

OM bindt strijd aan tegen faillissementsfraude

Hoge Raad reikt helpende hand

Mr. N. van der Laan¹

‘Offensief tegen faillissementsfraude’ kopte menig medium afgelopen zomer. Het Openbaar Ministerie wil er geen onduidelijkheid over laten bestaan dat “een versterkte aanpak van faillissementsfraude een van de speerpunten is in het versterkingsprogramma *financieel-economische criminaliteit*”, aldus het persbericht. Gezien het groeiende aantal faillissementen als gevolg van de kredietcrisis een begrijpelijk streven, maar dergelijke fraude is doorgaans niet eenvoudig te bewijzen. De Hoge Raad reikt evenwel de helpende hand.

1. Inleiding

Faillissementsfraude is een kapstokbegrip voor de bepalingen uit de artikelen 340 t/m 349 Wetboek van Strafrecht. Van oudsher aangeduid als ‘bedrieglijke bankbreuk’. Een visioenenopwekkende kwalificatie die in de praktijk evenwel weinig te maken heeft met het breken van de bank. De gebruikte terminologie illustreert echter wel dat we hier te maken hebben met een stokoud artikel dat sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1881 weinig relevante wijzigingen meer heeft ondergaan.

Vervolging voor bedrieglijke bankbreuk was de afgelopen decennia bovendien een uitzondering. Veel (heldere) jurisprudentie bestaat er op dit terrein dan ook niet. Voor enige richtinggevende uitspraken voor de beoordeling van een strafrechtelijke vervolging moet veelal worden teruggegrepen op civiele jurisprudentie gebaseerd op de Faillissementswet.

De vraag dringt zich dan ook op of de wetgeving en de jurisprudentie wel zijn toegerust op het door het Openbaar Ministerie aangekondigde offensief. Twee recente uitspraken van de Hoge Raad, waarin werd bepaald dat slechts bewezen hoeft te worden dat doelbewust de aanmerkelijke kans is aanvaard dat schuldeisers benadeeld kunnen worden, reiken het OM in ieder geval een helpende hand.

Twee baanbrekende uitspraken met verstrekkende (en mogelijk onwenselijke) gevolgen. Niet alleen wordt faillissementsfraude eenvoudiger bewijsbaar, het verwordt bovenal tot een intentiedelict.

¹ Mr. N. van der Laan is advocaat te Amsterdam.

2. Een baaierd aan interpretatievragen

De archaïsche formulering *ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers* is mogelijk één van de meest relevante bepalingen in de strafbaarstelling van bedrieglijke bankbreuk en is derhalve door de jaren heen een bron geweest van debat. AG Knigge illustreerde dit recent door op te merken dat men bij deze zinsnede op *'een baaierd aan samenhangende interpretatievragen stuit terwijl de beantwoording van die vragen, mede vanwege de betrekkelijk schaarse jurisprudentie, bepaald nog geen uitgemaakte zaak is'*.²

Recent schiep de Hoge Raad eindelijk enige helderheid en gaf antwoord op twee essentiële interpretatievragen, te weten of voor het plegen van faillissementsfraude voorwaardelijk opzet voldoende is en voorts of daadwerkelijke verkorting van de rechten van schuldeisers moet worden vastgesteld of dat slechts de (aanmerkelijke) kans daarop moet bestaan.

2.1 Opzet vs. voorwaardelijk opzet (HR 16 februari 2010, LJN BI469)

In de literatuur en jurisprudentie is er in beginsel consensus over dat het woord 'ter' in de constructie 'ter bedrieglijke verkorting' in feite opzet impliceert. Minder eensgezind zijn de wetenschappers evenwel over de vraag of voorwaardelijk opzet op het benadelen van schuldeisers voldoende is. Sommigen (Noyon-Langemeijer-Remmelink, Keulen³) menen dat dit een te vergaande verruiming zou opleveren, terwijl anderen (o.a. Hilverda) stellen dat bij faillissementsfraude het begrip opzet en oogmerk onderling uitwisselbaar zijn, met als gevolg dat hieronder ook het voorwaardelijk opzet zou vallen.⁴

De Hoge Raad was in zijn arresten op dat punt echter weinig uitgesproken. Uit verschillende arresten kon worden opgemaakt dat voor een bewezenverklaring voldoende was de wetenschap dat benadeling het gevolg kon zijn. Hetgeen een grotere reikwijdte zou impliceren dan slechts het opzet.⁵ Daarbij moet wel worden opgemerkt dat ten tijde van de eerste uitspraak op dit punt de Hoge Raad het begrip 'wetenschap' als synoniem leek te gebruiken voor opzet en het voorwaardelijk opzet in de jurisprudentie in het geheel nog niet was geïntroduceerd.

