- ja, nl.:
- (32) Heeft de curator de vereiste medewerking gekregen van de bestuurders bij het beheer en de vereffening van de boedel? ja
- nee, nl.:
- (32a) Zo neen, wat heeft hij t.o.v. bestuurders ondernomen?
- (34) Zijn volgens de curator de activa in de boedel toereikend voor de vergoeding van zijn werkzaamheden? ja
- nee

- (35) Welke verslagen van de curator zijn in het dossier aanwezig?
- (36) Maakt de curator melding van mogelijke onregelmatigheden met betrekking tot de boedel? nee ja
- (36a) Zo ja, van welke aard? (meerdere antwoorden mogelijk)
- 'wegmaken'/verduisteren van activa
 - doorsluizen van activa naar elders via gefingeerde nota's
 - verkoop van activa onder marktwaarde
 - anders, nl.:
- (36b) Zo ja, wat heeft de curator overwogen te doen?
- nader boekenonderzoek aangifte
 - civiele procedure, t.w.: anders, nl.:
 - actio Pauliana geen
 - onrechtmatige daad
 - aansprakelijk stellen bestuurders
 - anders, nl.:
- (36c) Zo ja, wat heeft de curator ondernomen?
- geen actie bij gebrek aan verhaalsmogelijkheden
 - geen actie om andere redenen, nl.
 - de curator heeft een civiele procedure gestart
 - de curator heeft nader boekenonderzoek ingesteld
 - de curator heeft aangifte gedaan
 - de curator heeft iets anders ondernomen, nl. . . .
- Toelichting (bij 36b en c):
- (36d) Wat was de omvang van de door de onregelmatigheden veroorzaakte benadeling van de boedel?
- (36e) Heeft de curator gebruik gemaakt van mogelijkheden extern nadere informatie in te winnen? nee ja, bij de belastingdienst ja, bij UWV ja, bij 'Vennoot' ja, bij de accountant van de rechtspersoon ja, anders, nl.:
- (meerde antwoorden mogelijk)
- Zo ja, hoe is dit verlopen en wat heeft het opgeleverd?
- (37) Zijn er in het dossier aanwijzingen dat de onderneming is gebruikt of zelfs opgezet met het oogmerk crediteuren te benadelen? nee ja, is gebruikt voor benadeling ja, is ook opgezet voor benadeling
- (37a) Waaruit is dit op te maken?:
- (37b) Wat heeft de curator overwogen in verband met dit vermoeden te ondernemen? aangifte aansprakelijk stellen van bestuurders anders, nl. niets
- (37c) Zo ja, wat heeft de curator ondernomen? geen actie bij gebrek aan verhaalsmogelijkheden geen actie om andere redenen, nl.: de curator heeft een civiele procedure gestart de curator heeft aangifte gedaan de curator heeft iets anders ondernomen, nl. . . .
- Toelichting (bij 37b en c):
- (38) Indien de curator aangifte heeft gedaan:
- tegen wie? (compleet met initialen):
 - bij welke instantie? FIOD/ECD IFT/BRO anders, nl.: . . .
 - welk vervolg heeft dat blijkens het dossier gehad?

- (39) Indien de curator een procedure heeft overwogen, heeft hij daarbij gepoogd gebruik te maken van (een of meer van) de voorschotregelingen van het ministerie van Justitie, de belastingdienst of UWV?

nee ja, ministerie ja, belastingdienst ja, UWV

Toelichting: waarom niet? / hoe is die poging verlopen?

- (40) Maakt de curator melding van nee
 ondeskundig bestuur als mogelijke ja
 oorzaak van het faillissement?

- (40a) Zo ja, welke redenen voert de curator voor dat vermoeden aan?:

Schulden

- (41) Tot welke bedragen heeft de curator vorderingen op de boedel geconstateerd van:

- van banken en andere kredietverstrekkers: €
 - van UWV: €
 - van de belastingdienst: €
 - concurrente crediteuren: €

- (42) Heeft failliet en/of UWV in verband nee
 met de betalingsachterstand bij bestuurders deden melding betalingsonmacht
 UWV iets ondernomen? UWV heeft
 anders, nl.:

- (43) Welke acties heeft de belasting- geen
 dienst in verband met de beslag gelegd
 betalingsachterstand reeds uitstel van betaling ingetrokken
 ondernomen? een scherpere betalingsregeling getroffen
 zekerheid gevraagd
 FIOD/ECD ingeschakeld
 anders, nl.

