



TIJDSCHRIFT VOOR

Bijzonder Strafrecht

& HANDHAVING

Jaargang 2 | Nr. 3 | september 2016

Redactioneel

Versterk de civielrechtelijke fraudebestrijding door de curator!

Mr. W.J.B. van Nielen

Artikelen

Feitelijk leidinggeven

Mr. dr. M.J. Hornman

De inningspraktijk bij verkeersboetes, rijp voor verandering:
is de rechtsbescherming voldoende gewaarborgd?

Mr. dr. J.W. van der Hulst

Nice to know or need to know

Mr. P. Ronteltap

Het nemo-teneturbeginsel en de verhouding met de Wet herziening strafbaarstelling
faillissementsfraude

E.M. van Gelder LLB en D.A.G. van Toor LL.M BSc

Witwassen, ontneming & fiscale delicten anno 2016

Mr. V.S. Huygen van Dyck-Jagersma

Dit lijkt sprekend (nergens) op...

Prof. mr. H.J.B. Sackers

Jurisprudentie

Noot bij Rb. Amsterdam 9 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1199

Mr. dr. J.S. Nan

Proportionaliteit van strafrechtelijk beslag volgens het Europese Hof van de Rechten van de Mens

Mr. J.L. Baar

Trending Topics

Het UBO-register

T.R. van Roomen LL.M

Versterk de civielrechtelijke fraudebestrijding door de curator!

Fraudebestrijding door de curator

Mr. W.J.B. van Nielen*

Introductie

Op 26 november 2013 heeft het kabinet het wetgevingsprogramma herijking van het faillissementsrecht aangekondigd. Het wetgevingsprogramma staat onder andere in het kader van fraudebestrijding. Daartoe is op 14 juli 2015 het wetsvoorstel versterking positie curator bij de Tweede Kamer ingediend.¹ Met dit wetsvoorstel wenst de wetgever een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude, door de informatiepositie van de curator te verbeteren en een fraudesignalerende rol te institutionaliseren. Naast de aanpak van faillissementsfraude heeft het wetsvoorstel tot doel het vergroten van het boedelactief door de curator. Hoewel aan de curator een nieuwe rol wordt toebedeeld, geeft de wetgever aan geen afbreuk te willen doen aan zijn primaire taak. De kerntaak van de curator blijft beheerder en vereffenaar van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren. Tot slot wordt benadrukt dat een goede samenwerking tussen curator en het OM van belang is. Maar wat is nodig om een 'goede samenwerking' te faciliteren en wat draagt het wetsvoorstel daaraan bij?

* Mr. W.J.B. van Nielen is advocaat/partner bij FERMM advocaten, fraudecurator te Utrecht en redacteur van dit tijdschrift.

1. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 1. Daarnaast zijn twee andere wetten in het leven geroepen, Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, Kamerstuk 33 994, en het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, Kamerstuk 34011, dat inmiddels in werking is getreden.

De fraudesignalerende taak van de curator

125

De kern van het wetsvoorstel is – naast codificatie van de informatieplichten van de failliet – het verankeren van de fraudesignalerende taak van de curator. Hij krijgt een plicht om onrechtmatigheden te signaleren, dat wil zeggen onregelmatigheden te onderzoeken, en zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht daarvan melding te maken of aangifte te doen bij de bevoegde instanties.² Het wettelijk verankeren van deze meldplicht laat zich verklaren door de opstelling van de specialistenvereniging Insolventieadvocaten (INSOLAD) die blijkt uit de toelichting bij haar praktijkregels in 2011:

'Reeds decennialang wordt aangedrongen op het doen van meer aangiftes. De ervaring is echter dat de vervolgende instanties hier bitter weinig mee doen zodat het doen van aangifte louter uit het oogpunt van burgerschap niet goed te verdedigen valt zolang in die praktijk geen verandering komt. In sommige gevallen kan aangifte bij overheidsinstanties zoals de

2. De curator dient te bezien of sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening van de boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Vervolgens moet hij de rechter-commissaris (rc) hierover vertrouwelijk informeren. Zie hierover ook W.J.B. van Nielen & C.M. Derijks 'De curator als civiele fraudebestrijder, Kanttekeningen bij het Voorontwerp versterking positie curator voor de bestrijding van faillissementsfraude', *TvS&H* (1) nr. 1 en R.F. Feenstra, 'Bestrijding van faillissementsfraude, op zoek naar het juiste spoor', *TvI* 2015/14, p. 9, alsmede W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraudebestrijding', *TvI* 2013/2.