Hoe dan ook, de afgelopen jaren heeft de Hoge Raad zich in de schaarse jurisprudentie die werd gewezen niet heel helder uitgesproken over de vraag of het voorwaardelijk opzet voldoende was voor het plegen van faillissementsfraude.⁶

² HR 16 februari 2010, LJN BK4797.

³ Het Wetboek van Strafrecht, art. 341, aant. 2 en B.F. Keulen, Bankbreuk, ons strafrechtelijk faillissementsrecht, Arnhem 1990, p. 90 e.v.

⁴ Hilverda, Faillissementsfraude, derde druk, p.190 e.v.

⁵ HR 27 mei 1929, NJ 1929, p 1269 en HR 13 januari 1987, NJ 1987, 138.

⁶ HR 5 november 1996, NJ 1997, 138.

Inmiddels is aan al die onduidelijkheid een definitief einde gekomen nu de Hoge Raad op 16 februari j.l. heeft overwogen dat *moet worden vooropgesteld dat de in art. 343 Sr gebezigde bewoordingen "ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers" tot uitdrukking brengen dat de verdachte het opzet moet hebben gehad op de verkorting van de rechten van de schuldeisers, dat voorwaardelijk opzet in dat verband voldoende is en dat derhalve voor het bewijs van het opzet ten minste is vereist dat de handeling van de verdachte de aanmerkelijke kans op verkorting van de rechten van de schuldeisers heeft doen ontstaan.*⁷

2.2 Daadwerkelijke verkorting noodzakelijk? (HR 9 februari 2010, LJN BI4691)

Een andere relevante interpretatievraag is in hoeverre daadwerkelijke verkorting van de rechten van schuldeisers noodzakelijk is voor een bewezenverklaring. Ook daarover verschilden jarenlang de meningen. Noyon-Langemeijer-Remmelink en Keulen concludeerden dat daadwerkelijke verkorting vereist was. Hilverda daarentegen herhaalde dat, nu zoals gezegd het woordgebruik 'ter...' volgens haar een synoniem is voor 'met het oogmerk om', voor voltooiing van het delict intreding van het gewenste gevolg (waar men het oogmerk op had) geen vereiste is. Dit nu in strafbepalingen het woord oogmerk slechts gebezigd wordt om het materiële opzet in formele delictsomschrijvingen uit te drukken.⁸

Op basis van de (geringe) jurisprudentie van de Hoge Raad werd evenwel lang aangenomen dat daadwerkelijke verkorting een vereiste was, al bleek dat nimmer met zoveel woorden uit de relevante uitspraken.⁹ Inmiddels is echter ook die interpretatievraag ondubbelzinnig door de Hoge Raad beantwoord.

Op 9 februari 2010 overwoog de Hoge Raad:

De klacht berust kennelijk op de opvatting dat voor een veroordeling ter zake bedrieglijke bankbreuk zoals bedoeld in art. 343 Sr, vereist is dat niet alleen komt vast te staan dat de verdachte heeft gehandeld met het opzet om de rechten van de schuldeisers te verkorten, maar ook dat de rechten van de schuldeisers als gevolg van zijn handelen daadwerkelijk zijn verkort.

Deze opvatting vindt echter geen steun in het recht.

De in art. 343 Sr gebezigde bewoordingen "ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers" brengen tot uitdrukking dat de verdachte het opzet moet hebben gehad op de

⁷ HR 16 februari 2010, LJN BK4797. Opmerking verdient overigens nog dat de Hoge Raad wel casseert omdat het enkele feit dat geen deugdelijke administratie is gevoerd nog niet zonder meer (voorwaardelijk) opzet op het benadelen van schuldeisers oplevert.