- (45) Heeft de curator het nee
 bedrijf voortgezet? ja, tot (maand) (jaar)
 met als resultaat winst / verlies

- (46) Heeft de curator contact gehad nee (ga door naar 47)
 met gegadigden voor overname ja, nl. met: ... gegadigden
 van (delen van) de boedel?

- (46a) Zo ja, hebben deze gegadigden nee
 de curator al direct na het fail- ja, nl.:

- (46b) Hebben deze gegadigden bedongen nee
 dat slechts een deel van het perso- ja, nl. voor: ./. . deel
 neel zal worden overgenomen?

- (46c) Biedt het dossier aanwijzingen dat nee
 deze gegadigden banden hadden ja, nl.:

- (46d) Kopers/aspirant-kopers van (delen van) de boedel (in volgorde van omvang van aankoop:

(46e) Namen van bestuurders en/of aandeelhouders koper(s):

- (46f) Overname van de handelsnaam nee
 van de gefailleerde onderneming? ja, nl. door koper ...

- (47) Zijn de kosten van verplichtingen uit (duur-) nee
 overeenkomsten (mede) reden geweest ja, overschot aan personeel
 voor de aanvraag van het faillissement? ja, anders, nl.:

- (47b) Maakt de curator melding van de opvatting dat de rechtspersoon ook zonder faillissement tot beëindiging van haar duurovereenkomsten had kunnen komen zonder dat haar continuïteit in gevaar was gekomen? nee ja, namelijk:
- (48) Heeft de failliet korte tijd vóór het faillissement geprobeerd personeel te ontslaan? nee
 ja, nl.:
aantallen: (met succes)
. . . . (zonder succes)
- (49) Maakt de curator melding van mogelijke overname van personeel door koper(s)? nee
 ja, nl.:
- (50) Maakt de curator melding van plannen tot 'doorstarten'? nee
 ja, nl.:
- (50a) Zo ja, bestonden deze plannen al ten tijde van de faillissementsaanvraag? nee
 ja, nl.:
 onbekend
- (51) Indien wordt doorgestart, is dat dan in een andere rechtsvorm dan voorheen? nee
 ja, nl. als:
- (52) Typeer in vier zinnen de aard van dit faillissement:
- (53) Zijn er in dit dossier aanwijzingen die het zinvol maken contact te leggen met de curator? nee ja
- (54) Overige opmerkingen:

9.3

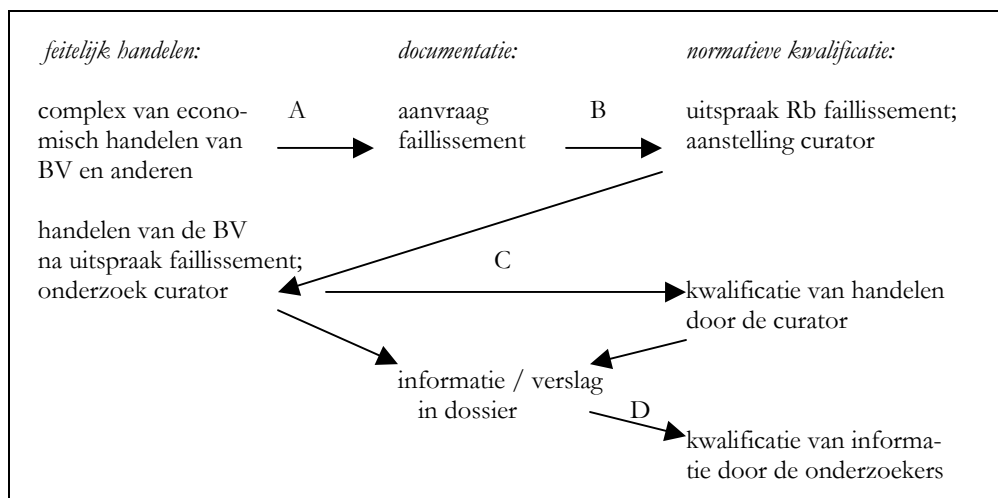
BESLISBOOM INDICATOREN VOOR FRAUDE EN MISBRUIK

Bij het dossieronderzoek is gebruik gemaakt het onder 9.2 weergegeven onderzoeksformulier dat bedoeld was om het onderzoek van het dossier en de verzameling van de benodigde gegevens te structureren. De vragen op dit formulier zijn geformuleerd op basis van, zijn operationalisering van de criteria voor 'fraude', 'misbruik' en 'ondeskundig bestuur'. We werken daarmee in het spanningsveld tussen feitelijk handelen enerzijds en de normatieve kwalificatie van dat handelen anderzijds. Schematisch kan de operatie worden weergegeven als in schema 9.3.1 (zie p. 131). In het schema zijn de vier momenten aangegeven waarop een feitelijk complex van gegevens met betrekking tot economisch handelen aan de hand van het faillissementsrecht wordt gekwalificeerd:

- A. de aanvragers van het faillissement oordelen dat de situatie van de rechtspersoon zodanig is dat zij heeft 'opgehouden te betalen' en dat de rechtspersoon derhalve failliet behoort te worden verklaard en zij leggen dat neer in een schriftelijk verzoek;
- B. de rechtbank beoordeelt de in de aanvraag aangevoerde feiten aan de hand van de Faillissementswet, oordeelt op grond van het verzoek dat de rechtspersoon failliet is, benoemt een curator en legt een en ander neer in een schriftelijke uitspraak;
- C. de curator stelt een onderzoek in, beoordeelt de situatie van de rechtspersoon en het handelen van hen die haar vertegenwoordigen en doet van zijn feitelijke bevindingen en van zijn normatieve beoordeling verslag in het dossier van de faillissementszaak;
- D. de onderzoekers registreren de informatie in het dossier en beoordelen op hun beurt de informatie zowel als de normatieve gevolgtrekkingen van de curator (en de RC).

Aan de hand van het formulier voor het dossieronderzoek is van elk onderzocht dossier een reeks gegevens geregistreerd. Deze gegevens zijn dus, middels de structuur van het onderzoeksformulier, geselecteerd op basis van hun relevantie voor de kwalificatie van het handelen van de (vertegenwoordigers van de) rechtspersoon (als 'fraude', 'misbruik' of 'ondeskundig bestuur').

Figuur 9.3.1: Normatieve kwalificatie van handelen, in de praktijk en in het onderzoek



Hoe komen we nu op basis van de via het formulier geregistreerde gegevens tot een typering van het complex van feitelijke gedragingen en omstandigheden in het concrete geval en tot een (normatieve) kwalificatie van het handelen in elk van de onderzochte gevallen?

Normatieve criteria

De drie normatieve kwalificaties die in het onderzoek centraal staan, zijn 'faillissementsfraude', 'misbruik van faillissement' en 'ondeskundig bestuur' (zie hoofdstuk 2). Deze kwalificaties worden in het onderzoek toegekend op basis van de aanwezigheid van 'indicatoren'. Indicatoren wettigen soms op zich al de conclusie dat er sprake is van 'fraude', maar veel vaker is er sprake van een combinatie van indicatoren die een sterk *vermoeden* van fraude rechtvaardigt. Daarnaast zijn er indicatoren die als een soort *circumstantial evidence* te beschouwen zijn.

Wij knopen aan bij de indicatoren zoals deze in de genummerde vragen van het onderzoeksformulier zijn geoperationaliseerd. Aan de hand daarvan wordt uiteengezet hoe we op basis van de beantwoording van die vragen in twee stappen kunnen komen tot een kwalificatie van de stand van zaken, voor zover wij over informatie daarover kunnen beschikken, als 'fraude', 'misbruik van faillissement' of 'ondeskundig bestuur'. De aard van het onderzoek brengt mee dat deze conclusie niet anders dan met een *bepaalde* mate van zekerheid - maar dus ook van *onzekerheid* - kan worden bepaald.