FIOD nuttig zijn indien dit leidt tot onderzoek waarvan de boedel kan profiteren.³

Het laat de frustratie van curatoren zien als gevolg van het niet oppakken (maar ook het niet terugkoppelen) door het OM van hun aangiftes. Voor de goede orde merk ik op dat deze toelichting niet betekent dat alle curatoren hiernaar handelen. Integendeel: het aantal meldingen en aangiftes groeit en vooral ook veel jongere curatoren zijn gemotiveerd om onderzoek te doen naar onregelmatigheden en deze civielrechtelijk aan te pakken, en zo nodig daarvan melding of aangifte te doen bij de bevoegde instanties.⁴

Hoewel het wetsvoorstel de titel draagt 'Wet versterking positie curator', ziet dit onderdeel van het wetsvoorstel op een versterking van de fraudesignalerende rol van de curator. Een dergelijke meld-/aangifteplicht versterkt natuurlijk de positie van de curator niet, maar dient om de opsporingsdiensten (politie en FIOD) en OM te faciliteren in hun taak deze aangiftes op te pakken. Daar hoeft op zich niets mis mee te zijn, ware het niet dat een deel van hun meldingen nu al niet wordt opgepakt en dat dit dan alleen maar groter wordt.⁵ Wel is het zo dat bij meer meldingen betere keuzes kunnen worden gemaakt. Relevantere zaken kunnen worden uitgekozen waar het strafrecht ook echt iets toevoegt. De melding heeft dus niet alleen een kwantitatieve functie maar zeker ook een kwalitatieve functie, namelijk in die zin dat de meldingen onderling kunnen worden vergeleken en de meest aangewezen zaken kunnen worden opgepakt. Maar dat lost niet op dat de frustratie bij curatoren dat er met een deel van hun meldingen niets wordt gedaan groter kan worden. Dat komt de relatie tussen curator en de strafrechtketen niet ten goede. Dat is te betreuren, niet in de laatste plaats omdat deze relatie in steeds meer arrondissementen aan het verbeteren is, onder meer door het opstarten van de regionale fraudesprekuren.

De regionale fraudesprekuren

Het spreekuur vindt plaats onder leiding van een coördinerend faillissements-rc en wordt bijgewoond door de fraudeofficier van justitie, een FIOD-rechercheur, een medewerker van de Belastingdienst en een curator die is gespecialiseerd in frauduleuze faillissementen. In sommige arrondissementen schuift ook de politie aan en in

één arrondissement ook het UWV. Curatoren met zowel civiel- als strafrechtelijke vragen aangaande faillissementsfraude kunnen een casus voorleggen die gedurende het spreekuur worden besproken. Het doel van het spreekuur is om de curator te informeren en adviseren, door hem geconstateerde onregelmatigheden te (laten) onderzoeken, alsook de schade die het gevolg is van de fraude te verhalen op de aansprakelijke personen.⁶ Tevens stellen curatoren vragen over het doen van aangiftes en of dit wel of niet door de FIOD of de politie kan worden opgepakt. Bij het Haagse fraudesprekkur⁷ – dat vanwege zijn succes navolging heeft gekregen in andere arrondissementen – heeft dit ertoe geleid dat nagenoeg alle aangiftes worden opgepakt. In 2015 waren vijftig aangiftes opgepakt.

De landelijke uitrol van de fraudesprekuren wordt (meer op landelijk niveau) ondersteund door bepaalde individuen bij het OM, de FIOD, Recofa⁸ en curatoren. Vanuit Recofa wordt de uitrol van het fraudesprekkur onder meer bevorderd door – op initiatief van de voorzitter van Recofa⁹ – de instelling van regionale kennisnetwerken waarbij een fraude-R-C en twee fraudecuratoren in elk arrondissement wordt aangewezen, die de fraudesprekuren in hun arrondissement kunnen opzetten. Daarnaast organiseert het Kennisplatform faillissements-fraude.nl op 14 oktober de Landelijke Cursus Fraudesprekkur waarin de uitrol hiervan centraal staat en ter voorbereiding waarvan een enquête onder de panelleden wordt gehouden om de knelpunten in kaart te brengen en oplossingen te kunnen aandragen.