⁸ Hilverda, p.204.

⁹ HR 2 juni 1890, W 5883 en HR 3 december 1974, NJ 1975, 229.

verkorting van de rechten van de schuldeisers. Voor het bewijs van dat opzet is vereist dat de handeling van de verdachte de aanmerkelijke kans op verkorting van de rechten van de schuldeisers heeft doen ontstaan.

3. Juridische consequenties

De twee uitspraken van de Hoge Raad maken aan veel onduidelijkheid een einde en laten weinig ruimte voor discussie.

Resumerend kan worden vastgesteld dat thans slechts bewezen hoeft te worden dat bewust de aanmerkelijke kans is aanvaard dat door de feitelijke gedragingen schuldeisers in hun rechten zouden kunnen worden verkort.

3.1 Daadwerkelijke verkorting vs. poging

Om de consequenties van de uitspraak van de Hoge Raad op waarde te kunnen schatten dient allereerst te worden beoordeeld welk moment als uitgangspunt moet worden genomen bij de beoordeling van de benadeling van schuldeisers. Een vraag waarop de recente arresten ongelukkigerwijs geen antwoord geven.

Mijns inziens komen drie momenten hiervoor in aanmerking. 1) het moment van het plegen van de gedraging, 2) het moment van faillietverklaring of 3) na vereffening van de boedel.

AG Vellinga neemt in zijn conclusie bij één van de arresten moment 1 als uitgangspunt, in navolging van Keulen.

Die gedachte moet mijns inziens echter worden verworpen, al was het maar uit pragmatische overwegingen. Immers, veel rechtshandelingen binnen een onderneming hangen met elkaar samen, lopen over veel schijven met gebruikmaking van diverse ondernemingen terwijl ze vaak een geheel eigen juridische basis hebben. Eén specifieke overboeking kan meestal niet los worden beoordeeld van diverse andere overboekingen en het resultaat (positief of negatief) voor schuldeisers van een bepaalde rechtshandeling kan veelal eerst na faillissement op waarde worden geschat. Een eenvoudig voorbeeld is de verkoop van aandelen door de latere failliet. Pas ten tijde van de faillietverklaring kan mijns inziens op basis van de dagwaarde van die aandelen worden beoordeeld of en zo ja voor welk bedrag de boedel door de eerdere verkoop is benadeeld. Indien bijvoorbeeld de aandelen na verkoop enorm in waarde dalen, maar vlak voor het faillissement weer enorm in waarde stijgen, dan zou dat uitgaande van de theorie van Vellinga niet tot benadeling van schuldeisers leiden.

In dat licht is er veel voor te zeggen om als uitgangspunt te nemen de schuldpositie van de failliet op het moment van de faillietverklaring, scenario 2. Uitgaan van het moment van faillietverklaring voorkomt (anders dan bij moment 3, de vereffening van de boedel) dat rechtshandelingen die op grond van een actio Pauliana door de curator worden vernietigd, en waarvan de boedel uiteindelijk dus niet slechter wordt, straffeloos blijven. Uitgaan van scenario 2 in plaats van 3 heeft bovendien als voordeel dat voor de vraag of de boedel is benadeeld niet van belang is of de betrokken schuldeisers zich uiteindelijk bij de curator melden, hetgeen mij voor de strafwaardigheid van een gedraging ook irrelevant lijkt.

Steun voor de gedachte om uit te gaan van moment 2 kan worden gevonden in de wettekst zelf, die niet voor niets spreekt over de 'boedel'. Zonder faillissement immers geen boedel. Noyon-Langemeijer-Remmelink stellen terecht dat verkorting van rechten daaruit bestaat dat de boedel *'op het moment dat die feitelijk aan het beheer van de curator wordt overgedragen, minder goederen of baten of meer lasten bevat dan er toe behoren'*.

Als argument om uit te gaan van het moment van de gedraging noemt Vellinga nog dat moet worden voorkomen dat het tijdige opsporen van bedrieglijke bankbreuk uiteindelijk meebrengt dat de verdachte vrijuit gaat hoewel de vroegtijdige opsporing aan de strafwaardigheid van zijn gedraging niet afdoet.