Drie 'beslisbomen'

Voor elk van de drie vormen, 'fraude', 'misbruik' en 'ondeskundig bestuur', wordt een afzonderlijke 'beslisboom' opgezet aan de hand waarvan conclusies kunnen worden getrokken. Het is mogelijk dat een faillissementszaak op meer dan één van deze vormen 'scoort', bijvoorbeeld dat zowel van fraude als van ondeskundig bestuur sprake is.

(1) Faillissementsfraude (zie schema 9.3.2 op p.132)

In de eerste stap wordt nagegaan of de curator, blijkens het dossier, onregelmatigheden heeft waargenomen die volgens hem zodanig zijn dat zij onder de definitie van 'fraude' zouden vallen. We nemen dus aan dat als de curator dat constateert, wij daar ook vanuit mogen gaan. Anders is dat alleen als de curator bij vraag 36a zou aangeven dat het om onregelmatigheden gaat die hetzij niet wederrechtelijk zijn hetzij niet opzettelijk zijn totstandgekomen of bij vraag 36c zou aangeven dat hij om dergelijke redenen van actie heeft afgezien.

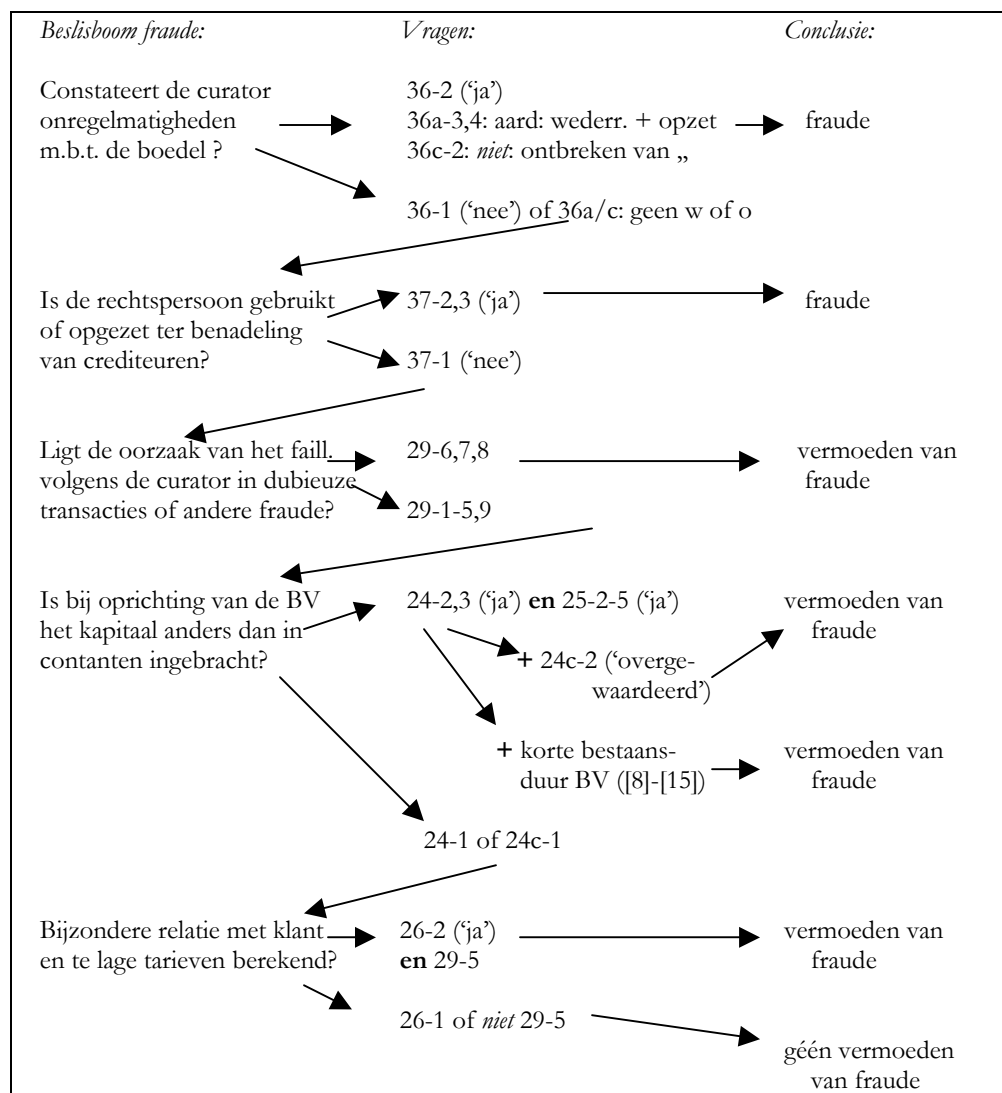
In een tweede stap wordt bij vraag 37 nagegaan of het dossier aanwijzingen bevat dat de rechtspersoon is gebruikt of zelfs is opgezet om crediteuren te benadelen. Is dat zo, dan nemen we aan dat er van fraude sprake is. Zo niet, dan wordt in een derde stap nagegaan of de curator heeft aangegeven dat het faillissement (mede) zou zijn veroorzaakt door dubieuze transacties tussen de rechtspersoon enerzijds en haar bestuurders of verwante rechtspersonen anderzijds. Zo ja, dan nemen we opnieuw aan dat van fraude sprake is.