De fraudesprekuren en de regionale kennisnetwerken zijn en worden vanuit de praktijk geïnitieerd met het oog op het bevorderen van de civielrechtelijke aanpak van fraudefaillissementen door curatoren met ondersteuning uit de strafrechtketen, hetgeen de meldingen aan bevoegde instanties en het geven van prioriteit daaraan door deze instanties ook wordt bevorderd. Het ministerie van Veiligheid en Justitie kan de positie van de curator en de integrale aanpak van de faillissements-fraude bevorderen door onder meer deze initiatieven te ondersteunen. Het ministerie doet dit onder meer door het financieel ondersteunen van verschillende initiatieven zoals voornoemde Landelijke Cursus Fraudesprekkur en enquête. Naast deze financiële ondersteuning kan het ministerie vooral een bijdrage leveren door participatie aan het fraudesprekkur actief te bevorderen.

3. Als regel is in de Praktijkregels opgenomen: 'Buiten de gevallen bedoeld in artikel 160 Wetboek van Strafvordering doet de curator aangifte van strafbare feiten indien hij zulks in het belang acht van de boedel.'
4. Begin 2012 is het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude ingericht bij de FIOD, CT Noord- en Oost-Nederland te Zwolle, taakaccenthouder faillissementsfraude. In 2012 kwamen 244 meldingen binnen. In 2013 groeide dit aantal uit tot 327.
5. T. Hilverda, 'De publiek-publieke en publiek-private samenwerking ter bestrijding van faillissementsfraude', *NJB* 2016/997; *Kamerstukken I* 2015/16, 33 994, nr. C. Zo zijn er bij de overheid wel tweehonderd veelplegers bekend, van wie slechts een beperkt aantal kan worden aangepakt.

6. J.C. Reddingius, 'Haags project 'Bestrijding eenvoudige Faillissements-fraude'', *TBS&H* 2014, af I(1), p. 3-8. De andere arrondissementen zijn: Rotterdam, Amsterdam, Midden-Nederland, Oost-Nederland en Noord-Nederland: *Kamerstukken I* 2015/16, 33 994, nr. C, p. 4.
7. Het Haagse fraudesprekkur is een initiatief van Willem van Nielen (ondergetekende), Johanna Reddingius, advocaat-generaal resortparket Den Haag en Chantal Derijks, senior rechter en rechter-commissaris insolventies in de Rechtbank Den Haag. Zie hierover J.C. Reddingius, t.a.p.
8. Landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling.
9. Mr. M.H.F. (Marten) van Vugt, rechter-commissaris en voorzitter insolventiekamer Rechtbank Midden-Nederland.

Financiering van de curator: de Garantstellingsregeling curatoren

Een verdere mogelijkheid van het ministerie om de civiele aanpak door de curator – die de pijler vormt van een succesvolle integrale aanpak – sterk te bevorderen, is gelegen in het voorzien van de curator in financiering daar waar de curator succes kan boeken in het door de fraude veroorzaakte schade te verhalen. Dit kan handen en voeten krijgen door de Garantstellingsregeling curatoren te verruimen.

De Garantstellingsregeling ('GSR')¹⁰ houdt in dat de curator – in geval van een ontoereikende boedel – de mogelijkheid heeft om de minister van Veiligheid en Justitie te verzoeken om hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen voor: (i) het instellen van een rechtsvordering op grond van artikel 2:138/248 BW, artikel 2:149/259 BW, artikel 2:9 BW (bestuurdersaansprakelijkheid) of de artikelen 42, 43 en 47 Fw (faillissementspauliana), dan wel (ii) voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe.¹¹

De GSR kan worden verruimd:¹²

1. met vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad jegens de boedel dan wel jegens de gezamenlijke schuldeisers op iedere derde (dus niet beperkt tot de wederpartij van de transactie), die betrokken zijn geweest bij transacties die in strijd met artikel 42 of 47 Fw met de failliet zijn verricht;
2. door de regeling tevens van toepassing te verklaren op het faillissement van een natuurlijk persoon.