Hoewel Vellinga terecht meent dat dit moet worden voorkomen, overtuigt ook dit argument niet. Immers, alvorens van een voltooide bedrieglijke bankbreuk kan worden gesproken (ongeacht hoe snel deze wordt opgespoord) is noodzakelijk dat het faillissement is uitgesproken. Ook bij spoedige opsporing kan de benadeling derhalve op het moment van faillietverklaring worden beoordeeld.

Vellinga noemt tot slot nog de situatie waarin bepaalde goederen ten onrechte zijn weggevoerd of verborgen, maar die ten tijde van de faillietverklaring alweer zijn teruggebracht. Indien niet zou worden uitgegaan van de beoordeling van de benadeling ten tijde van het plegen van de gedraging, zou dit volgens hem straffeloos blijven.

Ook die hypothese (los van de vraag hoe realistisch die is) brengt mij niet op andere gedachte nu in dat geval alles afhangt van de vraag waarom de goederen weer terug zijn. Indien het een eigen wilsbesluit van de pleger is, dan valt niet in te zien welk bezwaar er zou bestaan tegen straffeloosheid, dit nog los van de vraag of er dan wellicht sprake is van vrijwillige terugtred. Indien de goederen als gevolg van handelen van een derde zijn geretourneerd, zou de gedraging mijns inziens mogelijk altijd nog als poging kunnen worden vervolgd.

Door de uitspraak van de Hoge Raad wordt overigens de pogingsleer voor het overgrote gedeelte buitenspel gezet, nu is bepaald dat daadwerkelijke verkorting hoe dan ook

(ongeacht het moment waarop dat beoordeeld zou moeten worden) niet noodzakelijk is. Dat levert de eigenaardige situatie op dat iemand die tracht de boedel te benadelen door bepaalde goederen te verkopen, terwijl later bijvoorbeeld wordt vastgesteld dat deze goederen boven de werkelijke waarde zijn verkocht (en de boedel er dus alleen maar beter van is geworden), het voltooide delict van faillissementsfraude pleegt.

Mij lijkt veeleer aangewezen om een dergelijke scenario te vervolgen, voor zover dat opportuun zou zijn, middels het ten laste leggen van een poging tot faillissementsfraude. Hoewel het appels met peren vergelijken is, lijkt het niet goed voorstelbaar dat iemand voor moord zou worden vervolgd, terwijl het slachtoffer in kwestie na reanimatie onverwachts overleeft.

Als gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad verwordt bedrieglijke bankbreuk ten onrechte tot een intentiedelict. Slechts relevant is nu nog de vraag of er opzet is op benadeling (al dan niet in voorwaardelijke vorm) en of er een aanmerkelijke kans is op benadeling. Of er daadwerkelijk gedupeerden zijn is niet meer relevant.

De gedachte dat de wetgever alleen de intentie al zou hebben willen bestraffen verhoudt zich moeizaam met het feit dat een daadwerkelijk faillissement wel een absolute voorwaarde is voor strafbaarheid. *'De handeling moet gevolg gehad hebben, anders ware het dwaasheid haar strafbaarheid te beperken tot het geval dat er faillissement gevolg is'*, aldus Noyon-Langemeijer-Remmelink.¹⁰ Een terechte opmerking nu niet valt in te zien waarom de intentie op het benadelen van schuldeisers als het faillissement volgt (ongeacht het gevolg van die intentie) wel strafbaar zou moeten zijn, maar deze straffeloos kan blijven indien de onderneming blijft voortbestaan.

3.2 Opzet vs. voorwaardelijk opzet

Ook de intrede van het voorwaardelijk opzet binnen het kader van de faillissementsfraude heeft vergaande juridische gevolgen. Het behoeft geen betoog dat het standpunt van de Hoge Raad de vervolgingsruimte bij faillissementsfraude aanzienlijk oprekt.