De vierde stap richt zich op de situatie dat een BV een voortzetting is van een onderneming in een andere rechtsvorm en het kapitaal deels anders dan in geld is ingebracht; alleen indien

bovendien blijkt dat de BV maar korte tijd heeft bestaan (op basis van een vergelijking van datum oprichting en datum uitspraak faillissement) en/of er sprake is geweest van overwaarde- ring van het in de BV ingebrachte kapitaal, beschouwen we dat als grond voor een ‘vermoeden van fraude’.

In de vijfde stap tenslotte gaan we na of er sprake is van een bijzondere relatie tussen een BV en haar belangrijkste opdrachtgever (bijvoorbeeld: de BV is opgericht door ex-werknemers van de opdrachtgever en werkt hoofdzakelijk voor de opdrachtgever) in combinatie met het gegeven dat de BV tarieven hanteert die duidelijk onder het niveau van de markt liggen. In dat geval concluderen we ook tot een ‘vermoeden van fraude’. In alle overige gevallen niet.

Schema 9.3.2: *Belisboom faillissementsfraude*



Niet in bovenstaande ‘beslisboom’ opgenomen is een viertal gegevens die meer het karakter hebben van *circumstantial evidence*: zij kunnen, als zij in combinatie met bovenstaande elementen optreden, het vermoeden versterken dat er sprake is van faillissementsfraude. De vier situaties die dat vermoeden kunnen versterken, zijn:

- de feitelijk bestuurder is een ander dan de formele bestuurder (vraag 21c);
- een bestuurder van de rechtspersoon is eerder bij een faillissement betrokken geweest (vraag 31b);
- de curator heeft van bestuurders niet de vereiste medewerking gekregen bij het beheer en de vereffening van de boedel (vraag 32);
- de grote omvang van de resterende vorderingen op de boedel (vraag 41).