De GSR is gericht op het terughalen of binnenhalen van activa, hetgeen automatisch een onregelmatigheidsonderzoek omvat. Indien daaruit het vermoeden ontstaat dat een strafbaar feit is gepleegd, kan daaruit in bepaalde gevallen tevens een melding c.q. aangifte worden gedaan. De GSR bevordert een effectieve civielrechtelijke fraudebestrijding en zal dus tevens ten goede komen aan het doen van meldingen en goed onderbouwde aangiften waar het OM ook iets mee kan. Daarbij kan deze vorm van financiering gezien worden als een *effectieve investering* die in veel gevallen leidt tot terugbetaling van

de opgenomen gelden onder de garantstellingen en uitkering aan de benadeelde crediteuren ten laste van het vermogen van de aangesproken personen die de onregelmatigheden hebben veroorzaakt.¹³

Ik merk op dat het kind met het badwater zou worden weggegooid indien het fonds GSR op een dusdanige wijze zou worden omgevormd dat de gelden eerder beschikbaar komen voor de fraudesignalerende taak van de curator en minder voor de civielrechtelijke aanpak van de fraude door de curator (verhalen van de schade). In de literatuur is al eerder geconstateerd dat het wetsvoorstel versterking positie curator de curator opzadelt met nieuwe taken waarvoor tot op heden geen financieringsmogelijkheden zijn.¹⁴ De wetgever merkt hierover op dat de extra inspanningen van de curator, gelet op zijn poortwachtersfunctie, zeer bescheiden van omvang zullen zijn.¹⁵ Hier wordt vanuit (fraude)curatoren anders tegenaan gekeken: zo merkt Feenstra op dat indien de rechter-commissaris besluit aangifte te doen, de inspanningen allerminst bescheiden zullen zijn, waarbij 'bescheiden' voor interpretatie vatbaar is.¹⁶ Dat is ook de wetgever niet ontgaan, die de mogelijkheden van financiering voor deze extra taken in onderzoek heeft.¹⁷ Zoals gezegd kan en mag dit niet ten koste gaan van de financiering van de *civielrechtelijke* aanpak van de fraude door de curator. Dat is ook niet nodig omdat deze civielrechtelijke aanpak de strafrechtelijk juist faciliteert zoals de praktijk en de fraudesprekuren laten zien.

Tot besluit

Met voornoemde ondersteunende maatregelen wordt door het ministerie de integrale aanpak van faillissementsfraude, – die in de praktijk is ontwikkeld door verschillende betrokkenen, werkzaam bij de verschillende ketenpartners – bevorderd en wordt de positie van de curator om fraude civielrechtelijk aan te pakken echt versterkt, die voor deze integrale aanpak essentieel is.

10. Regeling van de minister van Veiligheid en Justitie van 27 februari 2012, nr. 5725931/12, houdende regels voor de beoordeling van de gegrondheid van verzoeken van curatoren tot verstrekking van een voorschot en de grenzen waarbinnen zodanige verzoeken kunnen worden toegewezen (Garantstellingsregeling curatoren 2012). Zie hierover W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraudebestrijding', *TvI* 2013/2.

11. De Garantstellingsregeling is per 1 mei 2012 gewijzigd en wordt verstrekt op basis van een daartoe strekkende overeenkomst tussen de Staat en de curator.

12. Zie over dit voorstel tot verruiming van de GSR, W.J.B. van Nielen & C.M. Derijks, 'De curator als civiele fraudebestrijder, Kanttekeningen bij het Voorontwerp versterking positie curator voor de bestrijding van faillissementsfraude', *TBS&H* (1) nr. 1.

13. S. Eikelenboom, 'Ruim 30 mln vloeit terug naar lege boedels door regeling voor curatoren', *FD* 10 oktober 2013. Zie ook Rijksjaarverslag 2015 VI Veiligheid en Justitie waaruit voortvloeit dat curatoren de weg naar het GSR steeds beter weten te vinden. Op dit moment staat er voor ruim € 20 miljoen uit aan openstaande garanties.

14. Van Enckevort wijst erop dat de overlap tussen het onderzoek dat de curator vergoed wil hebben in het licht van de aanpak van fraude (door middel van het bestuursverbod) en het verhaalsonderzoek dat de curator doet in het kader van paulianeus handelen een obstakel vormt. Hij vraagt zich in dat verband af welk deel van de verbruikte middelen door het GSR wordt vergoed. Zie C.V. van Enckevort, 'De curator als private partner van het Openbaar Ministerie?', *TvC* 2016, nr. 1 februari, p. 21.

15. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3, p. 6.

16. R.F. Feenstra, 'Bestrijding van faillissementsfraude, op zoek naar het juiste spoor', *TvI* 2015/14, p. 10.

17. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 011, nr. B, p. 4.