Bij de beoordeling van de consequenties hiervan voor de praktijk moet worden vooropgesteld dat een gedegen fraudeonderzoek zelden eenvoudig is. Zoals gezegd worden veelal diverse transacties onderzocht die vaak met elkaar samen hangen. Als vanzelfsprekend zijn er ook eenvoudig(e) (bewijsbare) kwesties zoals het niet verantwoorden van bepaalde vermogensbestanddelen (bijvoorbeeld een leaseauto) of het vlak voor faillissement meenemen van computers of de inhoud van de kas, maar die laat ik gemakshalve buiten beschouwing nu het gros van de faillissementsfraudezaken ziet op

¹⁰ Noyon-Langemeijer-Remmelink, Wetboek van Strafrecht, aantekening 2 bij artikel 341.

complexe transacties en één specifieke overboeking meestal niet los kan worden beoordeeld van diverse andere overboekingen.

Door de verruiming van de vervolgingsruimte wordt het risico dat met name gedragingen gepleegd (ruim) voor het faillissement achteraf alsnog, middels een voorwaardelijk opzet constructie, als verdachte gedragingen worden aangemerkt steeds groter. Daardoor laadt een ondernemer die in zwaar weer terecht is gekomen en pogingen doet zijn onderneming weer op het juiste spoor te krijgen al snel een verdenking van faillissementsfraude op zich.

Het is immers altijd makkelijker om, met de kennis achteraf (in de wetenschap dat een faillissement alsnog is gevolgd), bepaalde gedragingen met terugwerkende kracht als verdacht te bestempelen. Dit terwijl die gedragingen mogelijk met de kennis van toen met de beste bedoelingen werden gepleegd. 'Achteraf kijk je de koe in zijn kont', is niet voor niets een veelgehoord gezegde in faillissementsfraudezaken.

Hilverda ziet het gevaar hiervan niet zo in nu de bonafide (maar mislukte) pogingen om een faillissement te voorkomen aantastbaar noch strafbaar zijn, nu een bewustzijn van de aanmerkelijke kans noodzakelijk blijft en indien redelijkerwijs rekening kon worden gehouden met het (door de poging) financieel gezond worden van de schuldenaar geen sprake kan zijn van voorwaardelijk opzet.¹¹

De vraag is of die redenering voldoende steekhoudend is. Een situatie waarin redelijkerwijs rekening gehouden kan worden met het gezond worden van de schuldenaar sluit namelijk niet per se uit dat er tegelijkertijd een aanmerkelijke kans bestaat op benadeling van de schuldeisers. Indien bijvoorbeeld welbewust gekozen wordt voor een strategie met als vooruitzicht een 80% kans op het voortbestaan van het bedrijf en een 20% kans (een zeer aanmerkelijke kans dus) op benadeling van crediteuren, dan lijkt dit economisch gezien een gerechtvaardigde strategie. Op basis van de huidige jurisprudentie zou dit evenwel desondanks zonder meer een bewezenverklaring voor faillissementsfraude opleveren.

De conclusie is dan ook dat de risico's voor een ondernemer door de verruiming van het opzetvereiste enorm zijn toegenomen. Een ondernemer in de problemen zal zich vanaf nu hoogstwaarschijnlijk wel twee keer achter zijn oren krabben alvorens hij een reddingsplan ontvouwt in de wetenschap dat hij daarmee niet alleen het risico loopt dat zijn bedrijf desondanks over de kop gaat, maar bovenal niet ondenkbaar is dat hij tevens wordt vervolgd op verdenking van faillissementsfraude. Risicomidend ondernemen wordt daardoor mogelijk de norm.

4. Gevolgen nuanceren

¹¹ Hilverda, p.198.

Toch moeten de vergaande gevolgen van de uitspraken van de Hoge Raad enigszins worden genuanceerd. In de praktijk zijn namelijk het opzetvereiste en het benadelingcriterium veelal communicerende vaten. Zoals gezegd gaat het bij vervolging van faillissementsfraude niet zelden om grote onderzoeken waarin complexe transacties worden beoordeeld. Het bewijzen van het opzet op de benadeling, al dan niet in voorwaardelijke vorm, is dan ook een hachelijke onderneming in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of door de verweten gedraging de uiteindelijke boedel is benadeeld. Laat staan in gevallen waarin de boedel er uiteindelijk beter van is geworden. Tenzij uit het dossier evident het tegendeel blijkt, valt niet aan te nemen dat het in dergelijke gevallen snel tot een bewezenverklaring komt.

De praktijk zal evenwel moeten uitwijzen of de soep echt zo heet gegeten wordt als deze wordt opgediend.