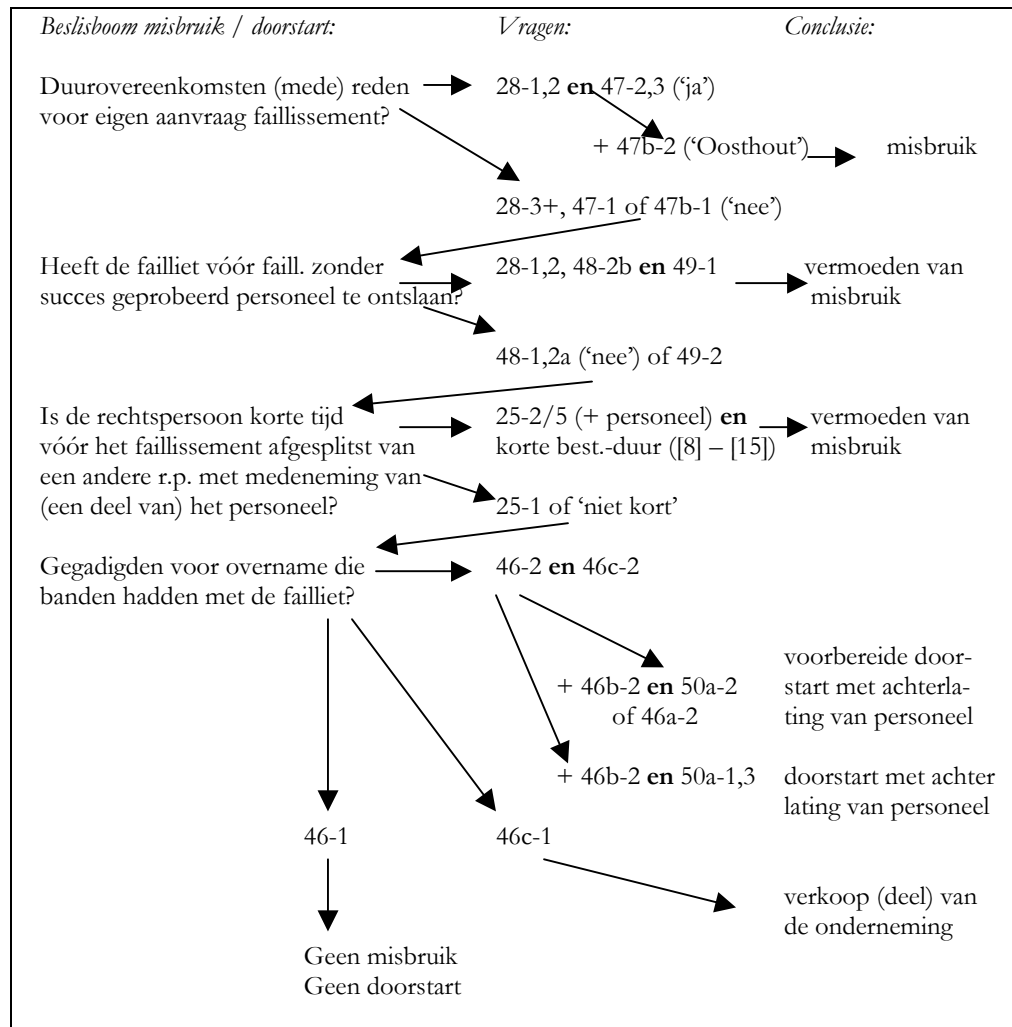
(2) Misbruik van faillissement en 'doorstart'

In een eerste stap gaan we via vraag 47 na of duurovereenkomsten (mede) een reden zijn geweest voor de aanvraag vanuit de onderneming zelf van het faillissement. Als dan ook het criterium van Oosthoek van toepassing is (vraag 47b), dan concluderen we tot 'misbruik'.

We concluderen tot een 'vermoeden van misbruik' als de BV maar kort heeft bestaan en is ontstaan als afsplitsing van een andere rechtspersoon waarbij een deel van het personeel in de nieuwe BV is ondergebracht.

Als een poging personeel te ontslaan wel succes heeft gehad of er überhaupt niet is geweest, of als het personeel wel (deels) door een koper is overgenomen, dan lopen we nog slechts een aantal 'doorstart'-situaties na. Als de curator contact heeft met gegadigden voor overname die een band hadden met de gefailleerde onderneming en die slechts een deel van het personeel willen overnemen, dan noemen we dat een 'doorstart met achterlating van personeel'. Uit de vragen 46a en 50a kan blijken in hoeverre deze doorstart al bij het faillissement was voorbereid. Blijkt niet van banden tussen potentiële kopers en de failliet, dan is er sprake van 'verkoop' vanuit faillissement.

Schema 9.3.3: Belisboom misbruik van faillissement en 'doorstart'



Ook hier zijn enkele elementen eerder als *circumstantial evidence* te beschouwen:

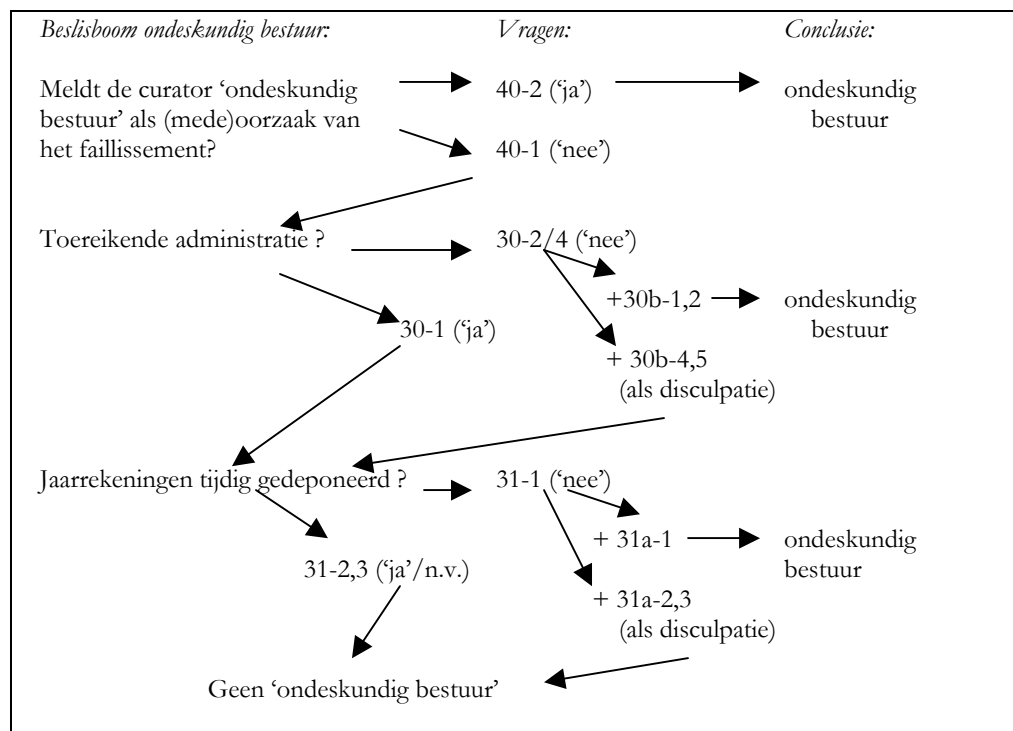
- een recente statutenwijziging (vraag 16b) kan wijzen op de voorbereiding van de geplande ondergang van een BV;
- overname van de handelsnaam kan wijzen op een 'doorstart' (vraag 46f).

(3) Ondeskundig bestuur

Voor de bepaling of er sprake is van ‘ondeskundig bestuur’ wordt eerst nagegaan of de curator dit noemt als de oorzaak of één van de oorzaken van het faillissement; is dat zo, dan nemen wij aan dat dit inderdaad aan de orde is.

Is dat niet zo, dan wordt in een tweede stap nagegaan of er een toereikende administratie aanwezig was. Zo niet, dan wordt nagegaan of de curator aangifte of het instellen van een actie op grond van bestuurdersaansprakelijkheid overweegt. Zo ja, dan nemen we aan dat er sprake is van ‘ondeskundig bestuur’, tenzij blijkt dat de curator op die overweging terugkomt en/of er melding wordt gemaakt van disculperende overwegingen. Hetzelfde stramien is van toepassing op de derde stap waar het gaat om de vraag of de jaarrekeningen tijdig zijn gedeponeed. Is ook dat niet van toepassing, dan nemen we aan dat er geen sprake is van ‘ondeskundig bestuur’.

Schema 9.3.3: Belisboom ondeskundig bestuur



Circumstantial is hier de omstandigheid dat de beslissing tot aanvragen van het faillissement is genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders (vraag 28a).